

INCASSO

De rechtsverhouding van de opdrachtgever met de incassant
en diens beroepsaansprakelijkheid.

INCASSO

De rechtsverhouding van de opdrachtgever met de incassant en diens
beroepsaansprakelijkheid

ENCAISSEMENT

Le rapport juridique du commettant avec l'encaissant et la
responsabilité professionnelle de ce dernier
(avec un résumé en Français)

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht op gezag van de Rector Magnificus,
Prof. dr. W.H. Gispen, ingevolge het besluit van het College voor
Promoties in het openbaar te verdedigen op donderdag
15 november 2001 des middags te 14.30 uur

door

Johannes Nicolaas Gerardus Vogel

geboren op 2 oktober 1949, te Hoorn

Promotor: prof. mr. A.F.M. Dorresteyn

Co-promotor: mr. A.W. Jongbloed

ISBN 90 393 2794 7

Ridderprint-Ridderkerk-2001

Voorwoord

Als gerechtsdeurwaarder hield ik me als incassant met incasso bezig. Na de overname van een financieringsmaatschappij ben ik met deze werkzaamheden gestopt en me gaan toeleggen op de financieringspraktijk. Hierdoor veranderde mijn rol en werd ik opdrachtgever. Door deze rolwisseling kreeg ik een andere kijk op incasso en werd de juridische belangstelling gewekt, met als gevolg dit onderzoek.

Incasso was niet altijd een aparte dienstverlening. Voor het einde van de negentiende eeuw werd incasso vooral verricht door advocaten en gerechtsdeurwaarders en maakte het onderdeel uit van de normale werkzaamheden die dezen verrichtten. De rechtsverhouding en beroepsaansprakelijkheid volgden dan ook uit die werkzaamheden. Incasso is echter in de loop der tijden steeds meer een afzonderlijke dienst geworden. Er verschenen incassobureaus en ook advocaten en gerechtsdeurwaarders presenteerden incasso als een afzonderlijke dienst. Tegenwoordig is de incassomarkt een belangrijke markt, met een omzet van circa 7 miljard gulden aan schuldvorderingen.

Dit onderzoek is afgesloten op 1 mei 2001. Daarna is nog sporadisch rekening gehouden met na die tijd verschenen publicaties. Door de inwerkingtreding van de Gerechtsdeurwaarderswet per 15 juli 2001 en met name door de - pas op 12 juli 2001 gepubliceerde - besluiten moest het proefschrift nog te elfder ure worden aangepast.

Mijn dank gaat uit naar mijn promotor, co-promotor, de leden van de beoordelingscommissie en de vele anderen die mij hebben ondersteund of te woord hebben gestaan.

Schilde (België), 1 augustus 2001.

J.N.G. Vogel

Inhoud

Voorwoord	V
Afkortingen	XVII
1 Inleiding	
1.1 Beroepsmatige incasso	1
1.2 Definities van incasso en incasseren	2
1.3 Verplichtingen uit de incasso-overeenkomst, de beroepsaansprakelijkheid en de vraagstellingen	4
1.4 Rechtsvergelijking met België	5
1.5 Beantwoording van de vragen	6
1.6 Opzet van het onderzoek	7
2 De praktijk	
2.1 Inleiding	9
2.2 De praktijk van het incasseren in Nederland	10
2.2.1 Gewijzigde maatschappelijke en economische omstandigheden	10
2.2.2 Incassomethoden	13
2.2.3 Het incassobureau	18
2.2.4 De gerechtsdeurwaarder	18
2.2.5 De advocaat	22
2.2.6 De rechtskundige adviseur	23
2.2.7 De andere incassanten	25
2.2.8 Verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid	25

2.3 De praktijk van het incasseren in België	27
2.3.1 Inleiding	27
2.3.2 Negatieve klank van incasso	27
2.3.3 Het afschermen van de incassomarkt door de advocatuur	29
2.3.4 Incassomethoden	32
2.3.5 De advocaat	33
2.3.6 De gerechtsdeurwaarder	35
2.3.7 Het incassobureau	36
2.3.8 Verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid	37
2.4 Tot besluit van dit hoofdstuk	39

3 De incasso-overeenkomst

3.1 Inleiding	42
3.2 De incasso-overeenkomst in haar algemeenheid	44
3.2.1 Verbintenissen in Nederland en België	44
3.2.2 Beperkingen van de contractsvrijheid	45
3.2.3 De partijafpraak	45
3.2.4 Algemene voorwaarden	46
3.2.5 Aanvullende werking	48
3.2.6 Goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst	49
3.3. Kwalificatie van de overeenkomst	50
3.3.1 Inleiding	50
3.3.2 Literatuur over incasso in Nederland	51
3.3.3 Literatuur over incasso in België	52
3.3.4 Jurisprudentie over incasso in Nederland	53
3.3.5 Jurisprudentie over incasso in België	54
3.3.6 In Nederland en België lastgeving?	55
3.3.7 Lastgevingsbegrip en incassowerkzaamheden in Nederland	56
3.3.8 De incasso-overeenkomst is meestal lastgeving	58

3.4 Beroeps- en gedragsregels	61
3.4.1 Inleiding	61
3.4.2 Wettelijk vastgestelde regels	62
Literatuur	62
Jurisprudentie	65
Standpuntbepaling	65
3.4.3 Van verenigingswege vastgestelde regels en ongeschreven regels	68
Literatuur	68
Jurisprudentie	70
Standpuntbepaling	74
3.5 Tot besluit van dit hoofdstuk	79

4 De zorgplicht van partijen

4.1 Inleiding	82
4.2 De zorgplicht van de incassant	84
4.2.1 Zorgplicht	84
Regelgeving	84
Overtreding tuchtnorm en de civielrechtelijke zorgplicht	85
Enkele uitspraken tuchtrecht- en civiele procedures vergeleken	87
Tuchtnorm in Nederland voor andere incassanten	88
Zorgplicht voor alle incassanten gelijk?	89
4.2.2 Zelfstandig maatregelen nemen	90
Inleiding	90
Regelgeving, literatuur en jurisprudentie	91
Enkele voorbeelden uit de civiele - en tuchrecht-spraak in Nederland	92
Enkele voorbeelden uit de civiele rechtspraak in België	93
Gevolgtrekkingen	95

4.2.3	Beleidsvrijheid en het opvolgen van aanwijzingen	96
	Inleiding	96
	Regelgeving	96
	Beleidsvrijheid bij de tuchtrechter in Nederland	98
	Civiele procedures in Nederland	101
	Beleidsvrijheid in België	103
	Jurisprudentie over het opvolgen van aanwijzingen	105
	Gevolgtrekkingen	108
4.2.4	Tussentijdse informatieplicht	110
	Inleiding	110
	Regelgeving	110
	Civiele jurisprudentie	112
	Tuchtrechtspraak in Nederland	114
	Civiele jurisprudentie in België	116
	Gevolgtrekkingen	117
4.2.5	Tussentijdse afdrachtplicht	119
	Inleiding	119
	Regelgeving	119
	Tuchtrechtspraak in Nederland	123
	Civiele jurisprudentie in België	125
	Gevolgtrekkingen	125
4.2.6	Voortgang van de werkzaamheden	127
	Inleiding	127
	Civiele jurisprudentie in Nederland	127
	Tuchtrechtspraak in Nederland	129
	Civiele jurisprudentie in België	130
	Gevolgtrekkingen	133
4.3	De zorgplicht van de opdrachtgever	134
	Inleiding	134
	Civiele jurisprudentie in Nederland	134
	Civiele jurisprudentie in België	136

Gevolgtrekkingen	138
4.4 Tot besluit van dit hoofdstuk	139

5 Verplichtingen bij het einde van de incasso-overeenkomst

5.1 Inleiding	141
5.2 Rekening en verantwoording	142
5.2.1 Inleiding	142
5.2.2 Regelgeving	142
5.2.3 Rekenprocedure	144
5.2.4 Rekening en verantwoording: een volledige opening van zaken	145
5.2.5 Tussentijdse rekening en verantwoording	146
5.2.6 Inhoud van de rekening en verantwoording	147
5.2.7 Stukken meesturen	149
5.2.8 Nazorg	150
5.2.9 Conclusie	151
5.3 Incassokosten	153
5.3.1 Inleiding	153
5.3.2 Incassokosten controversieel	153
5.3.3 Incassokosten alleen indien overeengekomen	154
5.3.4 In strijd met de goede zeden en goede trouw	155
5.3.5 Incassobeding	155
5.3.6 Incassokosten moesten zijn gemaakt	156
5.3.7 Omvang van de incassokosten	157
5.3.8 Op weg naar eenheid	158
5.3.9 Buitengerechtelijke advieskosten	158
5.3.10 Incassokosten onder het huidige Burgerlijk Wetboek bijna altijd toegewezen	159
5.3.11 Incassokosten: overeengekomen of als vermogensschade	160

5.3.12 Het maken van de kosten moet redelijk zijn	161
5.3.13 Voorbereiding van de procedure	163
5.3.14 De omvang van de incassokosten dient redelijk te zijn	164
5.3.15 Controversiële rapporten van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak	166
5.3.16 Doorberekening van de kosten van invordering in België	167
5.3.17 Het schadebeding bij wanprestatie in België	168
5.3.18 Europese regelgeving	170
5.3.19 Conclusie	171
5.4 Incassoprovisie	174
5.4.1 Inleiding	174
5.4.2 Verschuldigdheid van het loon	174
5.4.3 De omvang van het loon	176
5.4.4 Wettelijk vastgesteld loon	176
5.4.5 De overeengekomen incassoprovisie	177
5.4.6 Tarieven van de beroepsverenigingen	178
5.4.7 No cure, no pay	180
5.4.8 De gebruikelijke en redelijke incassoprovisie	181
5.4.9 Toetsing van de incassoprovisie	182
5.4.10 Conclusie	183
5.5 Incassoprovisie bij voortijdige beëindiging	185
5.5.1 Inleiding	185
5.5.2 Regelgeving	185
5.5.3 Jurisprudentie	186
5.5.4 Conclusie	188
5.6 Afwikkelingskosten	190
5.6.1 Inleiding	190
5.6.2 De ontwikkeling van de afwikkelingskosten	190
5.6.3 Mededingingswetgeving	191
5.6.4 Hoger tarief redelijk?	192

5.6.5	Verwarring bij ambtelijke werkzaamheden van gerechtsdeurwaarders	193
5.6.6	Situatie in België	194
5.6.7	Conclusie	194
5.7	Onkosten	196
5.7.1	Inleiding	196
5.7.2	Regelgeving	196
5.7.3	Onkosten begrepen in het loon	198
5.7.4	Jurisprudentie over het doorberekenen van onkosten	199
5.7.5	Conclusie	199
5.8	Tot besluit van dit hoofdstuk	201

6 De Beroepsaansprakelijkheid

6.1	Inleiding	204
6.2	Wanprestatie of onrechtmatige daad	205
6.2.1	Wanprestatie of onrechtmatige daad	205
6.2.2	Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in Nederland	207
6.2.3	Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in België	208
6.2.4	Verschillen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad	209
6.2.5	Conclusie	211
6.3	Maatstaf voor zorgvuldigheid	213
6.3.1	Inleiding	213
6.3.2	Inspanningsverbintenis	213
6.3.3	Zorgvuldigheid in de praktijk	214
6.3.4	Maatstaf volgens de rechtspraak	215
6.3.5	Maatstaf bestaat in beide landen uit twee elementen	216
6.3.6	Bekwaamheid	217
6.3.7	Zorg	217

6.3.8 Informatieplicht	218
Gevolgen van bepaalde acties	218
Kosten die in rekening worden gebracht	220
Risicovermijding en de persoon van de opdrachtgever	221
6.3.9 Conclusie	222
6.4 Causaal verband	224
6.4.1 Inleiding	224
6.4.2 Problemen oplossen met het causaal verband	224
6.4.3 Toetsingsmaatstaf	225
6.4.4 Beroepsaansprakelijkheid	227
6.4.5 Gevaarzetting bij beroepsaansprakelijkheid	229
6.4.6 Causaal verband in België	231
6.4.7 Beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders	232
6.4.8 Conclusie	234
6.5 Schadevergoeding	236
6.5.1 Uitgangspunt: schade volledig vergoed	236
6.5.2 Schade niet altijd vergoed	237
6.5.3 'Alles of niets-benadering'	238
6.5.4 Het verlies van een kans	239
6.5.5 Het standpunt van de Hoge Raad over het verlies van een kans	241
6.5.6 Het waarden van de kans	242
6.5.7 Verlies van een kans in België	243
6.5.8 Beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders in België	244
6.5.9 Beoordeling van het verlies van een kans	244
6.5.10 Jurisprudentie over het verlies van een kans	245
6.5.11 Omvang van het verlies van een kans	247
6.5.12 Het verlies van een kans in België: conclusie	248
6.5.13 Conclusie bij incasso	248

6.6 Tot besluit van dit hoofdstuk	250
7 Samenvatting en conclusie	
7.1 Inleiding	253
7.2 De praktijk van incasso	253
7.3 De incasso-overeenkomst	255
7.4 Zorgplicht van partijen	258
7.5 De afrekening bij het einde van de incasso-overeenkomst	260
7.6 Beroepsaansprakelijkheid	263
7.7 Conclusie	265
7 Résumé et conclusion	267
7.1 Introduction	267
7.2 La pratique d'encaissement	267
7.3 L'accord d'encaissement	269
7.4 Le devoir de diligence des partis	272
7.5 Le règlement à la fin de l'accord d'encaissement	274
7.6 Responsabilité professionnelle	277
7.7 Conclusion	279
Literatuurlijst	280
Voorbeeld van een incasso-overeenkomst	306
Zaakregister	311
Curriculum vitae	317

Afkortingen

AG	Advocaat-generaal
<i>A.J.T.</i>	Algemeen Juridisch Tijdschrift (België)
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
<i>Ann. Dr. Liège</i>	Annales de droit de Liège (België)
Antwerpen	Hof van beroep te Antwerpen (België)
AR	Algemene rol (België)
Arbh.	Arbeidshof (België)
<i>Arr. Cass.</i>	Arresten van het Hof van Cassatie (België)
<i>A&V</i>	Aansprakelijkheid en Verzekering
Besl.	Beslagrechter (België)
BW	Burgerlijk Wetboek
Belg. B.W.	Burgerlijk Wetboek (België)
Brussel	Hof van beroep te Brussel (België)
<i>B.S.</i>	Belgisch Staatsblad (België)
Cass.	Hof van Cassatie (België)
CBS	Centraal Bureau voor Statistiek
EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gent	Hof van beroep te Gent (België)
Ger. W.	Gerechtelijk Wetboek (België)
Gedr. St.	Gedrukte stukken van Kamer, Senaat enz,
HvD	Hof van discipline
HR	Hoge Raad der Nederlanden
<i>J.L.</i>	Jurisprudence de Liège (België)
<i>J.L.M.B.</i>	Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (België)
<i>JOL</i>	Jurisprudentie OnLine
<i>J.T.</i>	Journal des tribunaux (België)

<i>Jur. Liège</i>	Jurisprudence de la cour d'appel de Liège et des juridictions de son ressort (België)
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
Kh.	Rechtbank van koophandel (België)
Ktg.	Kantonrechter
Liège	Hof van beroep te Liège (België)
Mons	Hof van beroep te Mons (België)
<i>NJ</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>NJB</i>	Nederlands Juristenblad
<i>NTBR</i>	Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht
<i>Pas.</i>	Pasicrisie belge (België)
<i>PB</i>	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
pres.	President (van de arrondissementsrechtbank)
<i>Prg.</i>	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank van eerste aanleg, burgerlijke kamer (België) of arrondissementsrechtbank (Nederland)
<i>R.C.J.B.</i>	Revue critique de jurisprudence belge (België)
<i>Rechtspr. Arb. Br.</i>	Rechtspraak arbeidshof Brussel (België)
<i>R.G.A.R.</i>	Revue générale des assurances et des responsabilités (België)
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvD	Raad van discipline
<i>R. W.</i>	Rechtskundig weekblad (België)
<i>Stb</i>	Staatsblad
<i>Stert</i>	Staatscourant

<i>T.B.B.R.</i>	Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht (België)
<i>(Vl.)T. Gez.</i>	Vlaams tijdschrift voor gezondheidsrecht
<i>TK</i>	Tweede Kamer (Nederland)
<i>T.P.R.</i>	Tijdschrift voor privaatrecht (België)
<i>TvC</i>	Tijdschrift voor consumentenrecht
<i>T. Vred.</i>	Tijdschrift van de vrede- en politierechters (België)
<i>voorz.</i>	Voorzitter (van de rechtbank) (België)
<i>Vrb</i>	Verzekeringsrechtelijke berichten
<i>Vred.</i>	Vrederechter (België)
<i>WPNR</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
<i>z.d.</i>	zonder datum

1 Inleiding

1.1 Beroepsmatige incasso¹

1 Op 17 oktober 1932 riep een zekere K.M., van beroep incasseerder en particulier rechercheur, voor de woning van Klein, telkens wanneer er voorbijgangers langs kwamen: "Klein betalen, centjes, centjes, rekening betalen Klein" (HR 26 juni 1933, *NJ* 1933, 1428). Ofschoon deze incassomethode enigszins gedateerd overkomt, is het onderwerp nog steeds actueel. Een incassant² probeert in opdracht van zijn opdrachtgever diens onbetaalde factuur op de schuldenaar te incasseren. Onbetaalde facturen worden gelukkig meestal op een andere wijze geïncasseerd dan hiervoor geschetst. Het bezoeken van de schuldenaar is daarbij eerder uitzondering dan regel, zij het dat er (malafide) incassanten zijn die schuldenaren bij bezoeken aan huis onder druk trachten te

¹Beroepsmatige incasso is economisch gezien een belangrijke markt. Volgens het CBS was in 1998 de incasso-omzet van gerechtsdeurwaarders 120 miljoen gulden (\pm €55.000.000), van advocaten 39 miljoen gulden (\pm €18.000.000) en van rechtskundige adviseurs 2,2 miljoen gulden (\pm €1.000.000). Gegevens van andere incassanten werden niet onderzocht. Het valt te verwachten dat de omzet van incassobureaus tenminste gelijk is aan de omzet van gerechtsdeurwaarders en advocaten tezamen (zie ook nr. 10). Uitgaande van gemiddeld 8% aan - door de incassant aan de opdrachtgever in rekening gebrachte - incassoprovisie/loon en 60% incassoresultaat, betekent dit dat opdrachtgevers voor bijna 7 miljard gulden (\pm €3.000.000.000) aan schuldvorderingen ter incasso geven. Hierbij is geen rekening gehouden met de schuldvorderingen die aan andere incassanten dan incassobureaus, gerechtsdeurwaarders en advocaten uit handen worden gegeven. De omzet van deze restgroep valt nauwelijks te schatten.

²Als verzamelnaam voor diegenen die zich met incasso bezig houden (incassobureau, gerechtsdeurwaarders, advocaten en rechtskundige adviseurs), wordt onder meer in de literatuur gebruikt: 'incassant' (Rodrigues en Schep 1990, 19; Consumentenbond 1992, 130; Freudenthal 1996, 4 en Van Dale 1999: 13e druk); 'incasseerder' (Kokke 1985); 'inner' (Van Almelo 1988, 18-23); 'incassospecialist' (De Greef e.a. 1991, III.2-1), 'incassogemachtigde' (Briers 1990, 7); 'incassomandataris' (Tellegen en Bevers 1991, 9), 'incasso-intermediair' (Freudenthal 1994, 137; Freudenthal 1996, 87) en 'schuldinvorderaar' (*Gedr. St.*, Kamer, 1997-1998, nr. 1256/1 1999-2000, DOC 50 0223/001 en 002.). Intern gebruiken sommige beroepsgroepen 'tussenpersoon', 'adviseur' en 'derde' (zie reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk (zie noot 8); art. 35 van de gedragsregels voor advocaten 1992 en Verhouding tot cliënteel verwezen door 'derden' (zie noot 108). Hierna wordt 'incassant' gebruikt.)

zetten.³ De meeste bonafide incassanten proberen echter door middel van schriftelijke en telefonische aanmaningen de schuldenaar tot betaling te bewegen. Zonodig wordt de schuldenaar door een gerechtelijke procedure en tenuitvoerlegging van het vonnis gedwongen.

1.2 Definities van incasso en incasseren

2 Het woord 'incasso' wordt in het dagelijks leven en in de rechtspraktijk in meer dan één betekenis gebruikt. Een gezamenlijk element is steeds aanwezig: het innen van geld(-vorderingen). Banken hanteren bijvoorbeeld het systeem van automatische incasso en incassomachtiging. Verzekeringsmaatschappijen en assurantietussenpersonen spreken van incasso van verzekeringspremies en in het handelsrecht komen begrippen voor zoals cessie ter incasso, documentair incasso, incassowissel, incassocheque en incasso-endossement. 'Incasseren' wordt zelfs nog ruimer gebruikt. Afgezien van de figuurlijke betekenis is het volgens Van Dale (1999; 13e druk) synoniem aan innen, in ontvangst nemen (van geld).

In dit onderzoek worden 'incasso' en 'incasseren' gebruikt in de zin van (rechts-)maatregelen die een incassant moet nemen om de geldvordering van de schuldeiser⁴ in zijn naam en ten laste van de

³ Naar aanleiding van vragen in de Tweede Kamer over intimidatie van sommige incassobureaus antwoordde de regering aan de Tweede Kamer dat onderzocht zal worden of er een systeem voor certificeren van incassobureaus moet komen. Hiervoor zouden eisen van zorgvuldige beroepsuitoefening, vakkennis, organisatie, liquiditeit en solvabiliteit moeten worden gesteld (*Handelingen van de Tweede Kamer*, 1998-1999, 2095-2096).

⁴ Schuldeisers die vorderingen ter incasso geven op met name particulieren, zijn onder meer banken, verzekeringsmaatschappijen, verhuurders, nutsbedrijven, postorderbedrijven, vrije beroepsbeoefenaren en de overheid (zie Rodrigues en Schep 1990, 17-18). Daarnaast zijn er de transacties die vrijwel uitsluitend tussen ondernemers plaatsvinden (zie Incasso inzicht 1995, 42). Het aandeel van particulieren als schuldeisers is zeer gering. Uit een empirisch onderzoek uit 1995 (Freudenthal 1996, 149) blijkt dat bij de geldvorderingen (met uitzondering van familie zaken) die bij de kantonrechter worden ingesteld 17% particulieren, waaronder ook eenmanszaken zijn begrepen, als eiser zijn betrokken. Bij de rechtbank is het aandeel van de particulieren 33%.

schuldenaar,⁵ *te innen*.

Een belangrijk element in deze definitie is dat een incassant wordt ingeschakeld. Rodrigues en Schep⁶ en Freudenthal⁷ hanteren een veel ruimer incassobegrip en laten de fase waarbij de schuldeiser zelf de vordering probeert te innen, er ook onder vallen. Daartegen hanteren gerechtsdeurwaarders in Nederland een beperkter incassobegrip; opdrachten van advocaten en collega-gerechtsdeurwaarders vallen er niet onder (zie art. 7.1 reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk)⁸. Incasso is in dat geval gereserveerd voor de werkzaamheden van rechtstreekse opdrachtgevers, die soms 'eigen cliënten' genoemd worden. Ook het innen van belastingen en strafrechtelijke boetes wordt in dit onderzoek niet onder incasso of incasseren gerekend. De overheid heeft hiervoor een eigen apparaat en int zelf. Echter, in bepaalde gevallen draagt de overheid het incasseren van de strafrechtelijke boetes op aan gerechtsdeurwaarders, in dat geval is er wel sprake van incasso.

In de praktijk wordt soms de geldvordering die ter incasso is of wordt gegeven, met incasso aangeduid. Voor het onderscheid zal hierna

⁵ De meeste schuldenaren zijn particulieren. Uit onderzoek (Freudenthal 1996, 149) blijkt dat bij geldvorderingen (met uitzondering van familiezaken) die worden ingesteld bij de kantonrechter ruim 90% particulieren als gedaagden zijn betrokken (2566 zaken). Bij de rechtbank is dit percentage aanmerkelijk lager: 60% (470 zaken). Volgens een enquête van het Controllers Magazine onder hoofdzakelijk incassobureaus zegt het grootste deel van de bureaus zich te richten op *business-to-business*-vorderingen (Incasso inzicht 1995, 42). Vanzelfsprekend zegt dit weinig over de werkelijk in behandeling zijnde schuldvorderingen.

⁶ Rodrigues en Schep 1990, 6-7.

⁷ Freudenthal 1996, 73.

⁸ Zie *Vademecum van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders*, 5.3.1-8 (volledige tekst) en 5.4.1-2 (uittreksel)). Het reglement gold tot 15 juli 2001 voor de leden van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG). Met ingang van die datum werd de KVG ontbonden en van rechtswege opgevolgd door het openbaar lichaam Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) (art. 93 Gerechtsdeurwaarderswet). Gezien de wettelijke taakopdracht van de KBvG werden de reglementen, gedragsregels e.d. van de KVG ingetrokken (zie ook *TK 22775*, nr. 16, 21-22). Tegelijkertijd trad een aantal ministeriële regelingen in werking, waaronder de verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders (*Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13) en de administratieverordening gerechtsdeurwaarders (*Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 10) (art. 94 Gerechtsdeurwaarderswet).

van incassozaken⁹ of het innen/incasseren van schuldvorderingen worden gesproken.

1.3 Verplichtingen uit de incasso-overeenkomst, de beroepsaansprakelijkheid en de vraagstellingen

3 Na het uit handen geven van de schuldvordering ontstaat tussen de incassant en de opdrachtgever een overeenkomst waaruit verschillende verplichtingen voortvloeien. De belangrijkste verplichting van de incassant is om incassowerkzaamheden te verrichten. Die verplichting houdt logischerwijze in dat de incassant zelfstandig beoordeelt welke maatregelen hij¹⁰ moet nemen. Aan de andere kant zal hij in sommige gevallen instructies aan zijn opdrachtgever moeten vragen en/of de aanwijzingen van zijn opdrachtgever moeten opvolgen. Die aanwijzingen zal de opdrachtgever alleen maar op de juiste wijze kunnen geven als de incassant hem regelmatig informeert over de stand van zaken. Inherent aan incasso is het ontvangen van betalingen van de schuldenaar. In de praktijk worden veel schuldvorderingen in termijnen afbetaald. Het lijkt dan niet redelijk dat de incassant met de afdracht van de ontvangen termijnen aan de opdrachtgever wacht totdat hij het gehele verschuldigde bedrag van de schuldenaar heeft ontvangen. Zoals iedereen die geld namens een ander ontvangt en uitgeeft, zal de incassant na de beëindiging van de incassowerkzaamheden rekening en verantwoording moeten afleggen.

De hierboven vermelde verplichtingen roepen de vraag op welke precies de verplichtingen zijn die uit de incasso-overeenkomst voortvloeien. Nauw daarmee samenhangend is de tweede centrale vraag wat de aansprakelijkheid van de incassant inhoudt.

Bij de uitvoering van de incassowerkzaamheden kunnen door de incassant immers fouten worden gemaakt. Hiervoor is de incassant in beginsel aansprakelijk. Of en in hoeverre de incassant dan schadever-

⁹ Hiervoor kan even goed *incassovordering* worden gebruikt (Freudenthal 1996, 2).

¹⁰ Overall waar hij of hem staat kan ook zij of haar worden gelezen.

goeding aan de opdrachtgever dient te betalen, valt te bezien. De opdrachtgever zal immers door de gemaakte fout aantoonbare schade moeten lijden. Zo zal het verzuim om de opdrachtgever regelmatig op de hoogte te houden niet snel tot schade lijden. Indien er al sprake is van schade, zal deze ook nog in causaal verband moeten staan met de fout. Stel dat een opdrachtgever naar aanleiding van het niet tijdig afdragen van de geïncasseerde gelden in financiële problemen is gekomen. De schade die hij daardoor lijdt, kan hij waarschijnlijk niet op de incassant verhalen, omdat de schade te ver verwijderd is van de gemaakte fout. Een ander probleem voor de opdrachtgever is dat in het algemeen het bewijs van het causaal verband bij hem ligt. De opdrachtgever zal moeten aantonen dat hij door de fout van de incassant schade heeft geleden. Betreft het een moeilijk te incasseren schuldvordering, omdat de vermogenspositie van de schuldenaar twijfelachtig is, dan zal hij dat bewijs niet gemakkelijk kunnen leveren.

1.4 Rechtsvergelijking met België

4 Een oriëntatie op alleen Nederland houdt het gevaar van een zekere beperktheid in.¹¹ Een vergelijking met andere landen werkt in het algemeen verhelderend en inspirerend, geeft een bredere kijk op het onderwerp en strekt tot lering.¹² Om te voorkomen dat een rechtsvergelijkend onderzoek ten ondergaat aan een (te) grote hoeveelheid (mogelijk onoverzichtelijk) materiaal, uitmondt in een (te) omvangrijk werk, of slechts zou eindigen in een oppervlakkige onderzoeksverslag,¹³ is de rechtsvergelijking beperkt tot één land. Gekozen is voor België vanwege de grote mate van overeenkomst van de rechtsstelsels van België en Nederland. Regelgeving en rechterlijke organisatie lijken sterk op elkaar

¹¹ Eenvormig recht op het gebied van burgerlijk recht is in de EU (nog) afwezig (zie stand en wenselijkheid daarvan Van Keer 1996, 729-741).

¹² Zie Gorlé e.a. 1991, 77-78 (nrs. 121-124) en Kokkini-Iatridou e.a. 1988, 26-27.

¹³ Van Schellen 1972, XXVI.

en de kenbronnen van het recht verhouden zich onderling op dezelfde wijze.¹⁴ In beide landen is de Franse Code Civil het uitgangspunt geweest voor het Burgerlijk Wetboek. Het Belgische recht is daarna onder invloed van het Franse recht blijven staan, terwijl het Nederlandse recht meer de invloed van het Duitse recht heeft ondergaan.¹⁵ Het is interessant om te zien hoe het incasso zich in de beide landen heeft ontwikkeld.

1.5 Beantwoording van de vragen

5 De in paragraaf 1.3 gestelde vragen kunnen niet zonder meer beantwoord worden aan de hand van wettelijke regels, jurisprudentie en literatuur. De wetgever heeft op het gebied van incasso geen specifieke regels¹⁶ uitgevaardigd en het is niet altijd duidelijk welke regels van toepassing zijn. Ook zijn in de jurisprudentie en literatuur die vragen nauwelijks aan de orde geweest. De regelgeving, jurisprudentie en literatuur die betrekking hebben op advocaten en gerechtsdeurwaarders in het algemeen, zijn niet zonder meer bruikbaar voor het onderwerp incasso. Incassowerkzaamheden verschillen immers sterk van de ambtelijke werkzaamheden van de gerechtsdeurwaarders en van de advieswerkzaamheden/behandelen van gerechtelijke procedures door advocaten.

Op het eerste gezicht lijken twee publicaties betrekking te hebben op het onderhavige onderwerp. Zo is onderzoek gedaan naar de problematische schuldsituatie van schuldenaren bij incasso door het SWOKA, Instituut voor consumentenonderzoek, dat in 1990 het rapport *Incasso*

¹⁴ Meijer en Van Gessel 1992, 59.

¹⁵ Smits en Stijns 2000, 5.

¹⁶ Een uitzondering is art. 39 van de Belgische Wet op het consumentenkrediet, waarin bepaalde onoorbare praktijken bij het incasseren zijn verboden. Zo mag de incassant aan de schuldenaar geen bezoldiging of vergoeding vragen of niet voorziene kosten in rekening brengen, niet suggereren dat een brief van een gerechtelijke instantie uitgaat, onjuiste mededelingen over de gevolgen van wanbetaling doen en niet informeren bij bureaus, familie of werkgever van de schuldenaar.

in kaart publiceerde.¹⁷ Dit multidisciplinaire onderzoek geeft een goed beeld van de incassopraktijk - waarvan hierna ook gebruik gemaakt wordt - maar komt gezien het daar gekozen uitgangspunt echter nauwelijks toe aan de rechtsverhouding opdrachtgever - incassant en de (beroeps-)aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor *Incassoprocedures*,¹⁸ een proefschrift waarin het instellen en afhandelen van de gerechtelijke incassoprocedure wordt behandeld.

1.6 Opzet van het onderzoek

6 In hoofdstuk twee komt de praktijk van incasso aan de orde. Dit is noodzakelijk om een goed beeld te krijgen van de omstandigheden waaronder incasso wordt verricht, van de incassomethoden en van de incassanten. In België doet zich het probleem voor dat het grootste deel van de regelgeving wordt overgelaten aan de plaatselijke ordes, waardoor deze van orde tot orde kan verschillen. Veel substantiële verschillen blijken er echter in de praktijk niet te zijn.¹⁹ Mede uit praktische overwegingen is het onderzoek dan ook beperkt tot de orde van advocaten te Antwerpen. Deze orde behoort tot de grootste in België.

In het derde hoofdstuk wordt de incasso-overeenkomst behandeld. In grote lijnen worden de rechten en plichten van de betrokken partijen aangegeven. Zo komen de belangrijkste verbintenissen, contractsvrijheid, partijafpraak en aanvullende werking aan de orde. Daarna volgt het onderzoek naar de kwalificatie van de incasso-overeenkomst. In het laatste deel van het derde hoofdstuk worden de beroeps- en gedragsregels onderzocht en wordt antwoord gegeven op de vraag op welke wijze deze van invloed zijn op die overeenkomst.

In hoofdstuk vier worden de specifieke verplichtingen bij incasso verder uitgediept. Behandeld worden de zorgplicht; het verschil tussen

¹⁷Rodrigues en Schep 1990.

¹⁸Freudenthal 1996.

¹⁹Stevens 1990, VII.

het tuchtrecht en civiele recht; het zelfstandig maatregelen nemen; de beleidsvrijheid en het opvolgen van aanwijzingen; de tussentijdse informatieplicht; de tussentijdse afdrachtplicht en de voortgang van de werkzaamheden. Tevens komt de zorgplicht van de opdrachtgever aan de orde.

In het hoofdstuk vijf wordt de afrekening aan het einde van de incasso-overeenkomst behandeld. Hier is de vraag waaraan de afrekening moet voldoen van belang. Aan de orde komen de rekening en verantwoording, incassokosten, incassoprovisie, afwikkelingskosten en onkosten.

Het zesde hoofdstuk behandelt de beroepsaansprakelijkheid. Er wordt ingegaan op wanprestatie en onrechtmatige daad bij incasso, de verschillen en samenloop daarvan. Daarna volgt de maatstaf van zorgvuldigheid, het causaal verband, en de schadevergoeding. Bij dit laatste zal het verlies van kans aan de orde komen, een fenomeen dat al langer in België opgang heeft gemaakt. In Nederland staat dit nog in de kinderschoenen.

2 De praktijk

2.1 Inleiding

7 In dit hoofdstuk staat de praktijk van incasso centraal. In § 2.2.1 zullen globaal de wijzigingen aan de orde komen die zich daarin sinds de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw hebben voorgedaan, waardoor het incasseren van schuldvorderingen sterk is gewijzigd. Eén ding is hetzelfde gebleven: het imago van incasso is nog steeds negatief. Om een goed beeld van incasso te krijgen zijn ook de incassomethoden van belang. Deze worden in § 2.2.2 uitgewerkt. Daarna worden de voornaamste beroepsgroepen behandeld die zich met incasso bezighouden. De gerechtsdeurwaarder en de advocaat komen in § 2.2.4 respectievelijk § 2.2.5 aan de orde. De andere beroepsgroepen worden in § 2.2.3, § 2.2.6 en § 2.2.7. behandeld. Voor deze laatsten bestaan geen of weinig specifieke regels. Iedereen kan zich beroepsmatig met incasso bezighouden. Het gevolg is dat er nog al wat malafide incassobureaus zijn en juist deze bezorgen de incassobranche een slechte naam. In het verleden is door de regering een wetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend om het verlenen van rechtsbijstand en incasso aan banden te leggen.²⁰ Indien het wetsontwerp aangenomen zou zijn, zou dit grote gevolgen voor de incassopraktijk hebben gehad. De advocatuur had echter bezwaren en het werd door de regering ingetrokken. Toch houdt de kritiek op incassobureaus aan. Om zich hiertegen te wapenen hebben met name de grote incassobureaus zich bij de Nederlandse Vereniging van Incassobureaus (NVI) aangesloten en onderwerpen zich daardoor aan gedragsregels.

Voor België worden bovenstaande aspecten eveneens onderzocht. Dit zal in § 2.3 aan de orde komen. Voor zover van belang worden de verschillen met Nederland aangegeven.

²⁰ Koninklijke Boodschap van 24 mei 1958, TK 5166.

2.2 De praktijk van het incasseren in Nederland

2.2.1 Gewijzigde maatschappelijke en economische omstandigheden

8 Door de schuldenaar toe te staan om op rekening te betalen of door hem krediet te verlenen, ontstaat de mogelijkheid dat een deel van de geldvorderingen niet of te laat wordt betaald.²¹ Verschillende redenen kunnen hieraan ten grondslag liggen, zoals betalingsonmacht, betalingsonwil of een vorm van protest tegen de kwaliteit van het geleverde produkt of de dienst. De reden is van belang voor de schuldeiser. Een schuldenaar met een klacht over een geleverd produkt of dienst vraagt om een andere benadering dan een notoire wanbetaler. Vroeger hadden bedrijven nauwelijks aandacht voor debiteurenbeleid. Na het leveren van het produkt werd betaling afgewacht en vooraf werd al rekening gehouden met een vast percentage dubieuze debiteuren. Vanuit de Verenigde Staten deed het zogenaamde *credit-management* zijn intrede. Naast het verwerven van de order werd ook de betaling belangrijk. De kredietwaardigheid van de schuldenaar werd met een strenger acceptatiebeleid beoordeeld, betalingstermijnen werden zorgvuldiger bewaakt, aanmaningstrajecten opgezet en schuldvorderingen (eerder) ter incasso gegeven.

9 Het aantal incassozaken was vóór de jaren zestig van de twintigste eeuw gering. Consumptieve bestedingen waren er nog weinig. Schuldeisers benaderden hun schuldenaren lang zelf. Geldvorderingen werden pas in een laat stadium, of zelfs in het geheel niet, uit handen gegeven. Contacten waren in het algemeen persoonlijk, weinig zakelijk en de meeste mensen vonden het een schande om schulden te hebben. Het innen van schuldvorderingen was op een persoonlijke benadering toegepitst (zie HR 30 mei 1932, *NJ* 1932, 1147; HR 26 juni 1933, *NJ* 1933,

²¹ Vgl. Molenaar 1985, 3-4. Volgens de auteur is elke uitgestelde tegenprestatie, toegestaan of niet, krediet.

1428)²². Tegenwoordig ligt dit anders. Het incasseren is grootschaliger, onpersoonlijker en zakelijker geworden. Schuldeisers zijn zich meer bewust van de noodzaak van een goed debiteuren- en incassobeleid, en schuldenaren ervaren het hebben van schulden als minder erg. Ook vond er een verschuiving plaats van gerechtelijke naar minnelijke incasso.²³ Steeds meer incassozaken worden buitengerechtelijk afgedaan,²⁴ zij het dat ook in het verleden incassobureaus in veel gevallen procedures achterwege lieten.²⁵ Toch wordt er in het algemeen meer geprocedeerd dan in het verleden. Desondanks wordt maar een fractie van alle incassozaken uiteindelijk een rechtszaak.²⁶

10 Aan het begin van de twintigste eeuw werden geldvorderingen vooral uit handen gegeven aan advocaten en gerechtsdeurwaarders. Advocaten hielden zich bezig met de ingewikkelde zaken. Gerechtsdeurwaarders kregen de eenvoudige geldvorderingen toebedeeld, waaronder incassozaken werden gerekend die tot de competentie van de kantonrechter behoorden. Advocaten hadden er geen belangstelling voor en waren er bovendien niet (goed) voor toegerust.²⁷ Tegenwoordig wordt het belang van incasso echter groter geacht, getuige ook de oprichting van de Vereniging van Incasso advocaten (VIA) in 1993 met als doel-

²² In de eerstgenoemde procedure had een schuldeiser over de post een felrode brief gestuurd met de vermelding: 'Betaal Uw schuld'. In de als tweede genoemde procedure (zie ook de inleiding) was een incasseerder betrokken die voor het huis van een vermeende schuldenaar had geroepen dat deze nog geld moest betalen. Zie Blom, 135.

²³ Zie Verwoerd 1988, 105-108.

²⁴ Volgens een enquête van het Controllers Magazine onder hoofdzakelijk incassobureaus zou 85% van de incassozaken minnelijk worden afgedaan (Incasso inzicht 1995, 43).

²⁵ De algemene raad der Nederlandse orde van advocaten 1959, 84.

²⁶ Zie Blankenburg en Verwoerd 1987, 35; Verwoerd en Van Duyne 1987, 9; Verwoerd 1988, 106; Royer 1992, 538; Franssen, Van Loon en Delrue 1998, 1243; vgl. Bloembergen 1995, 32-34. Bloembergen betwijfelt of het aantal civiele zaken per hoofd van de bevolking wel een goede maatstaf is voor vergelijking. In het geval de zaken worden vergeleken met het bruto nationaal product (bnp) zou bij civiele zaken eerder sprake zijn van een daling dan een stijging.

²⁷ Zuidema 1940, 149-150; vgl. Giltay Veth 1940b, 138 en 140.

stelling het marktsegment voor de advocatuur te vergroten.²⁸ Gerechtsdeurwaarders hebben echter hun aandeel in de incassomarkt weten te behouden en zelfs vanaf de zeventiger jaren uitgebreid. Een deel van de gerechtsdeurwaarders heeft zich verenigd in de Incass Groep Nederland en biedt onder die naam specifieke incassodiensten aan.²⁹ Incassobureaus verschenen aan het einde van de negentiende eeuw³⁰ en hebben tegenwoordig het grootste deel van de incassomarkt in handen.³¹

11 Veel wordt er niet over het onderwerp incasso geschreven. Zo nu en dan verschijnt er in een krant of tijdschrift een artikel over de (wan-) praktijken van sommige incassobureaus.³² Soms is zelfs de incassomethode onderwerp van een geding. Zo werd een incassant door de kortgedingrechter verboden om op enigerlei wijze contact op te nemen met de schuldenaar, omdat hij heel nadrukkelijk en opdringerig was om de vordering te incasseren. Dit terwijl de schuldenaar de schuldvordering betwistte (pres. Rb. Leeuwarden 19 november 1998, *KG* 1999, 5). Overigens kan het wangedrag van de incassant er ook uit bestaan dat hij een vermeende schuldenaar ten onrechte schriftelijk blijft benaderen (zie *Ktg.* Amsterdam 5 maart 1998, *Prg.* 1998, 4984). In deze procedure vond de kantonrechter dat de opdrachtgever verantwoordelijk was voor dat gedrag.

Dit alles doet het imago van incasso geen goed. Incasso heeft dan

²⁸Grootscholten en Huijskens 1993, 494.

²⁹Zie <<http://www.incass.nl>>, inzage 25 juli 2001. Daarnaast hebben enkele gerechtsdeurwaarders het voornemen de Vereniging Incasso Gerechtsdeurwaarders (VIG) op te richten. Deze vereniging zou gerechtsdeurwaarders moeten "ondersteunen bij commerciële processen op kantoonniveau" (rondschriften van 5 december 2000 van Incass Groep Nederland aan de leden van de KVG).

³⁰Vgl. Thomson 1937, 155; Freudenthal 1996, 79.

³¹Vgl. Van Vessem 1958, 377; Rodrigues en Schep 1990, 20; Incasso inzicht 1995, 39-61. Juiste cijfers zijn niet bekend. Het CBS doet wel onderzoek naar de omzet van advocaten, gerechtsdeurwaarders en rechtskundige adviseurs, maar niet naar incassobureaus (zie noot 1).

³²Zie Juridische Intimidatie door incassobureaus 1998, 103; Betalen of anders 1998, 38-40; Verdonschot 1998; Wessels 1999; Buik 1999, 115.

ook een negatieve connotatie.³³

2.2.2 Incassomethoden

12 Bij het ter incasso geven van geldvorderingen krijgt de opdrachtgever te maken met de incassomethode van de incassant. Globaal zijn er twee methoden: minnelijke en gerechtelijke incasso. Bij gerechtelijke incasso wordt de rechter ingeschakeld, bij minnelijke incasso niet. In het algemeen incasseren advocaten en gerechtsdeurwaarders gerechtelijk en incassobureaus minnelijk. Er zijn echter uitzonderingen. In ieder geval zal elk incassobureau voor een deel gerechtelijk incasseren en passen advocaten en gerechtsdeurwaarders ook minnelijke incasso toe.³⁴

13 Bij *minnelijke incasso*, ook buitengerechtelijke incasso genaamd, wordt de rechter niet ingeschakeld. Er zijn voor de uitvoering geen specifieke wettelijke regels. De incassant vult zelf de werkzaamheden in. Het doel is duidelijk: de schuldenaar zo snel mogelijk tot betaling te bewegen. Niet denkbeeldig daarbij is het gevaar dat de grens van het toelaatbare wordt overschreden.³⁵ Een bonafide incassant heeft de keuze uit schriftelijke,³⁶ telefonische of persoonlijke benadering van de schuldenaar. Hoe de incassoprocedure verloopt, is afhankelijk van de mogelijkheden die de incassant aanbiedt en de keuze die de opdrachtgever daaruit maakt. In de praktijk worden allerlei methoden toegepast, vaak voorzien van bijpassende fictieve namen. De werkzaamheden maken soms deel uit van andere activiteiten van de incassant, zoals bijvoorbeeld *credit-management* of het verstrekken van krediet- of verhaalsinformaties.

14 Een vrij veel toegepaste methode is de zogenaamde *profit letter*³⁷.

³³ Vgl. Rodrigues en Schep 1990, 12.

³⁴ Incasso inzicht 1995, 43.

³⁵ Zie Consumentenbond 1992, 131; Betalen of anders 1998, 38-40.

³⁶ Daaronder wordt ook begrepen de benadering via een fax- of e-mailbericht.

³⁷ Rodrigues en Schep 1990, 35-36; Incasso inzicht 1995, 43-44.

De incassant verstrekt zijn briefpapier aan de schuldeiser. Deze laatste maant zijn schuldenaar hierop aan. Betalingen of reacties moeten rechtstreeks aan de schuldeiser plaatsvinden. In feite is er geen sprake van incasso. De schuldvordering is immers (nog) niet uit handen gegeven. De schuldenaar weet hier meestal niets van. Hij verkeert in de veronderstelling dat de aanmaning van de incassant komt. Bij eigenlijke incasso wordt de schuldvordering uit handen gegeven en door middel van aanmaningen of telefonische verzoeken wordt de schuldenaar tot betaling gesommeerd. In de loop van de aanmaningencyclus zal de toon indringender worden. Soms worden (rechts-)maatregelen aangekondigd die niet waar gemaakt kunnen worden of waarvan het van tevoren vaststaat dat deze toch niet gebruikt zullen worden.³⁸ Zo dreigde een incassobureau van een ziekenhuis met een faillissementsaanvraag, terwijl het bedrag van de factuur slechts f 267,50 (€ 121,39)³⁹ was en de schuldenaar betwistte dat hij de factuur en aanmaning had ontvangen. Het incassobureau had overigens ook gedreigd met een beslaglegging en om de schuldenaar in het BKR (Bureau Krediet-Registratie) te Tiel te laten opnemen. Het BKR houdt zich bezig met registratie van consumptieve kredieten en is alleen te wijzigen door kredietverstrekkers (art. 14 lid 2 Wet op het consumentenkrediet). Het is incassobureaus zelfs niet eens toegestaan dit register te raadplegen (Ktg. Amsterdam 5 maart 1998, *Prg.* 1998, 4984).

15 Bij telefonische incasso is de benaderingswijze en het succes in sterke mate afhankelijk van de persoon die de gesprekken voert. Een nadeel voor de incassant is dat niet iedere schuldenaar overdag thuis is of een bekend telefoonnummer heeft. Een andere gevolgde methode is bezoek aan huis van de schuldenaar. Dit houdt nog meer het gevaar van

³⁸ Het is de gerechtsdeurwaarder niet toegestaan maatregelen aan te kondigen die hij niet daadwerkelijk kan nemen (art. 8 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders, *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13).

³⁹ In verband met de invoering van de euro per 1 januari 2002 zijn bedragen in Nederlandse guldens en Belgische franken omgerekend in euro's volgens de koers van €1 = f 2,20371 en 40,3399 BEF.

mogelijke intimidatie in en wordt om die reden door de bonafide incassant met terughoudendheid toegepast.⁴⁰ Afhankelijk van de druk die de incassant uitoefent en de bereidwilligheid of de financiële mogelijkheid van de schuldenaar, zal de schuldvordering voldaan worden, vaak met een betalingsregeling. Betaalt de schuldenaar niet (meer), dan rest niets anders dan gerechtelijke incasso of staking van de incassoprocedure.⁴¹

16 Bij *gerechtelijke incasso* ligt het accent op de gerechtelijke procedure en eventueel na het toewijzende vonnis op de tenuitvoerlegging daarvan. Als eerste stap zal de schuldenaar aangemaand moeten worden (zie ook art. 3 gedragsregels voor advocaten 1992; vgl. Gedragscode van de Vereniging van Incasso Advocaten (VIA); art. 7.2 reglement niet-ambtelijke rechtspraak⁴²).⁴³ Zonder die aanmaning loopt de (schuld)-eiser het risico dat hij in de kosten van de procedure wordt veroordeeld (art. 56 Rv) of dat de eventuele gevorderde incassokosten worden afgewezen. Na aanmaning wordt een (civiele) procedure voor de kantonrechter of de rechtbank ingesteld.⁴⁴ Of de procedure moet dienen voor de rechtbank of kantonrechter is afhankelijk van de absolute competentie van de kantonrechter (art. 53 RO). De laatste neemt kennis van alle burgerlijke zaken van niet meer dan f 10.000 (€ 5.000)⁴⁵ en van alle zaken in arbeids-, huur- en huurkoopzaken ongeacht de hoogte van de

⁴⁰ Incasso inzicht 1995, 46-47.

⁴¹ In Nederland zou volgens het incassobureau Intrum Justitia 75% van de vorderingen die ter incasso worden gegeven, buitengerechtelijk worden afgedaan. In België is dit 30% (Freudenthal 1996, 299; vgl. Incasso Inzicht 1995, 43).

⁴² Zie noot 8.

⁴³ Bij spoedeisende zaken kunnen daarnaast direkt conservatoire beslagmaatregelen genomen worden (zie art. 700-767 Rv).

⁴⁴ Steeds meer wordt het middel van incassokortgeding (zie Borgerhoff Mulder 1981, 419-421 en 1983, 113-116; Freudenthal 1996, 42-43) of soms een faillissementsaanvraag (zie art. 1 e.v. Faillissementswet; Freudenthal 1996, 60) aangewend. De meeste incassoprocedures zijn echter gewone procedures en worden door middel van een dagvaarding ingeleid. Bij de kantonrechter kan dit ook met een formulier (art. 104-106 Rv). In de praktijk wordt hiervan weinig gebruik gemaakt. De reden daarvan is niet duidelijk (Klijn, Cozijn en Paulides 1994, 25-26; Freudenthal 1996, 36-37, 135).

⁴⁵ Overeenkomstig het wetsvoorstel Aanpassingswet euro (TK 27472) wordt met ingang van 1 januari 2002, de datum van de invoering van de euro, het bedrag afgerond.

vordering (art. 38-42 RO). De procedure voor de kantonrechter kan door een gemachtigde worden gevoerd (art. 101 Rv), bij de rechtbank is bijstand van een procureur verplicht (art. 133 lid 1 en 138 Rv).

17 Van 1939 tot 1968 was het de advocaat en procureur volgens de ereregels verboden opdrachten aan te nemen van incassanten die geen advocaat waren (art. B.II.7 Eere-regelen voor advocaten).⁴⁶ Er was één uitzondering: voor incassobureaus kon ontheffing worden gevraagd.⁴⁷ De praktijk was echter anders. Sommige advocaten namen toch opdrachten van andere incassanten aan.⁴⁸ In 1968 verviel de uitzondering voor incassobureaus en in 1980 - vanaf die tijd wordt er gesproken van gedragsregels in plaats van ereregels - werd het verbod afgezwakt en konden opdrachten van 'tussenpersonen' worden aanvaard op voorwaarde dat de advocaat ervan overtuigd is dat de opdracht met instemming van de cliënt geschiedt, en dat hij zich steeds rechtstreeks met de cliënt kan verstaan.⁴⁹

18 Intussen was het bij de 'tussenpersonen' gebruik geworden om de geldvorderingen die boven de competentiegrens van de kantonrechter lagen, zoveel mogelijk in gedeelten in rechte op te eisen. Dit gaf geen problemen zolang de rechtstitel niet werd betwist en er sprake was van een duurovereenkomst (art. 38 lid 2 RO). In de praktijk werd dit vooral toegepast bij huur- en geldkredietvorderingen. De splitsing in 'willekeurige' bedragen ter grootte van de competentiegrens met reservering van het recht op het meerdere, leverde echter meer juridische tegenwerking op. Onbevoegheidsverklaringen met verwijzing naar de rechtbank waren

⁴⁶ *Advocatenblad* 1939, 123-124.

⁴⁷ Zie ook Giltay Veth 1940a, 107-112.

⁴⁸ Van Moorsel 1938, 46; Eereregelen der advocaten 1939, 100-101; De Ranitz 1948, 279-284; Van Berkel 1948, 19; Van der Putt 1954, 241-242; zie ook Vragenlijst 1940, 152-168.

⁴⁹ Art. 23 gedragsregels voor advocaten 1980, *Advocatenblad* 1979, 51; zie ook art. 35 gedragsregels voor advocaten 1992; RvD Amsterdam 19 april 1999, *Advocatenblad* 2000, 93; vgl. HvD 15 maart 1999, *Advocatenblad* 2000, 286; RvD Amsterdam 19 juli 1999, *Advocatenblad* 2000, 387; RvD 's-Gravenhage 8 november 1999, *Advocatenblad* 2000, 732.

het gevolg. Uiteindelijk besliste de Hoge Raad op 28 januari 1972 (*NJ* 1972, 146), dat art. 38 lid 2 RO niet alleen geschreven was voor duur-overeenkomsten, maar voor alle overeenkomsten, zodat alleen⁵⁰ nog rekening moest worden gehouden met de mogelijke betwisting van de rechtstitel.⁵¹ Het spreekt voor zich dat advocaten geen gebruik maken van de mogelijkheid van splitsing van de schuldvordering, omdat zij zelf de procedure in zijn geheel voor de rechtbank kunnen aanbrengen.

Na het toewijzende vonnis moet betaling van de schuldenaar worden verkregen.⁵² Onder druk van het vonnis kan de schuldenaar tot betaling ineens of in termijnen overgaan. Bij een groot aantal van de incasso-zaken blijft betaling echter achterwege. De grosse van het vonnis zal dan door een gerechtsdeurwaarder betekend moeten worden met - in de praktijk altijd gelijktijdig - bevel om aan de inhoud daarvan te voldoen (art. 430, 439, 491 en 502 Rv). Blijft betaling uit dan kan beslag op de roerende (art. 440 e.v. Rv) of onroerende (art. 504 e.v. Rv) zaken worden gelegd. Bij dergelijke beslagen volgt veelal voldoening door middel van betalingsregeling(-en). Slechts in uitzonderingsgevallen wordt tot verkoop van de roerende (die in de praktijk weinig blijken op te leveren) of onroerende zaken overgegaan. Een andere mogelijke en veel voorkomende tenuitvoerlegging is beslag onder derden (art. 475 Rv), met name op het loon, de uitkering of andere periodieke inkomsten van de schuldenaar of op zijn (post-)bankrekening. Door inhouding(en) wordt de schuldvordering voldaan. In uitzichtloze schuldsituaties of bij schuldenaren die (op papier) insolvent zijn, rest de schuldeiser niets anders dan de geldvordering af te boeken (zie ook art. 156 en art. 358 Faillissementswet).

⁵⁰ Het opeisen van gedeelten in rechte, houdt een mogelijk gevaar van verjaring van het gereserveerde restant in en kan bovendien de zaak erg complex maken, zeker als er sprake is van kosten van tenuitvoerlegging of langlopende betalingsregeling(en). De schuldenaar, maar ook de schuldeiser verliest het zicht op de totale schuldvordering.

⁵¹ Zie Kortlang-de Vries 1995, 3-6.

⁵² Freudenthal 1996, 145-148. Bij een bedrag van f 5000 (€2.268,90) zou ongeveer 12% van de aangebrachte incassozaken worden ingetrokken en 60% bij verstek worden toegevoerd.

2.2.3 Het incassobureau

19 De in omzet gemeten belangrijkste incassant is het incassobureau.⁵³ Over incassobureaus valt weinig te zeggen. Ze zijn weinig uniform en regels zijn er nauwelijks. Negatieve publiciteit over incassobureaus, waarover zelfs in de Tweede Kamer⁵⁴ vragen werden gesteld, noopte de incassobureaus tot zelfregulerende maatregelen. De problemen hebben vooral te maken met het gemak waarmee een incassobureau kan worden opgericht. De wet stelt geen vestigings- of opleidings-eisen, alleen inschrijving in het handelsregister dat wordt bijgehouden door de Kamer van Koophandel en Fabrieken, is voldoende (art. 1 Handelsregisterwet).⁵⁵ Op 4 april 1989 richtten de grote incassobureaus de Nederlandse Vereniging van Incassobureaus (NVI) op. De vereniging kent voor haar leden de Gedragscode en een klacht- en tuchtrecht door de raad van toezicht.⁵⁶ Om bescherming te bieden tegen het financiële onvermogen van incassobureaus werd op 12 april 1989 de Stichting Incasso Garantiefonds (SIG) opgericht. Volgens art. 2 van haar statuten stelt de stichting zich ten doel de belangen van de opdrachtgevers te behartigen en aan deze uitkeringen te doen in het geval het aangesloten lid financieel niet (meer) in staat is de geïncasseerde bedragen aan zijn opdrachtgever af te dragen.⁵⁷

2.2.4 De gerechtsdeurwaarder

20 Voor de gerechtsdeurwaarder is incasso een belangrijke bron van inkomen.⁵⁸ Hij heeft echter vooral een belangrijke publieke taak. Bij

⁵³ Zie noot 1.

⁵⁴ TK 20200, Wet Consumentenkrediet, nr. 3, 75; zie ook noot 3

⁵⁵ Nagel 1999, 66.

⁵⁶ Verkrijgbaar bij de leden. Zie ook <<http://www.nvio.nl>>, inzage 25 juli 2001.

⁵⁷ Zie folder SIG, verkrijgbaar bij de leden.

⁵⁸ Volgens het CBS bedroeg de incasso-omzet in 1998 41% van de totale omzet (zie ook noot 1).

civiele procedures moet hij worden ingeschakeld voor het uitbrengen van de dagvaarding en is hij de enige die bevoegd is het vonnis tenuitvoer te leggen (art. 1: 434 Rv.).⁵⁹ De belangen die daarbij spelen zijn hoofdzakelijk van privaatrechtelijke aard. Dit komt ook tot uitdrukking in de rechtspositie van de gerechtsdeurwaarder. Hij wordt door de Kroon benoemd en is ambtenaar, maar functioneert volledig zelfstandig en voor eigen rekening en risico. De gerechtsdeurwaarders zijn verenigd in de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) (art. 56 Gerechtsdeurwaarderswet). Het tuchtrecht wordt voor alle werkzaamheden uitgeoefend door de kamer van gerechtsdeurwaarders en in beroep door het Gerechtshof (art. 34 Gerechtsdeurwaarderswet).⁶⁰ Een aantal gerechtsdeurwaarders heeft de Stichting Garantiefonds Gerechtsdeurwaarders (SGG) opgericht. In het geval één van de deelnemers niet meer aan zijn financiële verplichtingen ten opzichte van zijn opdrachtgevers kan voldoen, wordt een uitkering aan de benadeelde verstrekt. De deelnemende gerechtsdeurwaarders hebben zich onderworpen aan een extra zwaar privaatrechtelijk toezicht.

21 Naast de ambtelijke werkzaamheden hebben de gerechtsdeurwaarders steeds, in meer of mindere mate, nevenwerkzaamheden verricht. Tot het einde van de negentiende eeuw bood de ambtelijke praktijk, die destijds veel uitgebreider was dan de incassopraktijk, een mogelijkheid tot een bestaan, hoewel in sommige, vooral kleine standplaatsen deze aangevuld moest worden met andere bronnen van inkomsten.⁶¹ Vanaf 1900

⁵⁹ Deze werkzaamheden worden ambtshandelingen of ambtelijke werkzaamheden genoemd (Teekens 1954, 60, 166-191; Teekens 1973, 29-33 en 65-78; Legel 1991, 32; art 1b Gerechtsdeurwaarderswet).

⁶⁰ Vanaf 1985 tot 15 juli 2001 werd het tuchtrecht gehandhaafd door de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG), waarvan het grootste deel van de gerechtsdeurwaarders lid was (art. 15-21 statuten; art. 11 reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk (zie ook noot 8)).

⁶¹ Harshagen 1973, 2.

verdwenen er steeds meer ambtelijke taken⁶² en het tarief voor de ambtelijke werkzaamheden - daterend uit 1843 en pas voor het eerst in 1922 aangepast - was veel te laag. Een groot aantal standplaatsen werd opgeheven en veel gerechtsdeurwaarders hadden wegens gebrek aan voldoende inkomsten een moeizaam bestaan.⁶³ Vanaf het einde van de jaren twintig van de twintigste eeuw werd de situatie langzamerhand gunstiger en vooral de laatste decennia verbeterde de situatie zelfs zeer behoorlijk.⁶⁴ Weliswaar zijn er meer ambtelijke taken verdwenen, maar de hoeveelheid opdrachten is sterk toegenomen, terwijl het aantal gerechtsdeurwaarders niet in dezelfde verhouding steeg. De advocatuur, rechtskundige adviseurs en incassobureaus hebben zich steeds min of meer verzet tegen de incassopraktijk van de gerechtsdeurwaarder.⁶⁵ Ze vinden dat gerechtsdeurwaarders zich uitsluitend met ambtelijke werkzaamheden zouden moeten bezig houden.

22 Bij de incassowerkzaamheden treedt de gerechtsdeurwaarder meestal in de hoedanigheid van gerechtsdeurwaarder naar buiten. Het gevolg is dat betrokkenen niet weten of de gerechtsdeurwaarder uit hoofde van zijn functie of als particulier handelt. Dit kan van belang zijn als tegen de gerechtsdeurwaarder een klacht moet worden ingediend of voor de aansprakelijkheid bij een eventuele fout. In ieder geval zou onderscheid de duidelijkheid ten goede komen en een schijn van belan-

⁶² De zaakwaarnemerij 1941, 101; Verhagen 1955, 114. Vanaf 1 januari 1936 werden bijvoorbeeld de exploitanten in strafzaken die voorheen onder meer werden uitgebracht door gerechtsdeurwaarders, per post verzonden (Harshagen 1973, 35; zie ook Uit de Handelingen Eerste Kamer der Staten-Generaal 1940, 188).

⁶³ Verhagen 1955, 114; zie ook Uit de Handelingen Eerste Kamer der Staten-Generaal 1940, 191.

⁶⁴ Zie ook Van Veggel 1999, 490. Vooral vanaf 1990 zijn de kantoren veel grootschaliger geworden met name door de toename van incasso-opdrachten en fusies van kantoren (Jongbloed 1999, 45-58).

⁶⁵ Rechtskundige adviseurs 1939, 86; Ter opheldering 1940, 185; De zaakwaarnemerij 1940, 99-102; zie ook Van Berkel 1948, 17-20; zie ook Marius Gerlings 1960, 142-146).

genverstrengeling vermijden.⁶⁶ De vraag is dan ook gesteld of de gerechtsdeurwaarder bij het uitvoeren van de ambtelijke taak onafhankelijk kan blijven. Volgens Rodrigues en Schep⁶⁷ zou het financiële belang dat de gerechtsdeurwaarder bij het starten van een gerechtelijke procedure heeft, de reden zijn dat hij snel daartoe overgaat. Een duidelijk onderscheid is daarom wenselijk (zie ook art. 12 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders)⁶⁸. Het is bij gerechtsdeurwaarders echter gebruikelijk om de incassowerkzaamheden te combineren met de ambtelijke werkzaamheden. Onderscheid tussen deze werkzaamheden wordt zeer moeilijk, zo niet onmogelijk geacht.⁶⁹ De gerechtsdeurwaarders willen deze splitsing ook niet. Zij vinden dat de incassowerkzaamheden onlosmakelijk verbonden zijn met de ambtelijke taak.

23 Deze kwestie is ook aan de orde gekomen bij de behandeling van het Ontwerp Gerechtsdeurwaarderswet.⁷⁰ De gerechtsdeurwaarders hebben er bij de regering op aangedrongen om de niet-ambtelijke werkzaamheden⁷¹ mede als wettelijke taak in het Ontwerp Gerechtsdeurwaarderswet op te laten nemen. De regering voelde daar niet voor.⁷² Wel kwam de vermenging tussen ambtelijke en niet-ambtelijke werkzaamheden ter sprake in een door haar ingestelde onderzoek naar de bevordering van de marktwerking in de uitoefening van het beroep van gerechts-

⁶⁶ Consumentenbond 1993, 12-17; Betalen of anders 1998, 39-40; zie ook Nagel 1999, 67.

⁶⁷ Rodrigues en Schep 1990, 53-54.

⁶⁸ *Stert* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

⁶⁹ Teekens 1973, 5-6; Legel 1991, 33; vgl. Van der Molen 1993, 322-324.

⁷⁰ *TK 22775*, nr. 3, 5.

⁷¹ De niet-ambtelijke werkzaamheden omvatten meer dan incasso. Ook het voeren van (kantongerechts-)procedures en het geven van juridische adviezen vallen daaronder.

⁷² In het Nader verslag (*TK 22775*, nr. 15, 10-11) vond de PvdA-fractie dat niet alleen de ambtelijke werkzaamheden maar met name de niet-ambtelijke werkzaamheden gereguleerd dienden te worden.

deurwaarder.⁷³ De werkgroep die dat onderzoek deed, zag twee nadelige aspecten aan de vermenging verbonden. Enerzijds zouden de ambtelijke werkzaamheden een concurrentievoordeel voor de gerechtsdeurwaarders opleveren. Anderzijds zou het verrichten van de niet-ambtelijke werkzaamheden ten koste gaan van het voldoen aan de ministerieplicht. Aanbevolen werd om gedragsregels vast te stellen om de concurrentiecondities tussen gerechtsdeurwaarders en andere aanbieders van diensten zoveel mogelijk gelijk te maken (art. 2, 3, 5 en 12 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders)⁷⁴.

2.2.5 De advocaat⁷⁵

24 Praktisch iedere advocaat incasseert bedragen voor zijn cliënten, maar slechts een klein aantal is gespecialiseerd in incasso.⁷⁶ De advocaat vervult vooral in de rechtspleging een belangrijke taak. De advocaat oefent zijn functie zelfstandig en onafhankelijk uit. Het is niet strikt noodzakelijk dat de advocaat de werkzaamheden voor eigen rekening en

⁷³ Rapport van de werkgroep Gerechtsdeurwaarders 1997, 39-44. In het kader van de Operatie marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit is onderzocht in hoeverre het mogelijk is om marktwerking bij de gerechtsdeurwaarders te bevorderen. De door de Minister van Justitie ingestelde MDW-werkgroep 'Gerechtsdeurwaarders' heeft gekeken naar regels op het gebied van de exclusieve bevoegdheden, het standplaatsenbeleid, de tarieven, de gedrags- en beroepsregels, de opleiding en de titelbescherming.

⁷⁴ *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

⁷⁵ Waar over 'advocaat' wordt gesproken, is de 'procureur' daaronder begrepen. Beide functies zijn verschillend, maar praktisch iedere advocaat is ook procureur. Grofweg houdt de advocaat zich bezig met het geven van advies en het voeren van de gerechtelijke procedure, terwijl de procureur zich bezighoudt met de formele aspecten op de terechtzitting (zie voor definities Rutgers 1979, 160). In België bestaat dit onderscheid niet meer en worden beide werkzaamheden door de advocaat verricht. Bij de totstandkoming van de Advocatenwet is in Nederland nog overwogen het onderscheid advocaat en procureur af te schaffen, maar daarvan is toch afgezien. Het Ministerie van Justitie wil de werkzaamheden van de procureur te zijner tijd afschaffen (Smit 2000, 1016-1020; *TK* 24252, nr. 3).

⁷⁶ Volgens een onderzoek van het CBS over boekjaar 1998 zou incasso slechts een zeer gering aandeel (1,3%) van de totale omzet in de advocatuur uitmaken. Het is de vraag of advocaten altijd een uitsplitsing van de incassowerkzaamheden maken. De werkzaamheden zijn gemakkelijk in een andere categorie onder te brengen, bijvoorbeeld bij advieswerkzaamheden of rechtsbijstand. Dit kan een vertekend beeld opleveren.

risico uitoefent. Een advocaat in loondienst wordt eveneens tot de advocatuur toegelaten (zie Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 27 november 1996, voor het laatst gewijzigd op 6 april 1998)⁷⁷. De gezamenlijke advocaten in Nederland vormen de Nederlandse orde van advocaten (art. 17 Advocatenwet). Tuchtrecht wordt uitgeoefend door de raden van discipline (per gerechtshof) en in beroep door het hof van discipline (art. 46c lid 2; art. 46d; art. 46 Advocatenwet).⁷⁸ De rechtspositie van de advocaat is geregeld in de Advocatenwet. De hoofdtaak van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan zijn cliënt.⁷⁹ De advieswerkzaamheden kunnen deel uitmaken van de gerechtelijke werkzaamheden, maar meestal zal dat niet het geval zijn. De meeste geschillen worden immers buitengerechtelijk afgedaan. Advocaten worden met name ingeschakeld bij incasso van vorderingen boven de competentiegrens van de kantonrechter.

2.2.6 De rechtskundige adviseur

25 Van oudsher houden ook rechtskundige adviseurs (praktizijns)⁸⁰ zich met incasso bezig, maar het marktaandeel van deze groep is niet

⁷⁷De verordeningen en de overige regels voor advocaten zijn onder meer opgenomen in de Editie Schuurman & Jordens, Advocatenwet nr. 39 en tevens te raadplegen op de *website* van de Nederlandse orde van advocaten: <<http://www.advocatenorde.nl/flatindex.html>>zoeken op 'wet- en regelgeving', inzage 25 juli 2001.

⁷⁸Zie Doornbos 1996, 74-79. De auteur beschrijft de verandering van het tuchtrecht en geeft cijfers over de aard en het percentage gegrond bevonden klachten. Zie ook Doornbos en de Groot-van Leeuwen 1997, 59-70.

⁷⁹Inleiding gedragsregels voor advocaten 1992. Overigens kan de advocaat financieel belang hebben bij zijn advies als hij de werkzaamheden waartoe hij adviseert, ook zelf uitvoert (Barendrecht 1999, 1361-1370; Barendrecht en Van den Akker 1999, 159-160; zie ook Barendrecht en Wetering 2000, 437). Volgens de laatste auteurs zou het streven naar maximalisatie van de winst slechts op korte termijn winst opleveren. Op langere termijn is de tevredenheid van de opdrachtgever belangrijker. Ontevredenheid leidt tot inkomstenderving en tot het verlies van cliënten.

⁸⁰In het verleden werd met praktizijn de advocaat bedoeld (Van Vesseem 1958, 374-376).

groot.⁸¹ De meeste rechtskundige adviseurs houden zich bezig met juridisch advies op een specifiek terrein. De leden van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA) dienen zich te houden aan de Gedragscode. Klacht- en tuchtrecht wordt door het College van Toezicht verzorgd.

26 In het verleden is wel gepoogd te komen tot een Praktizijnswet⁸² om misstanden bij de 'zaakwaarnemers' tegen te gaan. Onder zaakwaarnemers werd destijds⁸³ verstaan diegenen die zich bezighielden met rechtskundige bijstand en geen advocaat waren en met name actief waren op het terrein van procedures bij het kantongerecht en in incassozaken.⁸⁴ Indien het Ontwerp Praktizijnswet tot wet was verheven zou dit ingrijpende gevolgen voor de rechts- en incassopraktijk hebben gehad. Alleen advocaten, procureurs, gerechtsdeurwaarders en ingeschreven praktizijns zouden dan nog als gemachtigde voor de kantonrechter kunnen optreden en zich met incasso mogen bezighouden (art. 7 en 9). Het verzet vanuit de advocatuur was bijzonder groot.⁸⁵ Het wetsontwerp werd op 26 april 1963 door de Minister van Justitie ingetrokken.⁸⁶

⁸¹ CBS, Rechtskundige dienstverlening, 1998; Rodrigues en Schep 1990, 23. Volgens het CBS bedroeg in 1998 de incasso-omzet 3,5% van de totale omzet.

⁸² TK 5166; het voorstel is geen wet geworden.

⁸³ Tegenwoordig komt het woord in die betekenis niet meer voor. Zie voor de huidige betekenis art. 6:198 BW.

⁸⁴ Zuidema 1940, 146 en 149; zie ook Opmerkingen en mededelingen 1941, 605.

⁸⁵ Van Vessem 1958, 372-382; De Groot 1958, 548-552; Brinkman 1958, 552-554; Vergadering der Nederlandse orde van advocaten 1958, 558-570; De algemene raad der Nederlandse orde van advocaten 1959, 75-87; Mededeling van de Nederlandse juristenvereniging: het ontwerp-praktizijnswet 1959, 579-581; Van Vessem 1959, 241-244; zie voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie van 31 juli 1959 (TK 5166). Het bezwaar van de advocatuur spitste zich toe op het feit dat niet-advocaten de rechtspraktijk zouden mogen uitoefenen. Deze situatie deed zich in de praktijk echter al lang voor. Desondanks vreesde de advocatuur met het vastleggen van de bestaande situatie ernstige concurrentie.

⁸⁶ Mededeling: praktizijnswet 1963, 236.

2.2.7 De andere incassanten

27 Er zijn nog andere personen en organisaties die zich met incasso bezig houden. Het is niet duidelijk wat het aandeel van deze restgroep op de incassomarkt is en aan welke interne regels zij zich dienen te houden. In de eerste plaats gaat het om schuldeisers of belangenorganisaties met eigen bureaus. Dit kan een afdeling van de schuldeiser zijn of een zelfstandige (dochter-)maatschappij. In het eerste geval vallen de werkzaamheden buiten het in dit onderzoek gebruikte incassobegrip. In het tweede geval is van incasso sprake, zij het dat de moedermaatschappij beleidsmatig controleert.

Verder zijn er factoringmaatschappijen die incassodiensten verrichten. Factoring is het financieren van het gedeelte van het bedrijfskapitaal dat uitstaat bij schuldenaren, op basis van overdracht van de schuldvorderingen aan de factoringmaatschappij. Er zijn diverse vormen denkbaar, te weten: omzetfinanciering, debiteurenbeheer en overname van kredietrisico. Bij debiteurenbeheer behoort het innen van schuldvorderingen, eventueel incasso. Factoringcontracten met alleen debiteurenbeheer en incasso komen in de praktijk nauwelijks voor.⁸⁷

Een andere groep die zich met incasso bezig houdt, zijn de kredietverzekeraars. Deze nemen het kredietrisico over bij niet-betaling van schuldenaren. Het onderscheid met factoring is in sommige vormen moeilijk te zien. Een belangrijke partij op de incassomarkt zou ook deze groep niet zijn.⁸⁸

2.2.8 Verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid

28 Gedurende lange tijd was de incassant zijn eigen verzekeraar. Tegenwoordig zijn echter de meeste bonafide incassanten voor beroepsaansprakelijkheid bij derden verzekerd. Advocaten zijn daartoe zelfs ver-

⁸⁷ Hermus 1993, 1017.

⁸⁸ Tellegen en Bevers 1991, 25.

plicht (art. 2 Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991; zie HvD 15 maart 1999, *Advocatenblad* 2000, 311).⁸⁹ Volgens art. 3 moet het verzekerd bedrag minimaal f 1.000.000 (€ 453.780,22) per gebeurtenis tot een totaal van ten minste tweemaal dit bedrag per verzekeringsjaar bedragen. Het eigen risico mag ten hoogste f 25.000 (€ 11.344,51) per gebeurtenis per advocaat zijn. Maakt de advocaat deel uit van een samenwerkingsverband dan is dit ten hoogste f 10.000 (€ 4.537,80) per advocaat met een maximum van f 200.000 (€ 90.756,04).

Volgens art. 14 lid 1 sub k van de statuten van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) waren de leden verplicht om zich tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Volgens het College van Toezicht en Controle, dat erop toezag dat de leden zich behoorlijk verzekeren, zou een basisverzekering van f 1.000.000 (€ 453.780,22) per gebeurtenis met een maximum van twee keer per jaar en met een eigen risico van maximaal f 5.000 (€ 2.268,90) een minimumeis moeten zijn. Aanbevolen werd de verzekering aan te vullen met een collectieve excedentenverzekering van f 4.000.000 (€ 1.815.120,88) per gebeurtenis. De statuten van de KVG zijn echter met ingang van 15 juli 2001 vervallen.⁹⁰ In de Gerechtsdeurwaarderswet en de verordeningen zijn (nog) geen bepalingen opgenomen over de beroepsaansprakelijkheidsverzekering.⁹¹ Leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) hebben eveneens de verplichting tot verzekering, dit met een verzekerde som van minimaal f 500.000 (€ 226.890,11) (art. 2.6 Gedragscode NVI).

⁸⁹ Advocaten in dienst van de overheid zijn uitgezonderd van deze verzekeringsplicht (*Advocatenblad* 2000, 919-920).

⁹⁰ Zie noot 8.

⁹¹ In de praktijk zullen dan ook alle gerechtsdeurwaarders tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd zijn. Het is echter gewenst dat een verzekeringsplicht wordt opgenomen in een verordening.

2.3 De praktijk van het incasseren in België

2.3.1 Inleiding

29 Op privaatrechtelijk gebied lijken België en Nederland in veel opzichten op elkaar.⁹² De regelgeving en rechterlijke organisatie vertonen sterke overeenkomsten en de kenbronnen van het recht verhouden zich onderling op dezelfde wijze.⁹³ Door de taalkwestie is echter de staatsinrichting in België anders geregeld. In tegenstelling tot Nederland is België een federale staat die is ingedeeld in drie taalgemeenschappen: de Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap en drie gewesten: het Vlaamse, het Waalse en het tweetalige Brusselse Gewest. De wetgevende macht berust bij ieder van deze instellingen en bij de federale overheid. Het voor dit onderzoek relevante deel van het privaatrecht is federaal geregeld.

2.3.2 Negatieve klank van incasso

30 In België is het betalingsgedrag van de schuldenaren ongeveer ver-

⁹² Cultureel gezien verschillen België en Nederland nogal. Dit geldt ook voor Vlaanderen, ondanks de overeenkomst in taal. Een ander verschil met Nederland is dat in België de overheid sterk wordt gewantrouwd en dat de publieke sector er slechter aan toe is (Eppink 1998, 192-193; zie ook Storme 1998, 133-136; vgl. Van Orshoven 2001, 64-65). Volgens Storme heeft België op het gebied van het recht onder meer te maken met overmatige en verouderde wetgeving die weinig samenhang vertoont, een moeizaam werkend gerechtsapparaat, een hoger gerechtshof dat rechtsvragen niet grondig aanpakt en beslissingen onvoldoende motiveert, gebrek aan mogelijkheden om tegen onbekwaamheid van de rechterlijke macht op te treden en Belgen die te veel beroep doen op de rechter (vgl. Van Dam 2000, 52 (nr. 301)). Volgens de laatste auteur zou op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht het aantal richtinggevende uitspraken van het Hof van Cassatie bescheiden zijn. Dit zou te maken hebben met de neiging naar een marginale toetsing van de feitenrechter door de cassatierechter en de Belgische traditie van geringe centrale sturing en gering centraal gezag.

⁹³ Meijer en Van Gessel 1992, 59; zie § 1.4.

gelijkbaar met dat van Nederland.⁹⁴ Het debiteurenbeleid van de schuldeisers is echter minder zakelijk dan in Nederland. De verhoudingen zijn meer gebaseerd op persoonlijke contacten, maar ook in België dringt de verzakelijking steeds meer op. Het woord incasso wordt in de eerste plaats vereenzelvigd met het incasseren aan huis van de schuldenaar. Vooral incassobureaus gaan op deze wijze te werk en schuwen daarbij intimidatie soms niet.⁹⁵ Incasso heeft hier dan ook een negatieve connotatie.⁹⁶ Advocaten en gerechtsdeurwaarders spreken om die reden liever van (schuld-)invordering of het innen van schuldvorderingen en maken daarbij onderscheid in minnelijke en gerechtelijke invordering. De incassomarkt wordt gedomineerd door advocaten.⁹⁷ Daarnaast zijn gerechtsdeurwaarders, de eerder genoemde incassobureaus en factoringmaatschappijen actief. Uitsluitend advocaten hanteren de gerechtelijke incassomethode, zij het dat gerechtsdeurwaarders incasseren in het kader van hun ambtelijke werkzaamheden. Hiervoor zijn door de overheid tarieven vastgesteld.⁹⁸ Minnelijke incasso komt bij deze beroepsgroep ook voor.

⁹⁴ Volgens een studie van het handelsinformatiebureau Dun & Bradstreet zou het merendeel van de Nederlandse bedrijven later betalen dan de Belgische bedrijven (52,5% tegen 51%). Deze cijfers dienen wel te worden gerelativeerd, omdat ze uitgaan van de overschrijding van de toegestane betalingstermijn (*De Financieel Economische TIJD* 18 december 1999, 9). Deze is in Nederland gemiddeld korter dan in België (zie ook <<http://www.intrum.com/adintrum/survey/times.html>>, inzage 25 juli 2001).

⁹⁵ *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1997-1998, 50; zie ook Stevens 1990, 303; Adriaens 2000, 62; Snoeck en De Lat 2000, 67.

⁹⁶ Afgezien van de negatieve klank van incasso zijn advocaten en vooral gerechtsdeurwaarders ervan overtuigd dat de publieke opinie ronduit negatief staat tegenover hun beroep (*De Juristenkrant* nr. 3 april 1999, 1, 6-7).

⁹⁷ Tellegen en Bevers 1991, 39; zie ook Freudenthal 1996, 300.

⁹⁸ K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke- en handelszaken en van het tarief van sommige toelage, *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*.

2.3.3 Het afschermen van de incassomarkt door de advocatuur

31 Een mogelijke verklaring voor de verdeling van de incassomarkt ligt in het praktisch volledige procesmonopolie van advocaten en het verbod om zaken voor 'zaakwaarnemers' te behandelen. Vanuit het oogpunt van partijen bezien is er, met uitzondering van de procedure voor het Hof van Cassatie (art. 478 e.v., 1080 en 1092 Ger. W.) en bij de eenzijdige verzoekschriftprocedure (art. 1026 lid 5 Ger. W.), *geen* verplichte procesvertegenwoordiging (art. 728 lid 1 Ger. W.), maar de mogelijkheid van een niet-advocaat om als vertegenwoordiger van partijen te verschijnen, is zeer beperkt. Partijen mogen alleen in persoon (art. 728 lid 1 Ger. W.) of bij de vrederechter, de rechtbank van koophandel en de arbeidsgerechten vertegenwoordigd door de echtgenoot of "een bloed- of aanverwante houder van een schriftelijke volmacht en speciaal door de rechter toegelaten", verschijnen (art. 728 lid 2 Ger. W.). Beroepsge(vol-)machtigden die geen advocaat zijn, mogen niet als gevolmachtigde optreden (art. 728 lid 4 Ger. W.; zie voor enkele uitzonderingen, waaronder de afgevaardigde van de vakbond: art. 728 lid 3 Ger. W.).⁹⁹

32 Zaakwaarnemer in de oude betekenis in de zin van procesgemachtigde of incassobureau wordt, in tegenstelling tot Nederland, nog steeds gebruikt (art. 728 en 1694 Ger. W.). Het accent lag in het verleden echter meer op de betekenis van procesgemachtigde.¹⁰⁰ Het was voor zaakwaarnemers in het begin van de twintigste eeuw nog mogelijk om voor de vrederechter als gemachtigde voor de (schuld-)eiser op te treden. De

⁹⁹ Vgl. Meijer en van Gessel 1992, 61 en 68.

¹⁰⁰ Jacob 1937, 161; *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.2.1.4/B en II.E.W/2-3/W. Een andere - de belangrijkste - betekenis is de vrijwillige zaakwaarneming als bedoeld in art. 1372-1375 Belg. B.W.

advocatuur heeft zich hiertegen vanaf het begin hevig verzet.¹⁰¹ Dit werd mede ondersteund door de magistratuur (zie bijv. Kh. Kortrijk 16 februari 1935, *R.W.*, 1934-1935, 834)¹⁰² en resulteerde uiteindelijk in een verbod, zoals nu nog is verwoord in art. 728 lid 4 en 1694 lid 4 Ger. W. Hierin is uitdrukkelijk bepaald dat zaakwaarnemers niet als gevolmachtigden mogen optreden (scheiderechterlijke uitspraak Brussel 5 december 1997, *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1997-98, 52).

33 In Nederland was in die tijd het verzet tegen zaakwaarnemers en incassobureaus ook aanwezig, maar minder hevig en de advocatuur was verdeeld.¹⁰³ Zuidema¹⁰⁴ vond het zelfs ongewenst dat advocaten voor kantongerechts- en incassozaken in Nederland een monopolie zouden krijgen en zocht het meer in kwaliteitsverbetering van de advocatuur.¹⁰⁵ Het in Nederland gegroeide gebruik van gerechtsdeurwaarders en rechtskundige adviseurs om voor de kantonrechter te procederen had in België weliswaar een aanvang genomen, maar is door het verbod volledig teruggedraaid. Ook van invloed op de huidige verdeling van de incassomarkt, was het verbod van de plaatselijke ordes van advocaten om overeenkomsten met zaakwaarnemers aan te gaan.¹⁰⁶ De advocatuur heeft zich (naar buiten toe) steeds aan dit verbod gehouden. De overeenkomst tussen advocaat en zaakwaarnemer werd zelfs als strijdig met de openbare orde beschouwd (Brussel 1 oktober 1987, *Jur. Liège* 1987,

¹⁰¹ Jacob 1937, 161-172; Van Oppen 1937, 123-125; De redactie 1939, 201-203; Belgisch wetsontwerp tegen de zaakwaarnemerij 1940, 20-24; Van de Velde-Winant 1949, 199-203. Vgl. Victor 1939, 1582-1585. De auteur vond dat tot op dat moment (juni 1939) de advocatuur en de magistratuur zich nog te weinig 'practisch' tegen de zaakwaarnemers hadden verzet.

¹⁰² Stevens 1990, 303.

¹⁰³ Hes Bzn 1937, 403-431; Thomson 1937, 156; Van der Does 1937, 183-184; Van Moorsel 1938, 44-47; De zaakwaarnemerij 1941, 99-102; Giltay Veth 1940b, 136-145.

¹⁰⁴ Zuidema 1940, 150-151.

¹⁰⁵ Zie ook Hanks Drielsma 1940, 176-180.

¹⁰⁶ Stevens 1990, 303-304; Lagae 1951, 1492.

1453;¹⁰⁷ vgl. voor zaakwaarneming in ruime zin Vred. Leuven 15 september 1936, *R. W.*, 1936-1937, 470). Het verbod is pas vrij recent door enkele ordes afgezwakt. De orde van advocaten te Antwerpen vervaardigde op 24 oktober 1989 het reglement Verhouding tot cliënteel verwezen door 'derden',¹⁰⁸ uit. Om tot een nationale eenheid te komen heeft de Belgische Nationale Orde van Advocaten op 28 juni 1990 het reglement Betrekkingen tussen de zaakwaarnemers en de advocaten, aangenomen. Volgens art. 3 van dit reglement is het bij uitzondering toegestaan zaken van zaakwaarnemers te aanvaarden met voorafgaande, uitdrukkelijke en tijdelijke toestemming van de stafhouder (in Nederland deken genaamd). Deze toestemming was volgens het Antwerpse reglement niet nodig: er was alleen een meldingsplicht. Het blijft echter voor een zaakwaarnemer of gerechtsdeurwaarders onaantrekkelijk schuldvorderingen voor een procedure bij een advocaat onder te brengen. De advocaat zal immers rechtstreeks contact met de schuldeiser (moeten) onderhouden, terwijl het de advocaat vanzelfsprekend verboden is zijn honorarium te beperken of te delen (art. 3.6.1 gedragscode advocaten Europese Gemeenschap en art. A.4 reglement Verhouding tot cliënteel verwezen door 'derden'). De Belgische gerechtsdeurwaarder ondervindt ook nog het nadeel dat hij in de gedwongen fase slechts een gering bedrag aan kosten in rekening mag brengen en dat het beroep, sterker dan in Nederland, is ingekapseld door de ambtelijke praktijk. De ambtelijke taken zijn er uitgebreider en nevenwerkzaamheden zijn niet toegestaan. Meer dan minnelijke incasso die voortkomt uit het traject voor de dagvaarding, is nauwelijks mogelijk.

¹⁰⁷ Stevens 1990, 302-304.

¹⁰⁸ De reglementen van de Belgische Nationale Orde van Advocaten, de reglementen van de orde van advocaten te Antwerpen en de gedragsregels/codes waaraan advocaten zich dienen te houden, zijn opgenomen in *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen* en - tot medio januari 1990 - in Stevens 1990 (bijlagen); zie ook <<http://www.ufsia.ac.be/~estorme/leidraad.html>>, inzage 25 juli 2001.

2.3.4 Incassomethoden

34 De meeste incassozaken in België worden gerechtelijk geïncasseerd. Veel meer dan in Nederland worden vooraf bij de gerechtsdeurwaarder informaties over de schuldenaren ingewonnen. De gerechtelijke procedure is in grote lijnen vergelijkbaar met die in Nederland. De absolute competentie is echter over meer colleges verdeeld.¹⁰⁹ Na één of meer aanmaning(en) volgt dagvaarding¹¹⁰ (art. 700 Ger. W.) of, voor grote rechtsvorderingen, bewarend beslag¹¹¹ (art. 1413 e.v. Ger. W.). Voor incassozaken worden globaal de rechtsvorderingen boven 75.000 BEF (€ 1.860)¹¹² voor de rechtbank in eerste aanleg en onder dit bedrag bij de vrederechter gebracht. Een summiere rechtspleging voor de vrederechter is mogelijk indien de vordering "gestaafd lijkt te zijn door een geschrift dat van de schuldenaar uitgaat" en de laatste van tevoren op bepaalde wijze is aangemaand (art. 1338-1344 Ger. W.). Overigens wordt in de praktijk van deze mogelijkheid nauwelijks gebruik gemaakt.¹¹³ Betreft het geschil een wissel, vrij veel voorkomend in België, dan is boven 75.000 BEF (€ 1.860) de rechtbank van koophandel bevoegd (art. 573 Ger. W.). Na vonnis en betekening (art. 1495 Ger.

¹⁰⁹ In ieder gerechtelijk kanton is een vrederechter (art. 59 Ger. W.; zie over zijn bevoegdheid art. 590-601 Ger. W.) en in ieder gerechtelijk arrondissement een rechtbank van eerste aanleg, een arbeidsrechtbank en een rechtbank van koophandel (art. 73 Ger. W.; zie voor de bevoegdheden van deze rechtbanken art. 568-583 Ger. W.).

¹¹⁰ Sommige procedures worden echter met een verzoekschrift ingeleid (zie toestaan van betalingsfaciliteiten inzake consumentenkrediet: art. 1337bis Ger. W.; summiere rechtspleging om betaling te bevelen: art. 1338-1340 Ger. W.; rechtspleging inzake huur van goederen: art. 1344bis Ger. W. en rechtspleging inzake pacht, recht van voorkoop en uitgesteld loon in land- en tuinbouw: art. 1345 Ger. W.).

¹¹¹ Vorderingen inzake bezwarend beslag, middelen tot tenuitvoerlegging en collectieve schuldenregeling worden uitsluitend aanhangig gemaakt bij de beslagrechter (art. 1395 Ger. W.).

¹¹² Bij Koninklijk Besluit houdende uitvoering inzake justitie van de wet van 30 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op de aangelegenheden als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *B.S.* 30 augustus 2000, worden met ingang van 1 januari 2002 de bedragen in euro's aangepast.

¹¹³ Freudenthal 1996, 268.

W.) kan uitvoerend beslag worden gelegd (roerend goed: art. 1499 e.v. Ger. W.; derden: art. 1539 e.v. Ger. W.; onroerend goed: art. 1560 e.v. Ger. W.). Onder druk hiervan wordt betaling afgedwongen of tot verdere tenuitvoerlegging overgegaan.

2.3.5 De advocaat

35 De belangrijkste incassant in België is de advocaat. In grote lijnen oefent hij zijn beroep op dezelfde wijze uit als zijn Nederlandse collega, de nationale en de plaatselijke ordes zijn min of meer op gelijke wijze ingericht en de (gedrags-)regels zijn op enkele uitzonderingen na vrijwel gelijklopend aan die van Nederland.¹¹⁴ Het beroep van advocaat is een vrij beroep (zie ook art. 444 Ger. W.). De onafhankelijkheid tegenover de cliënt, volgens Wichers Hoeth¹¹⁵ een soort dogma in België, wordt door middel van een verbod van dienstbetrekking en strenge regels op het gebied van onverenigbaarheden met het beroep van advocaat, gewaarborgd (art. 437-438 Ger. W.).¹¹⁶ Opdrachten van zaakwaarnemers of verzekeringsmaatschappijen mogen slechts onder strikte voorwaarden worden aangenomen (zie reglement Rechtsbijstandverzekering - vrije keuze van advocaat van 22 april 1986 van de Belgische Nationale Orde van Advocaten; reglement Bijzondere tegenverzekering optreden van advocaat in opdracht van verzekeringsmaatschappij - Voorwaarden van 9 april 1956 van de orde van advocaten te Antwerpen en zie voor de zaakwaarneming hierboven). De adviespraktijk is, net als in Nederland, een belangrijke peiler onder de advocatuur.¹¹⁷ Tuchtrect wordt verzorgd door de plaatselijke raad van de orde, in beroep door de tuchtraad van beroep, terwijl cassatie mogelijk is bij het Hof van Cassatie (art. 456-477 Ger. W.).

¹¹⁴ Vermeylen 1952, 182-186; Nijgh 1952, 187-223.

¹¹⁵ Wichers Hoeth 1954, 260.

¹¹⁶ Stevens 1990, 153-179; zie De Puydt 1991, 6-8.

¹¹⁷ De Puydt 1991, 29.

36 Het verschil met Nederland ligt vooral in de strengere beroeps- en gedragsregels (de zogenaamde deontologische regels) en het in de praktijk verder doorgevoerde procesmonopolie. Bovendien worden veel beslissingen op het niveau van de plaatselijke orde genomen en uitgevoerd. De Belgische Nationale Orde van Advocaten is op 27 november 1968 ingesteld¹¹⁸ en pas sinds 1988 namen de reglementen in aantal en belang toe.¹¹⁹ Sinds 1997 verkeert de nationale orde echter in moeilijkheden. De Vlaamse ordes hebben de medewerking aan de nationale orde opgezegd. Op 7 februari 1998 werd de Vereniging van Vlaamse Balies opgericht waartoe inmiddels alle Vlaamse Balies zijn toegetreden.¹²⁰ Hierdoor worden geen beslissingen meer op nationaal niveau genomen. In Nederland daarentegen worden de beslissingen reeds lang en vrijwel uitsluitend op landelijk niveau genomen. Uitvoering vindt evenwel ook op plaatselijk niveau plaats. Verder zijn de Nederlandse kantoren commerciëler ingesteld.¹²¹ Individueel reclame maken is sedert 1989 op bepaalde voorwaarden toegestaan en associaties met andere beroepen kunnen al langer plaatsvinden (Samenwerkingsverordening van 24 november 1972, de laatste maal gewijzigd op 25 november 1994; Verordening op de publiciteit van 25 november 1988, de laatste maal gewijzigd op 24 juni 1998).¹²²

In België heeft op 20 december 1999 de raad van de vereniging

¹¹⁸ Het Verbond der Belgische advocaten bestond reeds langer, vanaf 1937 met een Vlaamse en Franse afdeling. Voor die tijd werd uitsluitend in het Frans vergaderd zodat de Vlaamse advocaten zich er weinig of niet thuis voelden. De aanleiding om de vereniging in de twee afdelingen te splitsen was de wet van 15 juni 1935 waarbij het gebruik van de Nederlandse taal in rechtspleging werd toegestaan. Twee afzonderlijke verenigingen werden (uiteindelijk) niet in het belang van het beroep geacht (Victor 1937, 1073-1074). Het verbond hield in 1985 *de facto* op te bestaan (*Courant* 1997/98/3, 77).

¹¹⁹ De Puydt 1991, 9-11.

¹²⁰ Zie *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1997-1998, 76-86; Taelman 2000, 774-775. De Gentse balie is later toegetreden (*Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1999-2000, 82); zie ook <<http://www.advocaat.be>> zoeken via 'teksten' en 'persmededelingen', inzage 25 juli 2001.

¹²¹ Vermeylen 1952, 182-183; Nijgh 1952, 198-200; Brockmans 1989, 127-129; Quant 1999, 1847-1851; Wackie Eysten 2000, 108-117; zie ook Van Almelo 2001, 344-347.

¹²² Brockmans 1989, 127-129.

van Vlaamse balies een reglement inzake publiciteit goedgekeurd waarin reclame behoudens enkele uitzonderingen met ingang van 1 februari 2000 wordt toegelaten. De raad van de orde te Antwerpen aanvaardde het reglement met inwerkingtreding van 1 september 2000. Overigens heeft de Vereniging van Vlaamse Balies geen enkele bevoegdheid zodat wil een aangenomen reglement rechtskracht hebben, het op plaatselijk niveau aanvaard zal moeten worden. Een extra complicatie bij het reglement inzake publiciteit is dat het in strijd is met het reglement Publiciteit van 25 juni 1990, de laatste maal gewijzigd op 19 december 1996, van de Belgische Nationale Orde van Advocaten. Volgens dit reglement is individuele reclame niet toegestaan.

Een ander verschil met Nederland is dat associatie met andere beroepen niet is toegestaan.¹²³

2.3.6 De gerechtsdeurwaarder

37 Een belangrijke rol op het gebied van incasso in België is toebedeeld aan de gerechtsdeurwaarder. Vooral nadat een vonnis is verkregen verloopt veel incasso via hem. De gerechtsdeurwaarder is een openbaar ambtenaar. Hij heeft het monopolie van het opstellen en betekenen van exploit en tenuitvoerleggen van executoriale titels (art. 516 Ger. W.).¹²⁴ Gerechtsdeurwaarders zijn onderworpen aan een verbod op nevenwerkzaamheden (art. 518 Ger. W.). Incasso geschiedt vooral in het kader van de ambtelijke werkzaamheden. Alle gerechtsdeurwaarders zijn verenigd in de nationale kamer van gerechtsdeurwaarders. Daarnaast is

¹²³ Volgens art. 8 van het reglement Uitoefening in samenwerking van het beroep van advocaat, van 8 maart 1990 van de Belgische Nationale Orde van Advocaten, kan de algemene raad andere vrije beroepen aanduiden waarmee de advocaten kunnen "associëren of groeperen". Tot op heden is dit niet gebeurd (*Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.E. 4/W). De raad van afgevaardigden van de Vlaamse Balies heeft op 13 december 2000 besloten iedere samenwerking met andere beroepen te verbieden (<<http://www.advocaat.be>> zoeken via 'teksten' en 'reglementen', inzage 25 juli 2001).

¹²⁴ De betekening van exploit in strafzaken behoort, behoudens andersluidende bepalingen, ook tot de taken van de gerechtsdeurwaarders (art. 2 Ger. W.).

er in elk arrondissement een arrondissementskamer van gerechtdeurwaarders. Het tuchtrecht wordt in eerste aanleg gehandhaafd door de raad van de arrondissementskamers van gerechtsdeurwaarders en in hoger beroep door de raad van beroep voor gerechtsdeurwaarders (art. 531-531bis Ger. W.).¹²⁵ De werkzaamheden en de rechtspositie komen in grote lijnen overeen met die van de Nederlandse gerechtsdeurwaarders. Significante verschillen voor België zijn: de benoeming, de uitgebreidere ambtelijke taak, het verbod op nevenwerkzaamheden en de uitgebreidere vaststelling van tarieven door de overheid.

2.3.7 Het incassobureau

38 Een incassant die nog sinds kort met succes op de incassomarkt opereert, is het incassobureau. Incassobureaus, vroeger aangeduid met zaakwaarnemers of invorderingskantoren, hebben vooral nadeel ondervonden van het procesmonopolie van de advocatuur in België. Heeft een incassobureau in Nederland de keuze uit de gerechtelijke of minnelijke incassomethode, in België is slechts de minnelijke methode beschikbaar.¹²⁶ In het verleden was de minnelijke markt echter nog klein, zodat er weinig behoefte bestond aan incassobureaus. De toenemende verschuiving van gerechtelijke naar minnelijke incasso en het kennelijk aantrekkelijk voorbeeld van Nederland deed dan ook de incassobureaus ontstaan. Enkele kantoren zijn zelfs van origine Nederlands. De minieme vestigingseisen voor incassobureaus zijn vergelijkbaar met die in Nederland. Er zijn geen specifieke wettelijke regels waaraan voldaan moet worden. Alleen inschrijving in het Handelsregister (griffie van de rechtbank van koophandel) is voldoende (art. 1 Handelsregisterwet)¹²⁷.

Vanwege klachten over de wanpraktijken van sommige incassobu-

¹²⁵ Lambrechts 1993, 265-280; Lemmens 1996, 67-78.

¹²⁶ Zie voor toegestane activiteiten van zaakwaarnemers: Brussel 1 oktober 1987, *Jur. Liège* 1987, 1453; Stevens 1990, 303.

¹²⁷ 20 juli 1964 KB tot coördinatie van de wetten betreffende het handelsregister, *B.S.* 8 augustus 1964.

reus hebben enkele leden van de Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers op 27 oktober 1997 en op 4 november 1999 een wetsvoorstel ingediend houdende het verbod op bepaalde vormen van invordering van schulden van betaling. Deze voorstellen hadden betrekking op schuldvorderingen op consumenten en alleen advocaten en gerechtsdeurwaarders zouden volgens het wetsvoorstel nog deze schuldvorderingen mogen incasseren. Bij amendement van 26 juni 2000 is het wetsvoorstel vervangen door een nieuw voorstel.¹²⁸ Slechts bepaalde handelingen die te maken hebben met de wanpraktijken van sommige incassanten worden verboden, terwijl het beroepsmatig incasseren alleen verricht mag worden door advocaten, gerechtsdeurwaarders en diegenen die door de minister van Economische Zaken zijn erkend.¹²⁹

Om zich te wapenen tegen de wanpraktijken van sommige incassobureaus hebben enkele bonafide incassobureaus zelf initiatieven genomen en de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) opgericht. De leden dienen zich te onderwerpen aan zelf opgestelde gedragsregels.¹³⁰ Bij de vereniging kan over een lid worden geklaagd.

2.3.8 Verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid

39 Ook in België zijn incassanten meestal tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd. De Antwerpse orde van advocaten heeft voor alle advocaten in die orde collectief een beroepsaansprakelijkheidsverzekering afgesloten.¹³¹ De verzekeringsplicht blijft echter een individuele

¹²⁸ *Gedr. St.*, Kamer, 1997-1998, nr. 1256/1; *Gedr. St.*, Kamer, 1997-1998, nr. 1256/1 1999-2000, DOC 50 0223/001 en 002.

¹²⁹ De Minister heeft toegezegd zelf met een ontwerp tekst te komen (*Vr. en Antw.*, Kamer, 2000-2001, 2 juli 2001, 50 0082 (*Vr. nr. 193 Bourgeois*)).

¹³⁰ Snoeck en De Lat 2000, 67; <<http://www.abrbvi.be/dcnl.htm>>, inzage 25 juli 2001. Uit de website blijkt dat slechts weinig incassobureaus lid zijn.

¹³¹ Stevens 1990, 522 (nr. 965); zie ook De Puydt 1991, 36; Van der Mensbrugge 1992, 7-25.

zorg.¹³² De maximale dekking is 15 miljoen BEF (€ 371.840,29) per schadegeval. Desgewenst kan voor een hogere dekking worden verzekerd. Het eigen risico voor het eerste schadegeval is 25% met een minimum van 30.000 BEF (€ 743,68) en een maximum van 100.000 BEF (€ 2.478,94). Bij verdere schadegevallen wordt het eigen risico verhoogd tot maximaal 400.000 BEF (€ 9.915,74). Net als plaatselijke ordes van advocaten heeft de nationale kamer van gerechtsdeurwaarders een collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor haar leden afgesloten.¹³³ De maximale dekking is 20 miljoen BEF (€ 495.787,05) en het eigen risico 25% van een minimum van 15.000 BEF (€ 371,84) en een maximum van 100.000 BEF (€ 2.478,94). Bij meer schadegevallen kan dit risico oplopen tot minimaal 75.000 BEF (€ 1.859,20) en maximaal 200.000 BEF (€ 4.957,87). Voor de leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) bestaat een plicht tot verzekeren. De hoogte van het verzekerde bedrag wordt echter niet voorgeschreven. Voor de andere incassobureaus bestaat geen verzekeringsplicht.

¹³² Beslissing 29 januari 1996, *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.3.B/2.

¹³³ Depuydt 1994, 168 (nr. 123).

2.4 Tot besluit van dit hoofdstuk

40 De wijze van incasso is in Nederland in de loop der tijden sterk veranderd. Was in het verleden een persoonlijke aanpak regel, tegenwoordig is deze zakelijker en anoniemer geworden. Schuldenaren vinden het thans minder erg om schulden te hebben. Wat hetzelfde is gebleven, is het negatieve imago van incasso. Dit komt mede door het wangedrag van sommige incassanten, met name bij bezoeken aan huis van schuldenaren. Bij incasso zijn globaal twee incassomethoden te onderscheiden: de minnelijke en de gerechtelijke incassomethode. Bij de laatste wordt de rechter ingeschakeld, bij de eerste niet. De gerechtelijke incassomethode wordt vooral gebruikt door advocaten en gerechtsdeurwaarders, waarbij onder druk van een procedure en daarna van het veroordelende vonnis de schuldenaar tot betalen wordt gedwongen. De minnelijke incassomethode wordt vooral door de andere incassanten gehanteerd. In het algemeen neemt het minnelijke incasseren toe. Deze methode wordt ook steeds meer toegepast door advocaten en gerechtsdeurwaarders. Bij de bespreking van de incassanten bleek dat advocaten en gerechtsdeurwaarders (nog) andere werkzaamheden dan incasso verrichten. De werkzaamheden van een advocaat liggen met name op het terrein van juridisch advies en het voeren van gerechtelijke procedures. Gerechtsdeurwaarders zijn door de overheid aangesteld om onder meer dagvaardingen te betekenen en vonnissen tenuitvoer te leggen. Voor sommige advocaten en voor de meeste gerechtsdeurwaarders is incasso een belangrijke bron van inkomsten. In de praktijk blijken gerechtsdeurwaarders de ambtelijke werkzaamheden moeilijk te kunnen scheiden van de incassowerkzaamheden. Dit leidt bij het publiek tot verwarring. Het is noodzakelijk dat de gerechtsdeurwaarders hierin een duidelijk onderscheid gaan maken.

Bij de andere incassanten zijn met name de incassobureaus van belang. Ze hebben het grootste deel van de incassomarkt in handen,

maar de groep is weinig homogeen. Er blijken veel malafide incassobureaus te zijn en die situatie kan bestaan, omdat de overheid (nog) geen vestigingseisen heeft gesteld. De grote incassobureaus hebben ter verbetering van het imago een vereniging en een garantiefonds opgericht. Er zijn nog andere(n) die zich met incasso bezig houden: rechtskundige adviseurs, factoringmaatschappijen en kredietverzekeraars. Het is niet duidelijk wat hun aandeel op de incassomarkt is en aan welke regels zij zich moeten houden. Daarnaast hebben sommige schuldeisers zelf een incasso-afdeling of een zelfstandige (dochter-)maatschappij die zich met incasso bezig houden. De meeste bonafide incassanten zijn verzekerd tegen beroepsaansprakelijkheid. Advocaten en leden van de NVI (Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen) zijn verplicht een dergelijke verzekering af te sluiten. De hoogte van de dekking en eigen risico verschillen echter per beroepsgroep.

De relevante regelgeving en ook de rechterlijke organisatie zijn in België in grote lijnen hetzelfde als in Nederland. Incasso heeft er een negatieve klank. Met name de wanpraktijken van sommige incassobureaus zijn daar debet aan. Om die reden hebben enkele leden van de Kamer van volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend om de praktijk van incasso aan banden te leggen. Indien het voorstel tot wet verheven wordt, zullen bepaalde onoorbare handelingen niet meer mogen worden verricht en zal het beroepsmatige incasseren voorbehouden zijn aan advocaten, gerechtsdeurwaarders en houders van een erkenning. Incasso wordt door advocaten en gerechtsdeurwaarders niet als afzonderlijke werkzaamheid gezien. Advocaten incasseren in het kader van een gerechtelijke procedure en gerechtsdeurwaarders incasseren bij de tenuitvoerlegging van het vonnis. Minnelijke incasso wordt door gerechtsdeurwaarders en incassobureaus verricht. De meeste zaken worden echter gerechtelijk geïncasseerd. De advocaat is de belangrijkste incassant. Op sommige gebieden is hij aan strengere beroeps- en gedragsregels onderworpen dan zijn Nederlandse confrater. Kantoren

zijn er in het algemeen veel minder commercieel dan in Nederland en associatie met andere beroepen is (nog) niet mogelijk. Bij gerechtsdeurwaarders zijn de werkzaamheden met name gericht op de wettelijke werkzaamheden. Hiervoor zijn de eisen strenger dan in Nederland. Incassowerkzaamheden zijn meer bijzaak. De meeste incassanten zijn verzekerd tegen beroepsaansprakelijkheid. De plaatselijke ordes van advocaten en de nationale kamer voor gerechtsdeurwaarders hebben een collectieve verzekering voor hun leden afgesloten.

3 De incasso-overeenkomst

3.1 Inleiding

41 De rechtsverhouding tussen opdrachtgever en incassant bestaat uit een overeenkomst. Naast de afspraken die partijen maken, wordt de overeenkomst tevens bepaald door de algemene bepalingen van het verbintenissen- en meer in het bijzonder het overeenkomstenrecht. Enkele ontwerpen hiervan zullen nader worden bekeken. Zo zal in § 3.2 aandacht worden besteed aan de voornaamste verbintenissen van de incasso-overeenkomst, aan de beperkingen van de contractsvrijheid, aan de partijafpraak, aan de algemene voorwaarden en aan de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bij de overeenkomst.

In de wet is een aantal overeenkomsten geregeld, de zogenaamde bijzondere of benoemde overeenkomsten. Elke benoemde overeenkomst heeft haar eigen specifieke wettelijke bepalingen, zodat het van belang is te weten waaronder de incasso-overeenkomst moet worden gerangschikt. § 3.3 gaat derhalve over de kwalificatie van de incasso-overeenkomst. In Nederland lijkt dit op het eerste gezicht gemakkelijk, omdat er een overeenkomst van opdracht bestaat, waaronder dienstverlening valt. Desondanks levert de (nadere) kwalificatie problemen op. Voor België is dit van meet af aan het geval, enerzijds omdat er geen aparte overeenkomst voor dienstverlening is, anderzijds omdat incasso niet of nauwelijks wordt onderscheiden van de andere werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders.

In § 3.4 zullen de beroeps- en gedragsregels worden behandeld. Deze regels hebben betrekking op de beroepsuitoefening van met name advocaten en gerechtsdeurwaarders. De regels lijken weinig te maken te hebben met de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en incassant, maar ze zijn, vooral de gedragsregels, toch erop van invloed. Zo zal bijvoorbeeld het verbod aan een advocaat om een vertrouwelijke brief in

rechte over te leggen de opdrachtgever direct kunnen raken, vooral als de inhoud daarvan van belang is voor zijn bewijsvoering. Nagegaan zal worden of de beroeps- en gedragsregels op één of andere wijze van toepassing zijn op de rechtsverhouding met de opdrachtgever.

3.2 De incasso-overeenkomst in haar algemeenheid

3.2.1 Verbintenissen in Nederland en België

42 Bij elke overeenkomst worden één of meer verbintenissen aangegaan (art. 6:1 j° 213 BW; art. 1101 Belg. B.W.). Bij de incasso-overeenkomst staan twee verbintenissen centraal: de incassant dient de opgedragen incassowerkzaamheden te verrichten én de opdrachtgever dient hem voor zijn inspanningen te belonen. De verplichting van de incassant is een zogenaamde inspanningsverbintenis; hij hoeft niet voor een bepaald incassoresultaat in te staan. De rechtspraak heeft dit uitdrukkelijk bepaald voor de overeenkomst met een advocaat.¹³⁴ Bepaalde deelverplichtingen kunnen echter resultaatsverplichtingen inhouden. Zo liet een advocaat na griffierecht te betalen waardoor de procedure niet in behandeling genomen werd. De rechter vond dat er voor dit deel van de verbintenis sprake was van een resultaatsverbintenis (Rb. Zwolle 14 oktober 1992, *Prg.* 1993, 3792). Ook was er sprake van een resultaatsverplichting bij een advocaat die opdracht kreeg hoger beroep in te stellen en dit niet deed (Rb. Dendermonde 5 november 1987, *T.B.B.R.*, 1990, 83; Rb. Brugge 14 mei 1991, *R.W.* 1993-1994, 266). Bij gerechtsdeurwaarders wordt de opdracht tot het doen van exploten, het leggen van processen-verbaal en het aanbrengen van de dagvaarding op de rol als resultaatsverplichtingen gezien (Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745; Rb. Arnhem 2 december 1999, *Prg.* 2000, 5455).

¹³⁴ Mons 22 oktober 1980, *R.G.A.R.* 1981, 10350; Rb. Brussel 6 februari 1991, *De Verz.* 1991, 703; Rb. Zwolle 14 oktober 1992, *Prg.* 1993, 3792; Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-1994, 23; hof 's-Hertogenbosch 19 april 1994, *NJ* 1995, 68; Mons 6 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 432; Mons 16 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 443. Het criterium om inspannings- en resultaatsverplichtingen van elkaar te onderscheiden is volgens het Hof van Cassatie in België de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (zie Cass. 18 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1195).

3.2.2 Beperkingen van de contractsvrijheid

43 Een leidend beginsel bij overeenkomsten is contractsvrijheid. Die vrijheid is echter aan beperkingen onderhevig. Zo mag een overeenkomst niet in strijd komen met de wet, de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW; art. 1131 j° 1133 Belg. B.W.).¹³⁵ Toegespitst op incasso valt te denken aan een overeenkomst om door fysiek geweld een vordering te incasseren. Die overeenkomst is vanzelfsprekend nietig. Nu zal de bonafide incassant niet snel een dergelijke opdracht krijgen. Eerder zal hij te maken krijgen met een opdracht om bijvoorbeeld bij malversatie door de schuldenaar met een strafklacht te dreigen om onder druk daarvan de schuldvordering te incasseren. De Hoge Raad acht een dergelijke handelwijze op zich niet ongeoorloofd (HR 31 mei 1974, *NJ* 1974, 435).

3.2.3 De partijafpraak

44 Uitgangspunt bij een overeenkomst zijn de afspraken die partijen maken. Bij de incasso-overeenkomst worden in de praktijk nauwelijks afspraken gemaakt. Sommige, met name grote - opdrachtgevers geven wel aanwijzingen over de te volgen incassomethode, de tussentijdse afdrachten of de periodieke informatievoorziening; regel is dit zeker niet. De overeenkomst wordt zelfs niet altijd schriftelijk vastgelegd. Een deel van de afspraken zal echter af te leiden zijn uit de correspondentie, de brochure en de algemene voorwaarden van de incassant.¹³⁶

¹³⁵ In het algemeen gaat het om dwingende wetsbepalingen. Een belangrijke wettelijke bepaling waarvan niet afgeweken kan worden, zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie art. 6:2 en 248 BW; art. 1134 lid 3 en 1135 Belg. B.W.). Naast de categorie in strijd met de wet, de goede zeden en de openbare orde zijn er nog andere mogelijke beperkingen van de contractsvrijheid, zoals het *iustum pretium*, het gelijke behandelingsrecht, de grondrechten in het verzekeringsrecht en het Europees recht (Hartlief en Stolker 1999, 5 e.v.).

¹³⁶ Als bijlage is een incasso-overeenkomst bijgevoegd.

3.2.4 Algemene voorwaarden¹³⁷

45 Er zijn in de incassobranche geen uniforme algemene voorwaarden. Iedere incassant kan zijn eigen voorwaarden bedingen. Zo hanteren in Nederland gerechtsdeurwaarders óf eigen voorwaarden óf -voor 15 juli 2001 - het reglement niet-ambtelijke rechtspraak.¹³⁸ Het is advocaten vanaf 1 november 1995 toegestaan om naar algemene voorwaarden te verwijzen waarin de beroepsaansprakelijkheid wordt beperkt.¹³⁹ Deze beperking is slechts geoorloofd boven het maximaal uit te keren bedrag van de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering.¹⁴⁰

In België worden door advocaten en gerechtsdeurwaarders geen algemene voorwaarden bedongen. Ze worden als niet-passend voor (deze) vrije beroepen ervaren, ofschoon er geen juridische belemmeringen zijn (zie ook Cass. 25 september 1959, *R.W.* 1959-1960, 1255). Weliswaar zou de advocaat volgens art. 3.1.2 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap persoonlijk verantwoordelijk zijn voor de taak die hem is toevertrouwd, dit sluit volgens de Memorie van Toelichting niet uit dat de wettelijke aansprakelijkheid beperkt kan worden.¹⁴¹ In de rechtsleer en -praktijk gaan meer en meer stemmen op om de beroepsaansprakelijkheid te beperken tot het bedrag

¹³⁷ Nauw verweven met de algemene voorwaarden is in Nederland de mogelijkheid van de regering om bij AMvB een standaardregeling voor overeenkomsten gesloten in de uitoefening van een bedrijf of beroep, vast te stellen (art. 6:214 BW). Tot op heden is van deze mogelijk geen gebruik gemaakt (T&C (Valk), aant. 2 bij art. 6:214 BW; Bloembergen e.a. 1998, 300 (nr. 259).

¹³⁸ Dit reglement had slechts betrekking op de niet-ambtelijke werkzaamheden van gerechtsdeurwaarders en is inmiddels ingetrokken (zie noot 8). Wat betreft de ambtelijke werkzaamheden valt het niet te verwachten dat gerechtsdeurwaarders hun aansprakelijkheid kunnen beperken (zie Noot van de redactie: A.F. de Boer in *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 189-190).

¹³⁹ Art. 7 lid 2 Verordening beroepsaansprakelijkheid (*Advocatenblad* 1995, 1022); Duynstee 1995, 1118.

¹⁴⁰ Zie voor problemen met de juiste redactie van een exoneratiebeding Böhmer 1999, 73-75.

¹⁴¹ Door de Belgische Nationale Orde van Advocaten aanvaard bij reglement van 12 oktober 1989 (*Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.2.1.1/G).

van de aansprakelijkheidsverzekering.¹⁴² Zo heeft de raad van de orde van advocaten te Antwerpen beslist dat de beroepsaansprakelijkheid beperkt mag worden tot het bedrag van de aansprakelijkheidsverzekering mits deze overeenkomt met de voorgeschreven hoogte en het eigen risico niet wordt uitgesloten.¹⁴³ Gerechtsdeurwaarders kunnen echter de beroepsaansprakelijkheid voor hun ambtelijke werkzaamheden niet uitsluiten, omdat een dergelijke clause als strijdig met de openbare orde wordt beschouwd.¹⁴⁴

Ter bescherming van de consument kunnen in Nederland algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend worden vernietigd (art. 6:233(a) BW). Bij de incasso-overeenkomst is die mogelijkheid van weinig betekenis, omdat de opdrachtgever vrijwel nooit een consument is, maar een bedrijf of beroep uitoefent óf zelfs een 'grote' opdrachtgever is, waardoor de bescherming beperkt uitvalt of zelfs ontbreekt.¹⁴⁵

Het Belgische Burgerlijk Wetboek kent - evenals destijds het tot 1 januari 1992 geldende Nederlandse Burgerlijk Wetboek - geen aparte regeling voor algemene voorwaarden.¹⁴⁶ Consumenten worden extra beschermd door onder andere de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (Wet op de handelspraktijken). Deze wet is echter niet van toepassing op vrije beroepen (zie Antwerpen 1 december 1997, *R. W.* 1998-1999, 407). Alleen incassanten die bedrijfsmatig hun werkzaamheden beoefenen vallen hieronder. Vrije beroepsbeoefenaren hebben te maken met de Wet van 3 april 1997 betreffende de oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten

¹⁴² Stevens 1990, 517-518; Demuynck 1998, 1353-1354.

¹⁴³ Beslissing 29 januari 1996, *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D. 3.B/2; *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1997-1998, 73; zie ook Demuynck 1998, 1353-1354.

¹⁴⁴ Zie Demuynck 1998, 1353; vgl. Vanhalewyn 1991, 92-93.

¹⁴⁵ Zie ook art. 6:236 (zwarte lijst); art. 6:237 BW (grijze lijst); art. 6:235 lid 1 BW (toepasselijkheid vernietigingsgronden).

¹⁴⁶ Zie jurisprudentie en literatuur Dirix en Van Oevelen 1993, 1234-1235.

(Wet Onrechtmatige Bedingen Vrije Beroepen). Zo mogen volgens beide wetten in overeenkomsten met consumenten geen clausules voorkomen, die de aansprakelijkheid bij grove schuld vrij tekenen. De praktische betekenis voor incasso is gering, omdat de opdrachtgever, evenals in Nederland, meestal geen consument is.

3.2.5 Aanvullende werking

46 De partijafpraak is de basis van iedere (incasso-)overeenkomst. Partijen kunnen echter niet al hun rechten en plichten vastleggen. De inhoud van de overeenkomst zal dan ook in belangrijke mate worden aangevuld door de wet, door gewoonte alsmede (redelijkheid en) billijkheid; de zogenaamde aanvullende werking (art. 6:248 lid 1 BW; art. 1135 Belg. B.W.).¹⁴⁷ De belangrijkste wettelijke bronnen zijn de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht alsmede de bepalingen voor overeenkomsten en bijzondere overeenkomsten. Afgezien van enkele bepalingen van dwingend recht, zijn partijen vrij om hiervan af te wijken. Dit geldt ook voor het gewoonterecht, waarvan het belang in Nederland onder meer door de opkomst van de redelijkheid en billijkheid sterk is afgenomen.¹⁴⁸

De redelijkheid en billijkheid heeft in Nederland naast de inhoud van de overeenkomst ook betrekking op de uitvoering daarvan. De betekenis van de redelijkheid en billijkheid sluit volgens art. 3:12 BW onder meer aan bij de ongeschreven algemeen erkende rechtsbeginselen, met de daar levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

¹⁴⁷ De aanvullende werking moet los worden gezien van de uitleg van de overeenkomst. *Uitleg* veronderstelt dat partijen over een bepaald punt iets, *aanvulling* dat partijen niets hebben afgesproken (Asser-Hartkamp 2001, 277 (nr. 281); Bloembergen e.a. 1998, 308 (nr. 270); De Boeck 2000, 389 (nr. 893); anders Van Dunné 1993 (deel 1), 119-168).

¹⁴⁸ Bloembergen e.a. 1998, 311 (nr. 272).

3.2.6 Goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst

47 Het Belgische recht kent, evenals het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek in Nederland, een onderscheid in de aanvullende werking van de zogenaamde billijkheid bij de inhoud van de overeenkomst (art. 1375 BW (oud); art. 1135 Belg. B.W.) en die van de *goede trouw* bij de uitvoering daarvan (art. 1374 lid 3 BW (oud); art. 1134 lid 3 Belg. B.W.).¹⁴⁹ De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst wordt algemeen als een gedragsregel gezien; alleen de reikwijdte is controversieel.¹⁵⁰ De rechter vult deze aanvullende werking in "via het referentiegedrag van de zorgvuldige contractant geplaats in dezelfde externe omstandigheden".¹⁵¹

¹⁴⁹ Kruithof 1994, 455, 461-462; zie ook De Bondt 1985, 265-268. In Nederland had in het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek het onderscheid naar inhoud en uitvoering van de overeenkomst geen duidelijke functie en keerde dan ook niet terug in het huidige Burgerlijk Wetboek (Rijken 1994, 1-3; Asser-Hartkamp 2001, 306 (nr. 307).

¹⁵⁰ De Bondt 1985, 265; Dirix en Van Oevelen 1993, 1223-1226; Kruithof 1994, 461-462; De Boeck 2000, 370-374 (nrs.850-857); anders Cornelis 2000, 326-330 (nrs. 267-269).

¹⁵¹ Kruithof 1994, 462; zie ook De Bondt 1985, 265.

3.3 Kwalificatie van de overeenkomst

3.3.1 Inleiding

48 Er waren in Nederland ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek twee bijzondere overeenkomsten die voor de dienstverlening in aanmerking kwamen: bestonden de werkzaamheden uit feitelijke handelingen, dan was er sprake van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (art. 1637 BW (oud)), bestonden deze uit het verrichten van rechtshandelingen dan was het lastgeving (art. 1829 BW (oud)). Deze situatie is onder het huidige Burgerlijk Wetboek niet gewijzigd. Alleen wordt sinds 1 september 1993 de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, overeenkomst van opdracht genoemd én is lastgeving wettelijk een gekwalificeerde vorm van opdracht geworden (zie art. 7:400-424 BW).¹⁵² Of sprake is van lastgeving of alleen een overeenkomst van opdracht, is niet duidelijk. Volgens de parlementaire geschiedenis zou de overeenkomst met een incassobureau lastgeving zijn en die met een advocaat meestal alleen een overeenkomst van opdracht.¹⁵³

Het Belgische Burgerlijk Wetboek kent in het geheel geen aparte¹⁵⁴ overeenkomst voor dienstverlening.¹⁵⁵ Er zijn globaal twee bijzondere overeenkomsten die daarvoor in aanmerking komen: aanneming van werk (art. 1779 Belg. B.W.) bij feitelijke handelingen en lastgeving (art.

¹⁵² Asser-Coehorst 1988, 30 (nr. 40). De auteur vond onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek lastgeving al een gekwalificeerde vorm van opdracht.

¹⁵³ TK 17779, nr. 13, 2 (nota II); Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 4 en 6), 318.

¹⁵⁴ Vgl. Van Gerven 1987, 447-455 (nrs. 139-140). De auteur creëert hiervoor het nieuwe begrip *aanstelling*.

¹⁵⁵ Dit is terug te voeren op de tweedeling in de Franse Code Civil (art. 1779) van huur van goederen én huur van diensten, werk en nijverheid, welk indeling op haar beurt was gebaseerd op de Romeinse indeling die ook het Burgerlijk Wetboek oorspronkelijk kende. Sinds 1907 werd in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek het verrichten van arbeid niet langer als huur gezien en kwam er een categorie bijzondere overeenkomsten bij, namelijk de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en het verrichten van enkele diensten. Het Belgische Burgerlijk Wetboek bleef bij de oorspronkelijke indeling.

1984 Belg. B.W.) bij het verrichten van rechtshandelingen. Een extra complicatie vormt het feit dat incasso bij advocaten en gerechtsdeurwaarders nauwelijks als een aparte werkzaamheid wordt gezien.

Gezien de onduidelijkheid over de kwalificatie van de incasso-overeenkomst in beide landen, zullen literatuur en jurisprudentie hiertoe worden onderzocht. Mede aan de hand hiervan zal kwalificatie van de incasso-overeenkomst volgen.

3.3.2 Literatuur over incasso in Nederland

49 In Nederland was uit de literatuur ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek nauwelijks op te maken hoe de incasso-overeenkomst moest worden gekwalificeerd. Bij advocaten werd incasso niet apart genoemd. Wel werd er een onderscheid gemaakt tussen de bijstand- en adviesfunctie van de advocaat én de processuele functie van de procureur. De rechtsverhouding met de advocaat werd vrij algemeen als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten gezien en die met de procureur meestal als lastgeving.¹⁵⁶ Soms werd de gehele rechtsverhouding als overeenkomst sui generis¹⁵⁷ aangeduid of zelfs al - daarbij anticiperend op het toen nog in te voeren nieuwe BW - als overeenkomst van opdracht (enkele diensten),¹⁵⁸ waarbij als overeenkomst met de gerechtsdeurwaarder en het incassobureau als zodanig werd genoemd. In de specifieke literatuur over de gerechtsdeurwaarders werd de incasso-overeenkomst met lastgeving aangeduid,¹⁵⁹ dan wel in het midden gelaten of bij de niet-ambtelijke overeenkomst - meer dan alleen incasso - een overeenkomst van enkele diensten of lastgeving

¹⁵⁶ Rutgers 1978, 613-623 (overzicht literatuur) en 629-637; Boekman 1983, 1-10; Rutgers 1979, 185-211; Bijzondere contracten (Van Neer-van den Broek), XIV 36-39.

¹⁵⁷ Quant 1994, 19; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1982, 6.

¹⁵⁸ Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen III 1988, 32 (nr. 45).

¹⁵⁹ Teekens 1954, 208-209; Teekens 1973, 92.

sprake was.¹⁶⁰

In navolging van de parlementaire geschiedenis wordt in de literatuur over het huidige Burgerlijk Wetboek de overeenkomst met een advocaat, gerechtsdeurwaarder en incassobureau als overeenkomst van opdracht aangemerkt.¹⁶¹ Bovendien wordt de overeenkomst met een incassobureau - in tegenstelling tot de overeenkomst met een advocaat - nog als lastgeving aangemerkt.¹⁶² Van der Grinten noemt als voorbeeld van professionele lastgeving de overeenkomst met een incassobureau, en daarnaast ook die met een procureur en gerechtsdeurwaarder.

3.3.3 Literatuur over incasso in België

50 In België wordt incasso nauwelijks als aparte overeenkomst gezien. Alleen minnelijke incasso wordt genoemd en aangemerkt als aanneming van werk¹⁶³ of lastgeving¹⁶⁴. De incassowerkzaamheden maken deel uit van de wettelijke werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders en volgen dan ook de kwalificatie van de overeenkomst hiervan. Zo worden de overeenkomsten met gerechtsdeurwaarders algemeen als lastgeving aangemerkt.¹⁶⁵ Bij advocaten ziet de litera-

¹⁶⁰ Legel 1991, 38.

¹⁶¹ Asser-Coehorst 1988, 32 (nr. 45); Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 305; Van Neer-van den Broek 1993, 333; Wessels 1994a, 7; T&C (Castermans), aant. 2 bij art. 7:400 BW; Asser-Kortmann 1994, 35 (nr. 47); Quant 1994, 19; Bijzondere overeenkomsten (Van Neer- van den Broek), aant. 4 bij art. 7:400 BW.

¹⁶² Van der Grinten 1993, 7-8; Van Neer-van den Broek 1993, 33; T&C (Castermans), aant. 2 bij art. 7:414 BW; Asser-Kortmann 1994, 99 (nr. 127).

¹⁶³ Depuydt 1983, 172 (nr. 204) j° 20 (nr. 16).

¹⁶⁴ Paulus en Boes 1978, 84 (nr. 131); Artikelsgewijze commentaar op art. 516, 7 (nr. 10).

¹⁶⁵ Paulus en Boes 1978, 83-84 (nrs. 127-133); Depuydt 1983, 169 (nr. 202); Paulus en Boes 1986, 647-648; Merchiers 1989, 252; Depuydt 1994, 5-15 (uitvoerig, met jurisprudentie); Tilleman 1997, 24-25 (nr. 30); Artikelsgewijze commentaar op art. 516, 6-7 (nr. 10); vgl. Dirix 1994, 2.

tuur de overeenkomst als een gemengde overeenkomst¹⁶⁶ of noemt één van de aparte vormen¹⁶⁷ waarin de overeenkomst kan voorkomen. Bij advieswerkzaamheden wordt gedacht aan huur van nijverheid of aanneming van werk of soms als verkoop van diensten en bij vertegenwoordiging van de opdrachtgever aan lastgeving. Aangenomen wordt dat de advocaat alle handelingen als procesvertegenwoordiger mag verrichten, waaronder ook wordt begrepen de tenuitvoerlegging van het vonnis.¹⁶⁸ Het innen van gelden is daarbij meestal een wezenlijk onderdeel.

3.3.4 Jurisprudentie over incasso in Nederland

51 In de jurisprudentie in Nederland is maar weinig te vinden over de rechtsverhouding met de incassant. Zo vond de kantonrechter te 's-Gravenhage (3 november 1944, *NJ* 1946, 263) dat de overeenkomst tussen een incassobureau en zijn opdrachtgever een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten was, die in de regel een overeenkomst van lastgeving insloot. De president van de rechtbank te Amsterdam (17 september 1963, *NJ* 1963, 502) noemde de (gehele) rechtsverhouding niet uitdrukkelijk, maar oordeelde dat het incassobureau bij correspondentie met een derde, lasthebber van de opdrachtgever was en verplichtte tot afgifte van een als zodanig ontvangen brief. De kantonrechter te Maastricht (17 januari 1968, *NJ* 1969, 34) zag in een incasso-overeenkomst met een gerechtsdeurwaarder eveneens lastgeving. Ook de kantonrechter te Amsterdam zag in de overeenkomst met een incassobureau blijkbaar lastgeving, omdat hij in de declaratie waarbij geadviseerd werd het restant af te boeken, geen opzegging als bedoeld

¹⁶⁶ Depuydt 1983, 19-21 (nr. 16); Herbots en Paulus 1989, 1400-1401 (alleen procesvertegenwoordiging wordt besproken); De Leval 1992, 467; Lambert 1994, 499-500; Depuydt 1993, 7 (nr. 1). De laatste auteur noemt advies aanneming van werk of verkoop van diensten (art. 1598 Belg. B.W.), welke opvatting verder in de literatuur geen opgang maakte.

¹⁶⁷ Paulus en Boes 1978, 75 (nr. 114); Mahieu en Baudrez 1980, 488 (nr. 2094); Paulus en Boes 1986, 645-647.

¹⁶⁸ Paulus en Boes 1978, 76 (nr. 115); Paulus en Boes 1986, 647.

in art. 1854 BW (oud) las (Ktg. Amsterdam 11 augustus 1978, *Prg.* 1979, 1396).

De Hoge Raad (7 februari 1986, *NJ* 1986, 378) vond dat de advocaat aan wie een incasso-opdracht was gegeven, een bevoegde vertegenwoordiger was van de schuldeiser en incassokosten van de schuldenaar kon vorderen en in ontvangst nemen. De procedure was ingesteld door de schuldenaar tegen de advocaat van zijn schuldeiser, waarbij hij de betaalde incassokosten als onverschuldigde betaling terugvorderde. De incasso-overeenkomst tussen de advocaat en de schuldeiser kwam daarbij vanzelfsprekend niet aan de orde.

3.3.5 Jurisprudentie over incasso in België

52 In België ontbreekt - voor zover valt na te gaan - jurisprudentie over de aard van de incasso-overeenkomst. Zelfs over de kwalificatie van de overeenkomst betreffende de (andere) werkzaamheden van de advocaat is jurisprudentie schaars. Zo vond de rechtbank te Dendermonde (5 november 1987, *T.B.B.R.*, 1990, 83) de opdracht aan een advocaat om beroep aan te tekenen lastgeving. De rechtbank te Brussel (6 feb. 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 265) maakte weliswaar onderscheid tussen lastgeving bij procesvertegenwoordiging en aanneming van intellectueel werk bij advieswerkzaamheden, maar sprak bij de overeenkomst met de advocaat over een overeenkomst *sui generis* (zie ook Mons 16 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 443). De overeenkomst met een gerechtsdeurwaarder wordt echter vrij algemeen als lastgeving beschouwd.¹⁶⁹ Het arrest van 7 december 1995 had betrekking op de rechtsverhouding advocaat-gerechtsdeurwaarder. Volgens het Hof van Cassatie viel de tus-

¹⁶⁹ Zie Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; Cass., 28 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1333; Brussel, 15 oktober 1986, *Pas.*, 1986, II, 188; Vred. Gent, 26 december 1986, *T.G.R.*, 1989, 54; Arbh. Antwerpen, 15 februari 1988, *R.W.*, 1987-1988, 1370; Antwerpen, 22 maart 1989, *Pas.*, 1989, II, 240; Mons, 22 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 830; Antwerpen 6 oktober 1992, *R.W.* 1994-1995, 885; Gent 7 december 1994, *R.W.* 1996-1997, 1083; vgl. Cass. 7 december 1995, *R.W.* 1996-1997, 778; Antwerpen 16 februari 1998, *R.W.* 1998-1999, 92

senkomst van de gerechtsdeurwaarder niet als lastgeving te beschouwen, omdat deze niet de opdracht als lasthebber uitvoerde maar als openbaar ambtenaar. Van indeplaatsstelling was dan ook geen sprake. In de noot verwierp Depuydt resoluut de zienswijze dat de gerechtsdeurwaarders bij het betekenen van een exploot niet als lasthebber maar als openbaar ambtenaar zou optreden. Deze zienswijze zou volgens hem ingaan tegen de vaststaande rechtsleer en rechtspraak. In zijn noot onder het arrest van 16 februari 1998 nuanceert Depuydt deze uitspraak door te schrijven dat het arrest van 7 december 1995 slechts betrekking had op de verhouding advocaat-gerechtsdeurwaarder en niet op de verhouding met de opdrachtgever.

3.3.6 In Nederland en België lastgeving?

53 In Nederland is de incasso-overeenkomst buiten alle twijfel een overeenkomst van opdracht. De meningen lopen uiteen bij de kwalificatie van lastgeving bij incasso. Bij de overeenkomst met een incassobureau zou daar sprake van zijn, bij de overeenkomst met een advocaat daarentegen 'in het algemeen' niet.¹⁷⁰ De vraag is of incasso bij advocaten een uitzondering op de regel is. Of zou er bij de incasso-overeenkomst in het algemeen geen sprake zijn van lastgeving? De literatuur beantwoordt die vraag onvoldoende. In de jurisprudentie noemt de lagere rechtspraak de incasso-overeenkomst met een incassobureau en gerechtsdeurwaarder een overeenkomst van lastgeving. Over de advocaat werden geen expliciete uitspraken gevonden.

54 In België wordt de incasso-overeenkomst nauwelijks behandeld. Alleen de overeenkomst met een incassobureau wordt genoemd.

In beide landen zal dan ook de kwalificatie van de incasso-overeenkomst bepaald moeten worden aan de hand van de incasso-

¹⁷⁰ TK17779, nr. 13, 2 (nota II); Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 4 en 6), 308; Van der Grinten 1993, 7-8; Van Neer-van den Broek 1993, 33; T&C (Castermans), aant. 2 bij art. 7:414 BW; Asser-Kortmann 1994, 99 (nr. 127).

werkzaamheden en het lastgevingsbegrip.

3.3.7 Lastgevingsbegrip en incassowerkzaamheden in Nederland en België

55 In Nederland en België is bij lastgeving de plicht om voor een ander *rechtshandelingen*¹⁷¹ te verrichten essentieel voor het bestaan daarvan (art. 7:414 BW; 1984 Belg. B.W.).¹⁷² Als de incasso-overeenkomst lastgeving is, dan zal het merendeel van de incassowerkzaamheden uit het verrichten van rechtshandelingen moeten bestaan.¹⁷³ De werkzaamheden zijn in beide landen in grote lijnen vergelijkbaar, met dit verschil, dat incasso bij advocaten en gerechtsdeurwaarders in België sterker dan in Nederland deel uit maakt van de wettelijke werkzaamheden.

56 Een deel van de incassowerkzaamheden bestaat uit het in ontvangst nemen van betalingen. De meeste schrijvers vinden dat er hierbij *geen* sprake is van een twee- of meezijdige rechtshandeling, omdat de wil van de schuldeiser om de schuld te delgen niet van belang is.¹⁷⁴ Het in ontvangst nemen van de betaling door de schuldeiser zou niet meer dan

¹⁷¹ Volgens art. 3:33 BW vereist een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door verklaring heeft geopenbaard (zie ook art. 3:35 BW). Anders Van Dunné 1971, 12; Van Dunné 1972, 6; Van Dunné 1993 (deel 2), 246. De auteur verbindt aan elke menselijke handeling rechtsgevolgen.

¹⁷² Zie voor het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek: HR 10 december 1936, *NJ*1937, 525. Vrij algemeen werd aangenomen dat het verrichten van rechtshandelingen tot de essentie van lastgeving behoorde, of dit uit eigen naam kon, was echter controversieel (Parl. Gesch. boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 307). Zie voor België: Paulus en Boes 1978, 3-4 (nrs. 1-3); Paulus 1980, 329-330; Van Gerven 1987, 452 (nr. 140).

¹⁷³ Zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv.3, 4 en 6), 308. Volgens de Nederlandse parlementaire geschiedenis is voor lastgeving nodig dat de *kern van de verplichtingen* van de lasthebber uit rechtshandelingen bestaat; daarnaast kan de lasthebber bijkomende (feitelijke) verplichtingen hebben. Deze opvatting deed onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek reeds opgang (HR 31 mei 1974, *NJ*1976,309). Zie voor België: Cass. 5 juni 1954, *Pas.*, 1954, I, 932; Paulus en Boes 1978, 17-18.

¹⁷⁴ Asser-Hartkamp 1992,165 (nr. 186); Van Dunné 1993 (deel 2), 123-134; anders Rank 1996, 146; Cornelis 2000, 481 (nr. 382).

een feitelijke verrichting zijn (zie HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 607).¹⁷⁵ Wordt dit door een derde gedaan dan is er sprake van opdracht zonder lastgeving (Ktg. Delft 12 mei 1955, *NJ* 1955, 678;¹⁷⁶; vgl. HR 31 mei 1974, *NJ* 1976, 309). Hoe dit ook zij, incasso houdt echter meer in dan het louter in ontvangst nemen van betalingen. Het in ontvangst nemen van de betaling is een gevolg van de incassowerkzaamheden en slechts een ondergeschikt deel daarvan. De incassant zal typische incassowerkzaamheden moeten verrichten en deze werkzaamheden bestaan voor het grootste deel uit rechtshandelingen. Te denken valt aan het versturen van betalingsverzoeken, herinneringen of aanmaningen, het uitbrengen van exploitatie of het optreden als procureur of procesgemachtigde. Deze maatregelen worden in naam van de schuldeiser verricht en zijn eenzijdig gerichte rechtshandelingen.¹⁷⁷ Meerzijdige rechtshandelingen komen ook voor. Veel zaken worden immers afgedaan met een betalingsregeling, die namens de schuldeiser met de schuldenaar wordt getroffen.¹⁷⁸ Soms ook wordt een incassozaak afgedaan tegen finale kwijting.¹⁷⁹ Ook worden meerzijdige rechtshandelingen met derden verricht. Zo worden bij gerechtelijke incasso namens de schuldeiser aan advocaten of gerechtsdeurwaarders opdrachten verstrekt voor het instel-

¹⁷⁵ Anders Rutgers 1978, 632; Rutgers 1979, 195. De auteur vermeldt dat een advocaat naast feitelijke handelingen ook rechtshandelingen verricht en noemt het ontvangen van betaling voor zijn cliënt als één van de voorbeelden.

¹⁷⁶ De procedure betrof het innen van abonnementsgelden door een krantenbezorger. De kantonrechter zag hierin een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Lastgeving werd uitdrukkelijk uitgesloten.

¹⁷⁷ Asser-Hartkamp 2001, 74-75 (nr. 81).

¹⁷⁸ De incasso-overeenkomst houdt een stilzwijgende bevoegdheid tot het treffen van een betalingsregeling in, tenzij vooraf (iets) anders is overeengekomen (Volgens art. 9 Gedragscode dient de opdrachtgever aan de leden van de Vereniging van Incasso advocaten (VIA) uitdrukkelijk toestemming te verlenen). De schuldeiser is hoe dan ook gebonden aan de regeling die door de incassant is getroffen (art. 3:61 BW; HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190; kamer van beroep 2 september 1999, *Executief* 2001, 13; vgl. Ktg. 's-Gravenhage 31 jan. 1944, *NJ* 1944/45, 692).

¹⁷⁹ De zogenaamde vaststellingsovereenkomst ex art. 7:900 BW. De vaststellingsovereenkomst valt buiten de incasso-opdracht. Eris een aparte volmacht voor nodig. Desondanks is de schuldeiser gebonden aan een door de incassant onbevoegd gedane voorstel (art. 3:61 BW; zie Ktg. Harderwijk 12 okt. 1994, *Prg.* 1994, 4211).

len van gerechtelijke procedures, het betekenen van een exploit of het tenuitvoerleggen van een vonnis. De feitelijke verrichtingen bij incassowerkzaamheden, zoals administratieve - en advieswerkzaamheden, zijn ondergeschikt aan de rechtshandelingen. Incassozaken zijn voor het merendeel ongecompliceerde zaken die volgens een vast patroon verlopen. Ingewikkelde gerechtelijke procedures op tegenspraak, waarbij advieswerkzaamheden de overhand krijgen, komen slechts weinig voor.

3.3.8 De incasso-overeenkomst is meestal lastgeving

57 Gezien de aard van de incassowerkzaamheden zal er bij de overeenkomst in Nederland meestal sprake zijn van lastgeving. Daar de overeenkomst de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen in naam van de schuldeiser inhoudt, is er bovendien sprake van volmacht (art. 3:60 BW). Mocht de incasso-opdracht tot een ingewikkelde gerechtelijke procedure leiden en wordt deze procedure door de incassant behandeld, dan is er sprake van opdracht zonder lastgeving, waarbij op het incassodeel de lastgevingsbepalingen van toepassing zijn (art. 7:424 BW; HR 31 mei 1974, *NJ* 1976, 309).¹⁸⁰

In België is door de aard van de incassowerkzaamheden de overeenkomst tussen opdrachtgever en incassobureau een zuivere vorm van lastgeving.¹⁸¹ Dit is ook het geval bij de gerechtsdeurwaarder die minnelijk incasseert. Bij de advocaat en - voor de overige werkzaamheden - bij de gerechtsdeurwaarder is de kwalificatie van de overeenkomst gecompliceerder, omdat de incassowerkzaamheden niet afzonderlijk van de andere werkzaamheden worden onderscheiden. Hierdoor ontstaat geen aparte incasso-overeenkomst. Zo hebben de incassowerkzaamheden te maken met het inleiden van een gerechtelijke procedure of met de tenuitvoerlegging van een vonnis. De incassowerkzaamheden die hierbij

¹⁸⁰ MvT, PG Inv W 7, 381; Parl. Gesch. Boek 7 (inv. 3, 5 en 6), 381; T&C (Castermans), aant. 1 bij art 7:424 BW.

¹⁸¹ Merchiers 1989, 252; Artikelsgewijze commentaar op art. 516, 7.

horen, worden algemeen als deel hiervan gezien. Nu bij de wettelijke werkzaamheden van de gerechtsdeurwaarder al sprake is van lastgeving moet de overeenkomst met inbegrip van het incassogedeelte lastgeving zijn. Bij de kwalificatie van de overeenkomst bij de advocaat is het van belang na te gaan waar de incassowerkzaamheden deel van uit maken. Incasso heeft eerder te maken met de vertegenwoordiging van de opdrachtgever in een gerechtelijke procedure en niet, of in geringe mate, met advieswerkzaamheden. Bij vertegenwoordiging is sprake van lastgeving, bij incassozaken derhalve ook. Mochten de advieswerkzaamheden de overhand krijgen doordat de incassozaak uitloopt in een gerechtelijke procedure op tegenspraak, dan is er sprake van een gemengde overeenkomst, enerzijds van aanneming van werk of verhuur van diensten voor de behandeling procedure en anderzijds van lastgeving voor incasso en de eventuele procesvertegenwoordiging. Op het incasodeel zijn in dat geval de regels van lastgeving van toepassing.¹⁸²

58 Bij de kwalificatie van de incasso-overeenkomst zijn voor Nederland en België in grote lijnen drie situaties denkbaar, waarin incasso kan voorkomen:

1. Incasso staat los of is gemakkelijk te onderscheiden van de eventuele andere werkzaamheden van de incassant;
2. incasso is niet of met moeite te onderscheiden van die andere werkzaamheden, en
3. de incasso-opdracht loopt uit op een ingewikkelde gerechtelijke procedure, waarbij incasso ondergeschikt wordt aan de behandeling van de procedure.

In het eerste geval volgt lastgeving uit de incasso-overeenkomst zelf; in het tweede uit de overeenkomst betreffende de werkzaamheden waarvan incasso deel uit maakt. De situatie is echter anders in het geval de incasso-opdracht in een ingewikkelde gerechtelijke procedure uitloopt (sub 3). Hierbij komen verschillen tussen de beide landen aan het licht. In Nederland is sprake van een overeenkomst van opdracht, waarbij ech-

¹⁸² Paulus en Boes 1978, 17-18.

ter op het incassodeel de lastgevingsbepalingen van toepassing zijn en in België van een gemengde overeenkomst of - naar gelang de opvatting - van een aparte overeenkomst, waarbij in beide gevallen het incassodeel lastgeving is.

3.4 Beroeps- en gedragsregels

3.4.1 Inleiding

59 Naast de overeenkomst die partijen met elkaar aangaan hebben incassanten, met name advocaten en gerechtsdeurwaarders, te maken met regels die zij bij de beroepsbeoefening in acht moeten nemen, de zogenaamde beroeps- en gedragsregels, in België plichtenleer of deontologische regels genaamd.¹⁸³ Bij beroepsregels valt te denken aan de zuiver voor de vrije beroepsbeoefenaar bestemde regels die kwesties regelen zoals de opleiding, benoeming, ordes, tuchtrecht, enzovoorts en bij gedragsregels de regels die betrekking hebben op de zorgvuldige beroepsuitoefening waarbij ook de verhouding met de andere beroepsbeoefenaren, de opdrachtgever en derden behoren.¹⁸⁴

De beroeps- en gedragsregels zijn naar de bron te onderscheiden in: wettelijke regels,¹⁸⁵ regels van verenigingswege¹⁸⁶ en ongeschreven regels. De meeste beroepsregels zijn wettelijk vastgesteld, de meeste gedragsregels zijn van verenigingswege vastgesteld of zijn ongeschreven regels. Uitzonderingen hierop zijn de gedragsregels van advocaten

¹⁸³ Zie Lambrechts 1993, 265.

¹⁸⁴ In de literatuur wordt het onderscheid in beroeps- en gedragsregels niet gehanteerd.

¹⁸⁵ Voor advocaten: de Advocatenwet en de krachtens die wet uitgevaardigde verordeningen (art. 28 en 29 Advocatenwet) en voor gerechtsdeurwaarders: de Gerechtsdeurwaarderswet en de verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders (*Stcrt* 2001, nr. 132, 13). In België zijn de beroeps- en gedragsregels voor advocaten opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek (zie art. 428-508) en in de door de Belgische Nationale Orde van Advocaten (art. 494 en 501 Ger. W.; Cass. 12 december 1985, *Pas.*, 1986, 462) - en plaatselijke ordes uitgevaardigde reglementen (Cass. 17 maart 1988, *R.W.*, 1988-1989, 257; Hannequart en Henry 1985, 304; Stevens 1990, 50-52). Voor gerechtsdeurwaarders zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (zie art. 509-555quater) van belang. Beroeps- en gedragsregels in de vorm van wettelijk vastgestelde richtlijnen (art. 551 lid 1 j° 550 Ger. W.) zijn niet voor derden toegankelijk (zie voor een opsomming van de uitgevaardigde richtlijnen Briers 2001, 111). Gedragsregels in de vorm van richtlijnen zijn er (nog) niet.

¹⁸⁶ Te denken valt aan de regels die zijn opgenomen in statuten, reglementen, gedragsregels, codes, richtlijnen enzovoort.

in België en de gedragsregels van de gerechtsdeurwaarders in Nederland. Ze hebben een wettelijke grondslag en worden bij reglement of verordening vastgesteld.¹⁸⁷

De beroepsbeoefenaren dienen zich aan de beroeps- en gedragsregels te houden, waardoor die van invloed zijn op de overeenkomst met de opdrachtgever. De invloed van de *beroepsregels* is minimaal. Het zijn interne regels die alleen voor de beroepsbeoefenaren gelden. De regels komen dan ook niet in aanmerking om deel uit te maken van de overeenkomst met de opdrachtgever. De invloed van de *gedragsregels* is daarentegen veel groter en doet de vraag rijzen of ze op één of andere wijze van toepassing zijn op de rechtsverhouding met de opdrachtgever. Is de opdrachtgever rechtstreeks aan de wettelijk vastgestelde regels gebonden of maken de regels indirect - via de aanvullende werking - deel uit van de overeenkomst? Aan de hand van jurisprudentie en literatuur, over met name de advocatuur, zullen deze vragen worden beantwoord. Eerst komen de wettelijk vastgestelde regels aan de orde, daarna de overige regels.

3.4.2 Wettelijk vastgestelde regels

Literatuur

60 In Nederland waren er in de beginperiode na de inwerkingtreding van de Advocatenwet in 1952 twijfels of sommige onderwerpen wel bij verordening geregeld konden worden,¹⁸⁸ de gebondenheid voor advoca-

¹⁸⁷ De andere wettelijke regels, zoals bijv. in Antwerpen principiële beslissingen of bij gerechtsdeurwaarders richtlijnen, worden hierna niet meer apart genoemd. Hetgeen wordt gesteld voor de reglementen of verordening geldt ook voor de overige wettelijk vastgestelde regels.

¹⁸⁸ Zie Van Deinse 1955, 302-304; De Groot 1961, 518-524; Wichers Hoeth 1962, 161-169; Van Heijningen 1963, 165-166.

ten en derden¹⁸⁹ bleef echter buiten discussie. Alleen De Brauw¹⁹⁰ maakt melding van 'de alleen bindende kracht' voor advocaten, een opvatting die overheerst bij de advocaten getuige ook de vermelding bij een verordening¹⁹¹ dat derden geen beroep op een bepaling kunnen doen. Buiten de advocatuur vinden Wessels¹⁹², Coehorst¹⁹³ en Kortmann¹⁹⁴ daarentegen dat de wettelijke beroeps- en gedragsregels door middel van aanvullende werking deel uit kunnen maken van de overeenkomst met de opdrachtgever.

In België is voor advocaten de gebondenheid aan de betreffende bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en de reglementen eveneens aan geen enkele twijfel onderhevig.¹⁹⁵ De reglementen worden algemeen als gecodificeerde gedragsnormen gezien, die vooral van belang zijn voor het tuchtrecht.¹⁹⁶ De gebondenheid voor derden komt in de literatuur nauwelijks naar voren. In de diverse publicaties voor advocaten behandelen slechts enkele advocaten dit aspect. Zo haalt Stevens¹⁹⁷ - met instemming - het werk van Hannequart en Henry (zie hierna) aan, waarbij dezen erop wijzen dat de gedragsregels zich als een 'feit' opdringen aan de niet-beroepsbeoefenaren, in de overeenkomsten worden opgenomen of als reglementen opgelegd, ofschoon de orde de bevoegdheid niet heeft. Stevens stelt vervolgens dat de gedragsregels bij een

¹⁸⁹ Onder *derde* wordt eveneens de opdrachtgever begrepen.

¹⁹⁰ De Brauw 1980, 35.

¹⁹¹ Toelichting op art. 6 Verordening op de praktijkvennootschap 1972; *Advocatenblad* 1972, 440-441. Deze bepaling werd met ingang van 1 november 1995 ingetrokken (*Advocatenblad* 1995, 1021-1022).

¹⁹² Wessels 1994a, 10-11; Wessels 1994b, 582; Wessels 1996, 29. De auteur vindt dat de wettelijke regels in beginsel deel uit maken van de overeenkomst, zij het, dat de meeste regels niet tot rechtsgevolgen zullen leiden.

¹⁹³ Asser-Coehorst 1988, 35 (nr. 49).

¹⁹⁴ Asser-Kortmann 1994, 37 (nr. 49). Coehorst en Kortmann verdedigen de opvatting dat de wettelijke regels alleen indien deze (mede) in het belang van de opdrachtgever zijn, deel uit maken van de overeenkomst

¹⁹⁵ Zie Stevens 1990, 574 (nr. 1053).

¹⁹⁶ Zie Stevens 1990, 571-572 (nr. 1048).

¹⁹⁷ Stevens 1990, 574-575 (nr. 1053).

overeenkomst deel uit kunnen maken van de inhoud door het 'spel' van art. 1134 lid 3 Belg. B.W. (goede trouw bij de uitvoering) of art. 1135 Belg. B.W. (aanvullende werking met als rechtsbron de wet, het gebruik of de billijkheid). Bij schade zou een derde zich kunnen baseren op contractuele aansprakelijkheid of aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Hannequart en Henry¹⁹⁸ onderzoeken uitvoerig de vraag of de gedragsregels een directe rechtsbron vormen. Zij constateren dat de reglementen juridische normen bevatten waaraan de advocaten zich dienen te houden. De gebondenheid voor derden zou echter genuanceerder zijn. De gedragsregels zouden zonder meer van invloed zijn op de overeenkomsten, maken daar uitdrukkelijk deel vanuit of binden door middel van de aanvullende werking van de inhoud of de goede trouw bij de uitvoering. Op die wijze worden de regels een contractuele verplichting voor de opdrachtgever. De gedragsregels dringen zich als een feit op. De auteurs geven aan dat de orde nu eenmaal reglementaire bevoegdheid heeft gekregen en vinden die bevoegdheid zonder dat derden er een beroep op kunnen doen, uit logische overwegingen onacceptabel. Regels voor alleen de beroepsbeoefenaren zonder dat ze derden binden, zouden niet bestaan. Derden moeten er aan gebonden zijn, zelfs al overschrijden de reglementen de bevoegdheid van de orde, anders zouden de overeenkomsten kunnen ontsnappen aan de gedragsregels van de orde. De auteurs concluderen dat de gedragsregels hoe dan ook van invloed zijn op de rechtsverhouding. Bij eventuele beroepsfouten geven zij de voorkeur aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad boven de contractuele aansprakelijkheid, doch voegen er aan toe dat in de jurisprudentie de contractuele aansprakelijkheid wordt gehanteerd. De vraag of gedragsregels directe rechtsbronnen zijn, beantwoorden de auteurs ten slotte bevestigend.

In de meer algemene literatuur over privaatrecht worden de

¹⁹⁸ Hannequart en Henry 1985, 291-352. In dit werk werd ook de literatuur en jurisprudentie bij andere beroepsbeoefenaren onderzocht.

gedragsregels niet expliciet behandeld.

Jurisprudentie

61 In Nederland ontbreekt jurisprudentie over de gebondenheid aan verordeningen en reglementen. In een enkele Belgische uitspraak worden echter wel de - wettelijk vastgestelde - gedragsregels genoemd. Zo werd met een beroep op overtreding van de inhoud van een gedragsregel in een niet-gepubliceerde uitspraak van de rechtbank te Tongeren (28 februari 1986, *AR*, nr. 1175/82, Depuydt 1993, 94) een advocaat veroordeeld tot schadevergoeding. De rechtbank te Huy (16 oktober 1986, *Ann. Dr. Liège*, 1987, 430) veroordeelde een advocaat tot schadevergoeding, omdat hij een vertrouwelijke brief van een collega-advocaat had overgelegd. Ondanks dat er sprake was van een overtreding van een gedragsregel werd overwogen dat een voorzichtig en zorgvuldig advocaat een dergelijke brief niet inbrengt. Uitdrukkelijker was de vrederechter in de procedure waarbij een verzoek ex art. 750 lid 2 Ger. W. werd afgewezen, omdat de waarschuwing voorgeschreven door een reglement van de Belgische Nationale Orde van Advocaten waarin is bepaald dat de advocaat van de tegenpartij van te voren op de hoogte moeten worden gebracht, niet was gedaan. De vrederechter vond dat dit reglement bindende kracht had en overeenkomstig art. 501 Ger. W. tot de rechtspleging behoorde (Vred. Kortrijk 25 november 1997, *T.B.B.R.* 1998, 238).¹⁹⁹

Standpuntbepaling

62 Literatuur en jurisprudentie geven geen duidelijk en eensluidend antwoord op de vraag of de wettelijk vastgestelde beroeps- en gedrags-

¹⁹⁹ In een reactie op het vonnis vond Scheers (1998, 3) dat de gedragsregels interne regels zijn en dat het niet vanzelfsprekend is dat de rechter nagaat of die regels worden nageleefd.

regels de opdrachtgever binden. Bij de beantwoording van de vraag zal onderscheid worden gemaakt tussen wetten in formele zin (Advocatenwet, Gerechtsdeurwaarderswet en Gerechtelijk Wetboek) en verordeningen en reglementen.

Bij wetten is het van belang te weten *voor wie* de regels zijn bestemd en *waarvoor* de regels zijn bedoeld. Duidelijk is dat regels aan de betreffende beroepsbeoefenaren zijn gericht en in het leven zijn geroepen om bepaalde eisen aan hen te stellen. Verder geven de regels ook de rechten en plichten van de beroepsbeoefenaren en de beroepsorganisatie weer. Het zijn publiekrechtelijke regels die betrekking hebben op het door de Staat te hoeden algemeen belang. De regels hebben 'slechts' betrekking op de relatie overheid - beroepsbeoefenaar. Particuliere belangen van zowel de beroepsbeoefenaren als derden zijn daarbij niet aan de orde. Dit is alleen dan anders als de wetgever die mogelijkheid uitdrukkelijk heeft aangegeven. Dit is in bedoelde wetten niet gebeurd. De wetten bevatten geen of nauwelijks regels die voor de rechtsverhouding met derden relevant zijn. Alleen in de Gerechtsdeurwaarderswet is een bepaling opgenomen over derdengelden die eveneens van belang is voor de rechthebbende (art. 19). Deze heeft een vorderingsrecht op de speciale bankrekening waarop de gerechtsdeurwaarder de derdengelden ontvangt. Ook relevant voor de derden is de mogelijkheid om een klacht tegen de beroepsbeoefenaren in te dienen. De afloop daarvan staat echter los van de eventuele civielrechtelijke gevolgen zoals de aansprakelijkheid uit contract of onrechtmatige daad.

De verordeningen en reglementen bevatten meer regels die van belang zijn voor de rechtsverhouding met de opdrachtgever. De beantwoording van de vraag over de gebondenheid daaraan is daardoor ook

van praktisch belang.²⁰⁰ De verordeningen en reglementen zijn een uitvloeisel van de functionele decentralisatie, waarbij de overheid een deel van haar bevoegdheid heeft gedelegeerd aan de orde.²⁰¹ Hierbij speelt de afbakening van bevoegdheid, het zogenaamde legaliteitsbeginsel, een belangrijke rol. Dit beginsel houdt in dat het bestuur, in casu de bevoegde autoriteit van de orde, geen andere bevoegdheden heeft dan die waartoe het bij wet is gemachtigd en dat het bestuur bij het uitoefenen van die bevoegdheden gebonden is aan het bepaalde in de wet (zie voorz. Rb. Gent 24 maart 1999, *A.J.T.* 1998-1999, 998).²⁰² In Nederland is volgens de Advocatenwet de verordenende bevoegdheid beperkt tot enerzijds de advocatuur (art. 29) en anderzijds het uitvaardigen van regels die in het belang zijn van de goede uitoefening van de praktijk (art. 28). Evenals de wetten zijn de verordeningen publiekrechtelijke regels: regels die uitsluitend betrekking hebben op de relatie overheid-vrije beroepsbeoefenaar. De verordeningen binden derden dan ook niet. Volgens art. 80 Gerechtsdeurwaarderswet kunnen verordeningen slechts vastgesteld worden voor de onderwerpen waarvan de Gerechtsdeurwaarderswet regeling of nadere regeling voorschrijft. In lid 4 wordt uitdruk-

²⁰⁰ Zo houdt de Boekhoudverordening 1998 (*Advocatenblad* 1998, 1166-1167 ingangsdatum 1 juni 1999, gewijzigd per 1 september 2000, *Advocatenblad* 2000, 555-559) bepalingen in over de derdengelden en de Verordening beroepsaansprakelijkheid 1991 (*Advocatenblad* 1991, 305-308) bevat regels over de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de daaraan gekoppelde mogelijkheid van de beroepsaansprakelijkheid te beperken. Het op 19 januari 1989 door de Belgische Nationale Orde van Advocaten uitgevaardigde reglement Verhandeling van gelden van cliënten of derden (*Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.2.1. V/5-6) geeft regels voor de gelden van derden en het Antwerpse Reglement inzake ereloon en kosten van 30 maart 1992 (*Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.3. E/3-19) schrijft de tarieven van de advocaten voor. In de administratieverordening gerechtsdeurwaarders, regeling rente bijzondere rekeningen gerechtsdeurwaarders en de verordening beroeps- en gedragsregels (*Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 10, 12 en 13) zijn regels over onder meer de afrekening, rentevergoeding en zorgplicht voor de gerechtsdeurwaarders in Nederland opgenomen.

²⁰¹ De betreffende overheden hebben verordenende bevoegdheid gegeven aan de Nederlandse orde van advocaten, de Belgische Nationale Orde van Advocaten, de plaatselijke ordes van advocaten, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders en de nationale kamers van gerechtsdeurwaarders. Deze worden in deze paragraaf begrepen onder 'orde'.

²⁰² Akkermans en Koekkoek 1995, 784.

kelijk vermeldt dat de verordeningen slechts verbindend zijn voor de leden en organen van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG).

De Belgische situatie is in beginsel niet anders dan de Nederlandse. De reglementen zijn alleen bindend voor advocaten (art. 501 Ger. W) en de reglementaire bevoegdheid is beperkt tot het instellen van regels en gebruiken van het beroep van advocaat (art. 494 Ger. W).²⁰³ Een aspect dat aandacht verdient is dat in België enkele advocaten in de literatuur een reglementaire bevoegdheidsoverschrijding van de orde uit praktische overwegingen noodzakelijk vinden. In deze visie zouden gedragsregels zonder bezwaar deel uit kunnen maken van de overeenkomst met de opdrachtgever.

De conclusie dat de wettelijk vastgestelde beroeps- en gedragsregels derden niet rechtstreeks binden, sluit niet uit dat die regels nimmer deel uitmaken van de overeenkomst met de opdrachtgever. Door de aanvullende werking met de wet als rechtsbron zouden de regels alsnog via een omweg derden kunnen binden. Echter, een dergelijke indirecte gebondenheid druist in tegen het legaliteitsbeginsel. De wetten regelen immers alleen de verhouding overheid - beroepsbeoefenaar en bovendien mogen de verordeningen en reglementen geen particuliere belangen betreffen. Zou dit laatste wel het geval zijn dan zou de bevoegdheid van de orde alsnog worden overschreden. Een dergelijke bevoegdheidsoverschrijding is staatsrechtelijk onwenselijk en zou bovendien tot misbruik kunnen leiden.

3.4.3 Van verenigingswege vastgestelde regels en ongeschreven regels

Literatuur

63 In de Nederlandse literatuur overheerst de mening dat de gedrags-

²⁰³ Hannequart en Henry 1985, 323; Stevens 1990, 52; Lambert 1994, 151-152.

regels voor advocaten opgetekende gedragsnormen zijn; de advocaat dient zich aan de *inhoud* te houden.²⁰⁴ De gedragsregels worden vooral in samenhang met het tuchtrecht gezien, met name als leidraad voor de open norm van art. 46 Advocatenwet.²⁰⁵ De regels op zich worden niet-bindend geacht. Enkele advocaten²⁰⁶ twijfelen hieraan en zien liever de gedragsregels, of een deel daarvan, in een verordening opgenomen. Deze opvatting wordt echter in de advocatuur nauwelijks gedeeld.²⁰⁷ Naast de opgetekende regels zouden er meer ongeschreven gedragsregels en normen bestaan (vgl. HvD 5 januari 1987, *Advocatenblad* 1987, 438).

Sommige auteurs vermelden het civielrechtelijke belang. Zo ziet Michiels van Kessenich-Hoogendam²⁰⁸ de gedragsregels als opgetekende groepsopvattingen, één van de factoren die de rechter bij het vormen van zijn oordeel laat wegen. Coehorst²⁰⁹, Kortmann²¹⁰ en Wessels²¹¹ zien de inhoud van de gedragsregels als aanvullende rechtsbronnen. Boekman²¹² en Croes²¹³ zien de gedragsregels als door de beroepsgroep in acht te nemen voorschriften in de zin van de algemene zorgplicht van

²⁰⁴ Wijckerheld Bisdom 1968, 515-519; Schenk 1975, 10-11; Wijckerheld Bisdom 1979, 507; Roelvink 1980, 357-358; Boeles 1983, 11; Mols en Malherbe 1990, 6; Quant 1995, 17.

²⁰⁵ Mols en Malherbe 1990, 5; Boekman 1993, 4; Minkjan 1993, 244-245; Witteman 1995, 63; Quant 1995, 17; Van Eeghen 1995, 372-373; vgl. Van Son 1989, 274. De geïnterviewde Meijer ziet in de gedragsregels eigenlijk niet anders dan een verzameling van precedenten van beslissingen van de tuchtrechter.

²⁰⁶ De Brauw 1980, 33-37; Pot 1989, 216.

²⁰⁷ Collegevergadering 1995, 853.

²⁰⁸ Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, 49-55; Onrechtmatige daad (Michiels van Kessenich-Hoogendam) VIII, 4c (nr. 17).

²⁰⁹ Asser-Coehorst 1988, 35 (nr. 49).

²¹⁰ Asser-Kortmann 1994, 37 (nr. 49).

²¹¹ Wessels 1994a, 10-11; Wessels 1994b, 582; Wessels 1996, 29.

²¹² Boekman 1983, 5; Boekman 1993, 39-40; Boekman 1998, 53-54.

²¹³ Pitlo-Croes 1995, 226 en 274.

art. 7:401 BW.²¹⁴ Van Dam vindt de gedragsregels van belang voor de zorgplicht, maar ze spelen volgens hem veelal geen doorslaggevende rol.²¹⁵

In België maken enkele auteurs²¹⁶ uit de advocatuur gewag van het feit dat bij het uitoefenen van het beroep van advocaat een deel daarvan op gewoonte is gestoeld en in de algemene literatuur ziet Storme²¹⁷ het gewoonterecht eveneens als belangrijke rechtsbron voor de vrije beroepsbeoefenaren. Gedragsregels worden echter niet als zodanig genoemd. Kruithof vermeldt in een artikel over contractsvrijheid de reglementen van beroepsorganisaties als één van de beperkingen om de inhoud van het contract vrij te bepalen.²¹⁸ Uit de context valt op te maken dat de auteur meer de algemene voorwaarden op het oog had.

Jurisprudentie

64 De civiele rechter in Nederland besteedt in het algemeen weinig aandacht aan gedragsregels. In sommige uitspraken worden ze wel genoemd maar als niet relevant gepasseerd (zie HR 5 juni 1992, *NJ* 1992, 601).²¹⁹ Een enkele keer worden de gedragsregels uitdrukkelijk in de uitspraak overwogen, maar de overtreding daarvan vormt dan geen grond tot wanprestatie of onrechtmatige daad. Zo oordeelde de Hoge

²¹⁴ Vgl. Von Schmidt auf Altenstadt 1993, 637. Volgens de auteur is het destijds geldende calculatieschema - een niet-bindende richtlijn - mede inhoud gaan geven aan de zorgplicht (vgl. Sluyters en Biesart 1995, 58). De auteurs halen de parlementaire geschiedenis van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst aan waarbij de gedragsregels van beroepsorganisaties als een belangrijke toetssteen voor de rechter voor de invulling van de open norm van "goed hulpverlenerschap" (art. 7:453 BW) worden beschouwd. De norm is in grote lijnen dezelfde als die van art. 7:401 BW.

²¹⁵ Van Dam 2000, 423 (nr. 1513).

²¹⁶ Stevens 1990, 6; Van Dievoet 1987, 10.

²¹⁷ Storme 1990, 123 en 213.

²¹⁸ Kruithof 1986, 2747.

²¹⁹ Deze procedure had zijdelings betrekking op de vraag of een *no cure, no pay*-beding in strijd was met de gedragsregels. Deze vraag werd niet beantwoord, omdat niet de advocaat partij was, maar de curator.

Raad dat, gezien de aard van de gedragsregels, de overtreding daarvan niet noodzakelijk inhoudt dat een advocaat onrechtmatig zou hebben gehandeld (HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378). Ook in een kortgeding-procedure maakte de president korte metten met hetgeen de voormalige opdrachtgever van een advocaat aanvoerde. Volgens deze zou de advocaat in strijd met de gedragsregels voor zijn declaratie hebben gedagvaard. De president overwoog dat de gevolgde handelwijze hooguit tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding zou kunnen geven (pres. Rb. Zutphen 18 januari 1988, *K.G.* 1988, 116). In een arrest van de Hoge Raad noemde deze de gedragsregels niet, maar ze waren wel aan de orde geweest. Zo had de rechtbank haar oordeel gebaseerd op een verplichting die voortvloeide uit de gedragsregels voor advocaten én op de rechtsverhouding tussen advocaat en opdrachtgever. De daarbij geformuleerde maatstaf kwam vrijwel overeen met een gedragsregel en hield in dat de advocaat niet alleen in het begin van de zaak, maar ook telkens wanneer daartoe redelijkerwijs aanleiding bestaat met zijn opdrachtgever dient te overleggen of er termen zijn voor kosteloze rechtsbijstand.²²⁰ De Hoge Raad bevestigde de maatstaf van de rechtbank, daarbij aangevend dat deze de rechtsverhouding tussen advocaat en opdrachtgever als uitgangspunt had genomen (HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 121).²²¹

Advocaat-generaal Koopmans ging in zijn conclusie uitvoerig op de gedragsregels in, maar begon met de veronderstelling dat de rechtbank zich gegeven de aard van die regels "niet helemaal gelukkig" had uitgedrukt: "De Rechtbank moet bedoeld hebben dat de inhoud van de rechtsverhouding tussen advocaat en cliënt, in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid welke in die rechtsverhouding in acht genomen moeten worden, mede bepaald wordt door ... Gedragsregels" en

²²⁰ Zie ook dezelfde maatstaf - zonder het bestaan van een vergelijkbare gedragsregel - voor gerechtsdeurwaarders (HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 134 (Prins/Van Leeuwen)).

²²¹ Zie ook HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 457. In deze procedure ging het om de vraag of het risico voor rekening van de advocaat komt, indien achteraf blijkt dat de opdrachtgever voor kosteloze rechtsbijstand in aanmerking had kunnen komen. De Hoge Raad wees dit - terecht - af.

vervolgde: "In de literatuur is wel iets te vinden over de vraag in hoeverre de Gedragsregels mede inhoud kunnen geven aan de zorgplicht die krachtens de rechtsverhouding tussen cliënt en advocaat op laatstgenoemde rust". In ieder geval vond de advocaat-generaal dat de betreffende regel weinig reden tot twijfel gaf, omdat die regel er tevens toe diende rechtstreeks tegemoet te komen aan de belangen van de individuele rechtzoekende.

In een andere procedure was voor een faillissementsaanvraag een advocatendeclaratie als steunvordering gebruikt. In cassatie beklagde de verweerder zich er onder meer over dat de advocaat geen overleg met de deken had gevoerd, hetgeen volgens de gedragsregels nodig zou zijn. De Hoge Raad verwierp het beroep, omdat - nog daargelaten of de gedragsregels voor advocaten de burgerlijke rechter zouden binden - de bewuste regel niet uitsluit dat een derde de declaratie niet als steunvordering kon gebruiken (HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640).

In een kortgedingprocedure had de opdrachtgever zijn voormalige advocaat aangesproken, omdat deze met beroep op de gedragsregels weigerde erin toe te stemmen dat een opvolgende advocaat de zaak overnam. De opdrachtgever had echter niet voldaan aan de voorwaarde van de ingeschakelde deken om een depot op de derdenrekening van de advocaat te storten. De president wees de vordering af. In het hoger beroep kwam de opdrachtgever onder meer met de grief dat de president ten onrechte had geoordeeld dat de gedragsregels en het advies van de deken deel uitmaakten van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen hem en zijn voormalige advocaat. Het hof overwoog: "De stelling van Blue-Comm [opdrachtgever] dat de gedragsregels niet onderdeel uitmaken van de rechtsverhouding tussen haarzelf en Scholten [advocaat] is juist. Blue-Comm miskent echter kennelijk dat deze regels wèl de verhouding tussen Scholten en haar opvolgende advocaat beheersen en om die reden ook gevolgen voor haar kunnen hebben. In het onderhavige geval is daarvan sprake en niet van een rechtstreekse gebondenheid van

partijen - noch van de rechter - aan deze gedragsregels" (hof Amsterdam 7 mei 1998, *NJ* 2000, 695).

In enkele uitspraken lijkt het op het eerste gezicht dat de overtreding van de gedragsregels door de rechter wordt gehonoreerd. Dit geldt zeker voor een vonnis in een kort geding waarbij de vordering werd afgewezen, omdat anders de procureur in strijd zou komen met de grondbeginselen van de - toen nog - Ereregelen (pres. Rb. 's-Gravenhage 13 april 1964, *NJ* 1964, 189). Minder expliciet was de president van de rechtbank te Amsterdam. Weliswaar baseerde hij zijn oordeel *mede* op de Ereregelen, maar hij overwoog verder, dat eiser hetzelfde had kunnen bereiken als hij zich had gedragen "overeenkomstig hetgeen hier te lande als juist en gebruikelijk in de gegeven omstandigheden is aanvaard" (pres. Rb. Amsterdam 5 maart 1974, *NJ* 1974, 403). In een andere kortgedingprocedure werd een advocaat veroordeeld om zich te onthouden om juridische bijstand te geven in een geding waarbij een voormalige opdrachtgever tevens echtgenote van zijn huidige opdrachtgever was betrokken. De president nam uitdrukkelijk de betreffende gedragsregels als uitgangspunt. Hij vond dat de advocaat op grond hiervan in strijd had gehandeld met de zorgvuldigheid en om die reden onrechtmatig. In hoger beroep werd het vonnis van de president bekrachtigd. Het hof overwoog onder meer: "Op grond van het bepaalde in art. 7:401 BW dient de advocaat, bij de uitvoering van diens werkzaamheden, ten opzichte van de cliënt de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Dat sluit in dat de rechtsverhouding tussen de advocaat en de cliënt, zulks in het licht van redelijkheid en billijkheid die in bedoelde rechtsverhouding in acht genomen moeten worden, onder omstandigheden mede bepaald kan worden door de inhoud van meergenoemde gedragsregels. Met name zal dat het geval zijn indien het gaat om zodanige gedragsregels die niet alleen strekken tot het dienen van het belang van een goede beroepsuitoefening, doch die tevens ten doel hebben inhoud te geven aan hetgeen de cliënt in zijn

rechtsverhouding tot de advocaat van laatstgenoemde mag verwachten" (pres. Rb. Groningen 24 december 1996, *Prg.* 1997, 4700; hof Leeuwarden 25 februari 1998, *Advocatenblad* 1998, 781).

In België werd door het Hof van Cassatie (Cass., 19 mei 1988, *R.W.*, 1989-1989, 645)²²² als hoogste tuchtrechter uitgemaakt dat gedragsregels die niet wettelijk zijn vastgesteld, de vrije beroepsbeoefenaars eveneens binden. De gevolgen van deze tuchtrechtelijke uitspraak voor het civiele recht is echter onduidelijk.

Standpuntbepaling

65 Literatuur en jurisprudentie in Nederland zijn eensluidend over het feit dat de gedragsregels die van verenigingswege zijn opgesteld én de ongeschreven regels, de beroepsbeoefenaar en derden niet zonder meer binden. Beroepsregels worden daarbij niet genoemd, maar het is gezien het karakter daarvan evident dat deze regels alleen binnen de vereniging en haar leden gelden. Gedragsregels hebben echter een ruimere werking en kunnen derden wel raken. De gedragsregels zijn door de beroepsbeoefenaars opgesteld om als leidraad bij de praktijkuitoefening te dienen. De regels zijn voor dat doel bestemd en echter niet zonder meer²²³ bedoeld om deel uit te doen maken van de overeenkomst met de

²²² Stevens 1990, 573.

²²³ Er is niets op tegen om de inhoud van de gedragsregels met de opdrachtgever overeen te komen.

opdrachtgever, ook niet door middel van de aanvullende werking.²²⁴ Hoogstens zou de inhoud van de gedragsregels kunnen samenvallen met het gewoonterecht of de eisen van redelijkheid en billijkheid.²²⁵ Dit zal niet snel het geval te zijn, omdat de gedragsregels vrijwel uitsluitend betrekking hebben op de uitvoering van werkzaamheden. De beroeps- en gedragsregels maken dan ook in het algemeen geen deel uit van de overeenkomst.

Volgens de Belgische literatuur zou bij de advocatuur en de andere vrije beroepsbeoefenaren veelal sprake zijn van gewoonterecht, maar of en in welke mate dit gewoonterecht samenvalt met de inhoud van de gedragsregels wordt niet behandeld. Het is niet uit te sluiten dat sommige gedragsregels of aspecten daarvan kunnen samenvallen met het gewoonterecht²²⁶, maar de gedragsregels principieel als gewoonterecht te zien is onjuist. Toch lijkt het erop dat in België, eerder dan in Nederland,

²²⁴ Er zijn nog enkele argumenten die tegen aanvulling van de inhoud van de overeenkomst pleiten. Aanvullende werking vindt slechts plaats indien de afspraak tussen partijen onvolledig is of een leemte vertoont (zie Parl. Gesch. boek 6, 67; Asser-Hartkamp 2001, 287 (nr. 290) en 294 (nr. 297)). Dit houdt in, ervan uitgaande dat de gedragsregels rechtstreeks deel uit zouden maken van de overeenkomst, dat ze door partijen opzij gezet kunnen worden. Partijen kunnen immers andere afspraken maken. Dit lijkt mij zeker niet de bedoeling van de gedragsregels te zijn. Voorts wordt in de literatuur de aanvullende werking soms onder de normatieve uitleg van de overeenkomst begrepen, zodat bij die visie geen plaats is voor de aanvullende werking van beroeps- en gedragsregels (Van Dunné 1993 (deel 1), 144-145; anders Asser-Hartkamp 2001, 276-277 (nr. 281); De Bondt 1997, 1012-1013).

²²⁵ Te denken valt aan het calculatieschema, een aanbeveling van de Nederlandse orde van advocaten om dit toe te passen bij het opstellen van de declaraties, een soort gedragsregel dus. Weliswaar is de verplichting tot betaling van de declaratie een verbintenis en maakt dan ook deel uit van de overeenkomst, de invulling van het bedrag, tenzij door partijen overeengekomen, heeft te maken met de eisen van redelijkheid en billijkheid die betracht moet worden bij de bepaling hiervan (vgl. Rb. Zutphen 8 februari 1991, *NJ* 1991, 655; Von Schmidt auf Altenstadt 1993, 637). Het calculatieschema werd met ingang van 1 januari 1997 afgeschaft (De Waard 1995, 833; Collegevergadering 1995, 853-854).

²²⁶ Stevens 1990, 52. Gewoonterecht is vergelijkbaar met het Nederlandse gewoonterecht, in tegenstelling tot Nederland is cassatie echter niet mogelijk (zie Storme 1990, 109-110 en 115).

naar het gewoonterecht als billijke oplossing wordt gegrepen.²²⁷ Veel maakt dit in de praktijk niet uit, omdat eenzelfde billijk resultaat wordt beoogd, gestoeld op de maatschappelijk opvattingen zoals die in België leven, ongeacht waarop het resultaat formeel is gebaseerd. Hoe dit ook zij, het merendeel van de gedragsregels (voor advocaten) heeft echter ook in België betrekking op de uitvoering van de werkzaamheden. In het algemeen zal er geen sprake van zijn dat beroeps- en gedragsregels deel uit maken van de overeenkomst met de opdrachtgever.

De conclusie voor Nederland dat de beroeps- en gedragsregels geen deel uit maken van de overeenkomst met de opdrachtgever, betekent niet dat deze regels geen invloed op die overeenkomst hebben. De (relevante) regels hebben immers te maken met de uitvoering van de werkzaamheden door de beroepsbeoefenaar en geven *inhoud aan de zorgplicht* die de beroepsbeoefenaar daarbij in acht dient te nemen. Dit geldt evenzeer voor de wettelijke gedragsregels, die immers - zoals hierboven bleek - ook geen deel uit maken van de overeenkomst, de ongeschreven gedragsregels en de uitspraken van de tuchtrechter. Die uitspraken geven uitleg en aanvulling aan of correctie van de bestaande gedragsregels. Bovenstaand standpunt over het karakter van de gedragsregels valt eveneens af te leiden uit de uitspraken van de Hoge Raad, het arrest van het hof Leeuwarden en uit een deel van de aangehaalde literatuur (HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 121; hof Leeuwarden 25 februari 1998, *Advocatenblad* 1998, 781; vgl. HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378).²²⁸

De zorgplicht is een uitwerking van de eisen van redelijkheid en

²²⁷ Wellicht komt dat, omdat in België de overeenkomst meer als de partijen tot 'wet' strekkende afspraak wordt gezien en met name de goede trouw (nog) een beperkte toepassing vindt.

²²⁸ Boekman 1983, 5; Boekman 1993, 39-40; Pitlo-Croes 1995, 226 en 274. Vgl. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, 49-55; Boekman 1998, 53-54; Onrechtmatige daad Oud (Michiels van Kessenich-Hoogendam) VIII, 4c (nr. 17).

billijkheid²²⁹ die de beroepsbeoefenaar bij de uitvoering van de werkzaamheden in acht dient te nemen. Deze valt samen met de maatstaf die in de onrechtmatige daad-jurisprudentie als zorgvuldigheidsnorm voor de vrije beroepsbeoefenaren wordt gehanteerd: de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot (art. 6:162 BW; HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26)²³⁰. De wetgever noemt die zorgplicht expliciet in art. 7:401 BW en werkt deze - niet limitatief - in art. 7:402-404 BW verder uit. De bepalingen hebben betrekking op de informatie-, reken- en verantwoordingsplicht.²³¹ Naast de zorgplicht bevatten deze bepalingen verplichtingen die, als partijen verder niets hebben geregeld, deel uit kunnen maken van de incasso-overeenkomst.

In België hebben de (relevante) beroeps- en gedragsregels, ook de wettelijk vastgestelde regels, eveneens hoofdzakelijk betrekking op de uitvoering van de werkzaamheden. De inhoud van die regels zullen dan ook in het algemeen als gedragsnorm gezien moeten worden. Het is dan ook logisch de gedragsregels te beschouwen als belangrijke leidraad

²²⁹ Brunner 1974, 786; Schoordijk 1973, 44; Wessels 1994a, 12; Wessels 1994b, 582; vgl. Van de Grinten 1993, 15. De laatste auteur vindt dat de zorgplicht van art 7:401 BW niets nieuws toevoegt aan de eisen van redelijkheid en billijkheid van art 6:248 BW. Naar mijn mening is de redelijkheid en billijkheid ruimer en sluit de zorgplicht in. Zonder expliciete vermelding van de zorgplicht zou de opdrachtnemer eenzelfde zorgplicht in acht moeten nemen. Toch is de aparte vermelding voor de overzichtelijkheid van belang en bovendien kan bij de zorgplicht aansluiting worden gezocht bij de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, in casu beide beperkt tot een redelijk bekwaam en redelijke handelend vakgenoot. Er zijn in de literatuur twee stromingen, enerzijds die de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW beperkter ziet dan de redelijkheid en billijkheid die bij de overeenkomsten in acht moet worden genomen, anderzijds die van dit principiële onderscheid niet wil weten (Asser-Hartkamp 2001, 304 (nr. 305); Bloembergen e.a. 1998, 319-320 (nr. 281)). De meningen zijn m.i. minder verdeeld dan op het eerste gezicht lijkt. Wordt bij overeenkomsten de redelijkheid en billijkheid 'ontdaan' van de contractuele aspecten, zoals bijv. aanvulling van de (inhoud van de) overeenkomst, dan blijft 'slechts' een zorgplicht voor de uitvoering, i.c. de werkzaamheden, over. Het valt niet in te zien waarom vrije beroepsbeoefenaren zich in het contractuele verkeer redelijker en billijker zouden moeten gedragen dan wanneer die band er niet zou zijn (art. 6:2 BW). Dit neemt overigens niet weg dat door het verschil in karakter tussen de overeenkomst en onrechtmatige daad en omstandigheden tot andere uitkomsten kunnen leiden.

²³⁰ Wessels 1994a, 12-13; Wessels 1996, 36.

²³¹ Parl. Gesch. boek 7, 323; Van Neer-van de Broek 1993, 310-311; Wessels 1994a, 12.

voor de invulling van de goede trouw die bij de uitvoering van de overeenkomst in acht genomen dient te worden (art. 1134 lid 3 Belg. B.W.), althans - meer toegespitst op incasso - als maatstaf voor de zorgplicht van de lasthebber/incassant (art. 1991 al. 1 en art. 1992 al. 1 Belg. B.W.).²³² Deze zorgplicht zal samenvallen met het in het aansprakelijkheidsrecht gehanteerde criterium van een normaal zorgvuldig en bedachtzaam handelend beroepsbeoefenaar (zie Antwerpen 14 september 1994, *R. W.* 1995-1996, 1313).²³³

²³²Zie ook. Paulus en Boes 1978, 90-91 (nr.137-138); Vanhalewyn 1991, 54; § 3.2.6.

²³³De Boeck 2000, 380 (nr. 870).

3.5 Tot besluit van dit hoofdstuk

66 In dit hoofdstuk stond de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en incassant centraal. Die rechtsverhouding is een overeenkomst waarbij verschillende verbintenissen worden aangegaan. De voornaamste zijn de verbintenis om de werkzaamheden te verrichten en die tot het betalen van loon. De eerste verbintenis is bij incasso meestal een inspanningsverbintenis. Er zijn echter ook resultaatsverplichtingen, waarbij de incassant in moet staan voor een bepaald resultaat. Bij een overeenkomst hebben partijen in principe contractsvrijheid. Er zijn echter beperkingen. Zo mag de overeenkomst niet in strijd komen met de wet, de goede zeden of de openbare orde. Bij de incasso-overeenkomst worden in Nederland vaak algemene voorwaarden toegepast. In België is dit voor advocaten en gerechtsdeurwaarders niet het geval. Ze worden als niet passend beschouwd. Ten hoogste kunnen advocaten de aansprakelijkheid beperken tot het bedrag waarvoor zij verzekerd moeten zijn tegen beroepsaansprakelijkheid. In beide landen zijn er wettelijke bepalingen die consumenten tegen onredelijke voorwaarden moeten beschermen. Deze zijn voor incasso van weinig belang, omdat opdrachtgevers meestal geen consumenten zijn. De overeenkomst wordt verder aangevuld door de wet, door gewoonte alsmede redelijkheid en billijkheid. De uitvoering van de overeenkomst wordt gereguleerd door de redelijkheid en billijkheid, in België goeder trouw genoemd.

Bij de kwalificatie van de incasso-overeenkomst bleek dat die nauwelijks met zekerheid in de literatuur is te bepalen. In Nederland wordt er in ieder geval vanuit gegaan dat de overeenkomst met een advocaat of gerechtsdeurwaarder een overeenkomst van opdracht is. Of er sprake is van lastgeving is niet duidelijk. Een overeenkomst met een incassobureau zou dat wel zijn, maar met een advocaat niet. In België zijn de kwalificatieproblemen nog groter, omdat er geen aparte overeenkomst voor dienstverlening is. Minnelijke incasso wordt als aanneming van

werk of als lastgeving aangemerkt. Bij de overeenkomsten met advocaten is sprake van een gemengde overeenkomst, waarbij bij advieswerkzaamheden aan huur van nijverheid of aanneming van werk en bij vertegenwoordiging aan lastgeving wordt gedacht. Incasso wordt daarbij niet apart genoemd. Bij de overeenkomsten met gerechtsdeurwaarders wordt algemeen uitgegaan van lastgeving. Uit de jurisprudentie kwam ook geen eenduidig beeld tevoorschijn. Alleen in België wordt de overeenkomst met de gerechtsdeurwaarder algemeen als lastgeving gezien. Over de incasso-overeenkomst werden echter geen uitspraken gevonden. In beide landen moest dan ook aan de hand van het lastgevingsbegrip en de incassowerkzaamheden onderzocht worden hoe de incasso-overeenkomst is te kwalificeren. Zowel in Nederland als in België is bij lastgeving de plicht om voor een ander rechtshandelingen te verrichten essentieel voor het bestaan daarvan. Het bleek dat de typische incassowerkzaamheden voor het grootste deel bestaan uit het verrichten van rechtshandelingen. Feitelijke werkzaamheden zijn daaraan ondergeschikt. Bij incassowerkzaamheden is dan ook meestal sprake van lastgeving of zijn er op de werkzaamheden de lastgevingsbepalingen van toepassing.

De beroeps- en gedragsregels zijn van belang voor met name advocaten en gerechtsdeurwaarders. Beroepsregels hebben betrekking op regels over opleiding, benoeming, ordes, tuchtrecht enzovoorts. De invloed van deze regels op de incasso-overeenkomst is dan ook minimaal. Dit is anders met de gedragsregels. Deze hebben betrekking op de zorgvuldige beroepsuitoefening waarbij de verhouding met andere beroepsbeoefenaren, de opdrachtgever en derden zijn begrepen. De vraag die behandeld moest worden, was hoe die invloed juridisch te kwalificeren is. Aan de hand van de wijze waarop de gedragsregels zijn voorgeschreven (wettelijk en van verenigingswege of ongeschreven regels) werden de literatuur en jurisprudentie onderzocht. De literatuur is soms van mening dat de regels door middel van de aanvullende wer-

king bindend zijn. Soms wordt de invloed via het gewoonterecht of de zorgplicht die de beroepsbeoefenaar in acht dient te nemen, geconstrueerd. Hierover is weinig jurisprudentie. In Nederland werden de gedragsregels af en toe zijdelings genoemd. In een uitspraak uit 1964 werd een vordering van een advocaat afgewezen omdat deze in strijd met de gedragsregels had gehandeld. Meestal worden de gedragsregels in tuchtrechtelijke zin beschouwd. In een uitspraak van het hof te Leeuwarden werd overwogen dat de zorgvuldigheid die een beroepsbeoefenaar in acht dient te nemen, mede wordt bepaald door de inhoud van een gedragsregel. In België vond een rechter dat een gedragsregel bindende kracht had. In andere uitspraken worden ze nauwelijks genoemd.

Het uitvaardigen van verordeningen en reglementen gebeurt op grond van een gedelegeerde bevoegdheid verleend door de overheid aan de orde. Hierbij is het legaliteitsbeginsel van belang, waarbij de orde geen andere bevoegdheid heeft dan door de wet is gegeven. In beide landen blijkt uit de wet dat de gedragsregels alleen voor de betreffende beroepsbeoefenaren gelden. Ze binden derden niet rechtstreeks. Ook indirecte binding via de aanvullende werking is in strijd met dit beginsel. Gedragsregels die van verenigingswege zijn opgesteld of ongeschreven regels, zijn gegeven om als leidraad bij de praktijkuitoefening te dienen. Ze zijn niet bedoeld om deel uit maken van een overeenkomst, ook niet door middel van de aanvullende werking. Hoogstens kunnen ze samenvallen met het gewoonterecht. De meeste relevante gedragsregels hebben betrekking op de uitvoering van de overeenkomst en geven mede inhoud aan de zorgplicht die de beroepsbeoefenaar in acht dient te nemen. Dit geldt ook voor de wettelijk vastgestelde gedragsregels.

4 De zorgplicht van partijen

4.1 Inleiding

67 In dit hoofdstuk zal de overeenkomst tussen opdrachtgever en incassant verder worden uitgediept en komen de bij incasso specifieke verplichtingen aan de orde. Het merendeel daarvan valt onder de zogenaamde zorgplicht die partijen bij de uitvoering van de overeenkomst in acht moeten nemen. De meest voor de hand liggende zorgplicht ligt bij de incassant, namelijk bij het verrichten van de incassowerkzaamheden. Deze wordt in § 4.2 behandeld. Daar wordt allereerst het begrip zorgplicht nader uitgewerkt. De relevante wettelijke regels en gedragsregels zullen worden onderzocht, alsmede het verschil tussen tuchtrecht en civiel recht. Bekeken zal worden of er verschil is tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke zorgplicht. Daarna worden enkele - voor incasso relevante - specifieke aspecten van de zorgplicht behandeld. Hierbij komen onderwerpen aan de orde zoals het zelfstandig maatregelen nemen (§ 4.2.2), de beleidsvrijheid en het opvolgen van aanwijzingen (§ 4.2.3), de tussentijdse informatieplicht (§ 4.2.4), de tussentijdse afdrachtplicht (§ 4.2.5) en ten slotte de voortgang van de werkzaamheden (§ 4.2.6). Regels, literatuur, tuchtrechtspraak alsmede civiele jurisprudentie zullen worden onderzocht. Hieruit zullen voor de incassant gevolgtrekkingen worden gemaakt.

Niet alleen de incassant, maar ook de opdrachtgever heeft een zorgplicht. Hij moet met name de incassant in staat stellen om zijn werk goed te verrichten. Deze zorgplicht komt in § 4.3 aan de orde.

Een probleem bij het onderzoek is dat de tuchtrechtspraak in België nauwelijks toegankelijk is.²³⁴ Tuchtrechtspraak wordt als een interne zaak van de beroepsgroep gezien. Slechts een enkele uitspraak wordt gepubliceerd. Hierdoor valt het onderzoek voor België beperkter uit.

²³⁴ Depuydt 1993, V (Inleiding door Marcel Storme).

Aan de andere kant is er tamelijk veel civiele jurisprudentie over beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders voorhanden. Gezien het gewijzigde tuchtrecht in Nederland, zal hoofdzakelijk de jurisprudentie van na 1985 aan de orde komen.²³⁵

²³⁵ Met ingang van 1 februari 1986 werd het advocatentuchtrecht in Nederland ingrijpend veranderd. Niet alleen procedures werden gewijzigd, ook kwam het accent meer te liggen op een goede beroepsuitoefening in plaats van de eer en stand van advocaten. Het huidige wettelijke tuchtrecht voor gerechtsdeurwaarders is met ingang van 15 juli 2001 ingevoerd (art. 30-49 Gerechtsdeurwaarderswet). Vanaf 14 juni 1985 tot die tijd werd het tuchtrecht voor de leden geregeld door de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG). Deze tuchtrechtspraak zal worden aangehaald.

4.2 De zorgplicht van de incassant

4.2.1 Zorgplicht

Regelgeving

68 In Nederland staat voor de opdrachtnemer de zorgplicht in de wet genoemd: art. 7:401 BW. Volgens dit artikel dient de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Het is een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid die bij de uitvoering van een overeenkomst betracht moet worden.²³⁶ In art. 7:402-404 BW wordt de zorgplicht - niet limitatief - uitgewerkt. Die artikelen hebben betrekking op de informatie-, reken- en verantwoordingsplicht. In België wordt de zorgplicht niet uitdrukkelijk in de wet genoemd, maar deze valt af te leiden uit de verplichting van de lasthebber als bedoeld in art. 1991 lid 1 en art. 1992 lid 1 Belg. B.W. In beide landen valt de zorgplicht samen met de maatstaf die in de jurisprudentie over beroepsaansprakelijkheid als zorgvuldigheidsnorm voor de beroepsbeoefenaren wordt gehanteerd.²³⁷ In Nederland wordt dit algemeen aangeduid met de zorgvuldigheid die van een *redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot* kan worden verwacht (HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26; HR 26 november 1991, *NJ* 1991, 455). In België wordt de maatstaf niet altijd met dezelfde terminologie verwoord. Er wordt bijvoorbeeld gesproken van "een tekortkoming die een doorsnee (met een gemiddelde competentie en normaal voorzichtig) advocaat, geplaatst in

²³⁶ Schoordijk 1973, 44; Brunner 1974, 786; Wessels 1994a, 12; Wessels 1994b, 582; Bijzondere overeenkomsten (Van Neer-van den Broek) art. 401, aant. 1; vgl. Van der Grinten 1993, 15. De laatste auteur vindt de zorgplicht van art 7:401 BW niets nieuws toevoegen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid van art 6:248 BW.

²³⁷ Wessels 1994a, 12-13; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, 6; Wessels 1996, 36; anders Brunner 1995, 935 en 1996, 109. De laatste auteur noemt de zorg van een goed opdrachtnemer van art. 7:401 BW *naast* de eisen van vakbekwaamheid, die volgens hem beide onder het aansprakelijkheids criterium van een redelijk bekwaam en handelend vakgenoot vallen.

dezelfde identieke omstandigheden, niet zou hebben begaan" (Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-1994, 23; zie ook Antwerpen 2 december 1997, *R.W.* 1997-1998, 980) of van een "advocaat [die] gehandeld heeft als een normaal, zorgvuldig en bedachtzaam advocaat rekening houdende met zijn optreden in de gehele rechtspleging" (Antwerpen 14 september 1994, *R.W.* 1995-1996, 1313). Ondanks de niet gelijke terminologie in beide landen, is de maatstaf echter dezelfde.²³⁸ De gelijke maatstaf houdt niet in dat het resultaat altijd hetzelfde zal zijn, omdat de feiten anders gewaardeerd kunnen worden.

69 Gedragsregels in Nederland maken ook melding van een zorgplicht. Zo behoort volgens art. 4 van de gedragsregels voor advocaten 1992 de advocaat de hem opgedragen zaken zorgvuldig te behandelen. In art. 1 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders²³⁹ wordt aangegeven dat de gerechtsdeurwaarder zich gedraagt "zoals een goed gerechtsdeurwaarder betaamt". Leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) dienen volgens art. 2.3 van de Gedragscode "de invordering en alle daarmee samenhangende werkzaamheden met de zorgvuldigheid en nauwgezetheid van een behoorlijk ondernemer uit te voeren". Volgens art. 5 Gedragscode voor de leden van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA) dienen de leden van die vereniging de werkzaamheden met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te verrichten.

In België zijn de leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) gehouden de incassowerkzaamheden uit te voeren "met de precisie en de nauwgezetheid van een goed bedrijfsleider" (art. 3.3 Deontologische Code).

Overtreding tuchtnorm en de civielrechtelijke zorgplicht

70 Gedragsregels worden primair in samenhang met het tuchtrecht

²³⁸ Zie Van Hassel 1996, 92.

²³⁹ *Stcr* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

gezien. Zoals uit het vorig hoofdstuk bleek, kunnen deze regels alsmede de uitspraken van de tuchtrechter (mede) inhoud geven aan de civiele zorgplicht van de beroepsbeoefenaar. Die conclusie behoeft enige aanvulling. Daarbij is het van belang te benadrukken dat de doelstelling van het tuchtrecht een andere is dan die van het civiele recht. Het tuchtrecht beoogt het publiek belang van een behoorlijk niveau van beroepsuitoefening en - in Nederland in mindere mate dan in België - een bepaalde beroepsethiek te waarborgen.²⁴⁰ Het is intern gericht en heeft min of meer het karakter van spelregels voor deelnemers uit een bepaalde beroepsgroep.²⁴¹ Sancties bestaan als regel uit waarschuwing, berisping, en bij het wettelijk tuchtrecht schorsing voor een bepaalde tijd of definitieve verwijdering uit het beroep. Voor schadevergoeding is meestal geen plaats.²⁴² Het civiele aansprakelijkheidsrecht daarentegen strekt primair tot het opheffen van de geleden schade van de benadeelde, meer in het algemeen tot behartiging van de particuliere belangen van betrokkenen.²⁴³ Overtreding van een tuchtnorm levert dan ook niet automatisch een onrechtmatige daad of wanprestatie op (zie art. 6:163 BW; HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378; HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151; hof 's Gravenhage 11 december 1996, *NJ* 1997, 552; zie ook art. 417 Ger. W.).²⁴⁴ Er zijn echter tuchtnormen, met name degene die *mede* de individuele belangen van betrokkenen beschermen, die overeenkomen met aspecten van de civiele zorgplicht. In dat geval is overname van de tuchtnorm door de civiele rechter te verwachten (zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 121; Rb. Groningen 24 december 1996, *Prg.* 1997, 4700; zie

²⁴⁰ Hannequart en Henry 1985, 310; Lambrechts 1993, 265; Tjittes 1995, 103; Tjittes 1996, 32-33; Lemmens 1996, 58; Du Jardin 2000, 785-787.

²⁴¹ Tjittes 1995, 103; Tjittes 1996, 33.

²⁴² Op grond van art. 48b lid 1 Advocatenwet kan de raad van discipline als bijzondere voorwaarde stellen dat de advocaat de door zijn gedraging veroorzaakte schade vergoedt. De raad heeft bij mijn weten een dergelijke schadevergoeding nog nooit toegewezen (Boekman 1993, 109; Boekman 1998, 153-154).

²⁴³ Een tweede minder belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht zou zijn dat de beroepsbeoefenaren leren van de claim (Stolker 1995, 21-22; Stolker 1996, 25).

²⁴⁴ De Best 2000, 57.

ook hof Leeuwarden 14 mei 1997, *NJ* 1998, 580).²⁴⁵ Gezien het verschil in doelstelling zou de civiele rechter in het algemeen eerder onzorgvuldigheid moeten aannemen dan de tuchtrechter. De civiele rechter toetst bovendien volledig aan de zorgvuldigheidsmaatstaf, de tuchtrechter daarentegen marginaal (HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26; hof 's-Hertogenbosch 25 februari 1997, *Prg.* 1997, 4767; HvD 11 november 1991, *Advocatenblad* 1992, 329; HvD 10 februari 1992, *Advocatenblad* 1992, 467). In de praktijk - zie hierna - blijken de verschillen niet erg groot te zijn.²⁴⁶

Enkele uitspraken tuchtrecht- en civiele procedures vergeleken

71 In een enkele civiele uitspraak wordt de tuchtnorm zelfs woordelijk overgenomen (HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420 met noot Vranken; HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 134). In andere uitspraken liggen ze dicht bij elkaar. Zo mag volgens de tuchtrechter van een advocaat gevergd worden dat hij bij zijn antwoord op de gestelde vragen over mogelijke rechtsmaatregelen zich met voldoende zorg vergewist van de geldende rechtsregels. Er laten zich echter situaties indenken, aldus het hof van discipline, dat die rechtsregels zo weinig duidelijk zijn of zo moeilijk op te sporen, dat een achteraf onjuist blijkend advies de advocaat (tuchtrechtelijk) niet kan worden verweten (HvD 14 januari 1991, *Advocatenblad* 1991, 403 en 1992, 525 met noot Meijer²⁴⁷; zie ook RvD 's-Gravenhage 16 juni 1997, *Advocatenblad* 1998, 444). Ook de civiele

²⁴⁵ Tjittes 1995, 106-107; Tjittes 1996, 37; vgl. Hendriksen 1996, 127.

²⁴⁶ Overigens blijft het zo dat de civiele aansprakelijkheidsvordering moet voldoen aan de civiele criteria, zoals de regels van bewijs en causaal verband, waardoor een vordering ondanks de overtreding van de zorgplicht wellicht toch niet toegewezen zal worden. Ook kan de rechter op grond van dezelfde feiten tot een andere conclusie komen dan de tuchtrechter (hof 's-Gravenhage 11 december 1996, *NJ* 1997, 552).

²⁴⁷ Meijer noemt de uitspraak een voorbeeld van volledige (ook materiële) toetsing. Ik ben het niet met hem eens. In het onderhavig geval had de advocaat over het hoofd gezien dat een gestolen boot volgens art. 2014 lid 2 BW (oud) kon worden gerevindiceerd. De advocaat had hiervan op de hoogte moeten zijn. Er is m.i. geen sprake van een onjuiste visie maar van een kennelijk onjuist optreden waardoor de cliënt schade lijdt.

rechter huldigt een dergelijk standpunt. In een procedure tegen een gerechtsdeurwaarder die als gemachtigde voor de kantonrechter was opgetreden, bleek achteraf dat hij tijdens de procedure een onjuist advies aan zijn opdrachtgever had gegeven. De rechtbank oordeelde dat sprake was van wanprestatie als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot dit advies niet zou hebben gegeven. Opvallend was dat ook de advocaat van de tegenpartij en de kantonrechter in zijn tussenvonnissen van dezelfde veronderstelling uitgingen als het advies van de gerechtsdeurwaarder luidde. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de opdrachtgever (HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455; Benjaddi/Neve; vgl. HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 47 met noot Heemskerk).

In België is door de afwezigheid van tuchtrechtspraak in toegankelijke publicaties geen vergelijking tussen het civiele - en het tuchtrecht mogelijk. De civiele rechtspraak komt echter overeen met die van Nederland. Zo kwam in een procedure in hoger beroep de aansprakelijkheid van twee advocaten aan de orde die beiden verzuimd hadden opnieuw onroerend goed beslag te laten leggen. De situatie was volgens het hof dermate ingewikkeld dat er geen beroepsfout was gemaakt nu een "gemiddeld vooruitziend en zorgvuldig advocaat" zich hetzelfde in een dergelijke situatie zou hebben gedragen (Antwerpen 17 maart 1997, 1994/AR/972, *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen*, 1996-1997, 18)

Tuchtnorm in Nederland voor andere incassanten

72 Uitspraken van de tuchtrechter en gedragsregels kunnen zelfs (mede) inhoud geven aan de civiele zorgplicht van *andere* incassanten. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad (8 november 1991, *NJ* 1992, 134; zie ook Ktg. Leeuwarden 3 maart 1988, *Prg.* 1989, 3000), waarbij een gerechtsdeurwaarder zijn opdrachtgever tijdens het incasso op de mogelijkheid van kosteloze

rechtsbijstand had moeten (blijven) wijzen. Deze maatstaf was ten tijde van de uitspraak niet als gedragsregel voor gerechtsdeurwaarders opgenomen, maar wel als gedragsregel voor advocaten (art. 24 gedragsregels voor advocaten 1992; HvD 12 november 1984, *Advocatenblad* 1985, 182; HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 121;²⁴⁸ vgl HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 457²⁴⁹). Na 21 mei 1996 is daarin voor de gerechtsdeurwaarders verandering gekomen (art. 13 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders).²⁵⁰ Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak is het vonnis van de kantonrechter te Alphen a/d Rijn (14 januari 1997, *Prg.* 1997, 4709), waarbij dezelfde maatstaf aan de orde was. De rechter paste deze toe op iemand die zich voor advocaat uitgaf.

Zorgplicht voor alle incassanten gelijk?

73 De vraag die naar aanleiding van het bovenstaande opkomt, is of de civiele zorgplicht van advocaten en gerechtsdeurwaarders niet altijd zwaarder moet tellen dan die van de overige incassanten. In het algemeen geldt immers dat hoe deskundiger een beroepsbeoefenaar is, des te meer eisen aan de kwaliteit van zijn verrichtingen gesteld kunnen worden.²⁵¹ Voor de incassanten in Nederland is deze stelling in zijn algemeenheid echter niet juist. Enerzijds omdat de specifieke deskundigheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders niet op het terrein van incasso ligt; in de opleiding van deze beroepsbeoefenaren wordt hieraan ook nauwelijks aandacht besteed. Anderzijds, omdat bij advocaten en gerechtsdeurwaarders incasso van de overige werkzaamheden onder-

²⁴⁸ Vgl. art. 13 Gedragscode Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA).

²⁴⁹ Volgens de Hoge Raad gaat die maatstaf niet zover dat indien achteraf blijkt dat de cliënt voor kosteloze rechtsbijstand in aanmerking zou zijn gekomen, het risico in beginsel bij de advocaat ligt.

²⁵⁰ Voorheen art. 16 gedragsregels van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) (zie noot 8).

²⁵¹ Asser-Kortmann 1994, 45 (nr. 60); Pitlo-Croes (1995), 226; zie ook De Boeck 2000, 362 (nr. 829).

scheiden kan worden en de overheid toestaat dat iedereen zich professioneel met incasso kan bezig houden. Het ligt dan ook in de rede dat diegenen die dezelfde incassodiensten aanbieden, in hun verrichtingen aan dezelfde kwaliteit moeten voldoen en derhalve dezelfde zorgplicht hebben. De praktijk is echter anders. Advocaten en gerechtsdeurwaarders houden zich vooral bezig met gerechtelijke incasso en de meeste overige incassanten met minnelijke incasso. Bovendien worden bij advocaten en gerechtsdeurwaarders incassowerkzaamheden tezamen met andere werkzaamheden verricht en zijn de tuchtnormen ook op de incassowerkzaamheden van toepassing. Hierdoor kan de zorgplicht zwaarder uitvallen. Desondanks zijn er aspecten van de zorgplicht die min of meer voor alle incassanten gelijk lijken te zijn: te denken valt aan de informatieverstrekking en de financiële afwikkeling met de opdrachtgever.

In België is het bovenstaande voor minnelijke incasso eveneens het geval. Bij gerechtelijke incasso is de situatie enigszins anders. De incassowerkzaamheden worden bij advocaten en gerechtsdeurwaarders niet van de andere werkzaamheden onderscheiden en andere incassanten mogen zich niet met dat soort incasso bezig houden.²⁵² Hierdoor is het verschil in kwaliteit van de verrichtingen afhankelijk van de andere werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders en kan er geen vergelijking tussen de verschillende beroepsgroepen worden gemaakt.

4.2.2 Zelfstandig maatregelen nemen

Inleiding

74 De incassant verricht zijn werk zelfstandig. Hij wikkelt een opdracht tot incasso vaak af zonder enige bemoeiing van zijn opdracht-

²⁵² Het zou kunnen voorkomen dat een andere incassant gedurende een gerechtelijke procedure de incassozaak blijft behouden. Gezien de wet en de gedragsregels van advocaten zou in een dergelijk geval de behandeling van de procedure in ieder geval bij de advocaat komen te liggen (zie hoofdstuk 2.3.3).

gever. Het ligt dan ook in de rede dat de incassant zijn werk niet louter kan beperken tot opdrachten of aanwijzingen die hij van de opdrachtgever krijgt. Hij zal zelf initiatieven moeten ontplooiën en zelfstandig maatregelen moeten nemen. De vraag is wat er van hem verlangd kan worden.

Regelgeving, literatuur en jurisprudentie

75 Er zijn in beide landen geen wettelijke regels of gedragsregels over het zelfstandig maatregelen moeten nemen. In de literatuur wordt dit wel aangenomen,²⁵³ hetgeen ook uit de jurisprudentie blijkt. Zo heeft de Hoge Raad (HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420 met noot Vranken) in een civiele procedure uitgemaakt dat de verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen, in beginsel met zich meebrengt dat hij zich niet alleen beperkt tot de verrichtingen waar de opdrachtgever uitdrukkelijk om vraagt, maar dat hij ook zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt. De Hoge Raad haalde daarbij woordelijk een uitspraak aan van het hof van discipline (HvD 17 september 1984, *Advocatenblad* 1985, 248; zie ook HvD 4 februari 1991, *Advocatenblad* 1992, 527 met noot Meijer). In België is de rechtspraak minder nadrukkelijk. Als keerzijde van de leiding in de procedure door de advocaat - vaak aangeduid dat de advocaat de *dominus litis* is - wordt de *plicht* aangenomen om de middelen te kiezen die hem nuttig en geoorloofd voorkomen (zie Rb. Brussel 6 februari 1991, *T.B.B.R.* 1992, 265).

²⁵³ Dalcq 1983, 263; Wessels 1994a, 15; vgl. Paulus en Boes 1978, 76 (nr. 115); Stevens (1990), 254 (nr. 464); Asser-Kortmann 1994, 46-47 (nr. 61); Pitlo-Croes 1995, 227; Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3,5 en 6), 324.

Enkele voorbeelden uit de civiele - en tuchtrechtspraak in Nederland

76 In de tuchtrechtspraak voor advocaten in Nederland zijn diverse voorbeelden te vinden van het zelfstandig nemen van maatregelen. Zo kan een advocaat die een actie instelt of verweer voert, niet volstaan met het klakkeloos overnemen van stellingen van zijn opdrachtgever. Hij zal de nodige selectie en ordening moeten aanbrengen en met een duidelijk en verantwoord juridisch verhaal moeten komen (HvD 24 april 1995, *Advocatenblad* 1996, 130). Hij dient zich ook ervan te vergewissen dat de feitelijke stelling van de opdrachtgever een zeker realiteitsgehalte heeft (HvD 11 maart 1996, *Advocatenblad* 1997, 172; zie ook RvD Arnhem 5 oktober 1987, *Advocatenblad* 1988, 309; RvD Arnhem 15 april 1996, *Advocatenblad* 1997, 408). Een advocaat mag daarbij niet zover gaan dat hij stellingen aanvoert waarvan hij weet of kan weten dat die onjuist zijn (HvD 16 februari 1987, *Advocatenblad* 1988, 405; zie ook RvD Arnhem 22 maart 1999, *Advocatenblad* 2000, 92). De advocaat dient de achterliggende oorzaken van het geschil te onderzoeken. Zo had een advocaat voor zijn opdrachtgever een vordering tot doorbetaling van salaris ingesteld. De werkgever voerde het verweer dat de opdrachtgever werk zou hebben geweigerd. Deze was echter wegens een geschil met de groepsleider overgeplaatst naar een ander kantoor waar de uren niet overeenkwamen met zijn gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De advocaat had de ongeschiktheid moeten uiteenzetten (RvD Amsterdam 17 november 1997, *Advocatenblad* 1999, 346).

Een andere verplichting die uit de rechtspraak naar voren komt, is dat de advocaat zijn opdrachtgever bepaalde, nagenoeg niet verdedigbare acties, in casu een hoger beroep, met klem moet afraden.²⁵⁴ Ook moet een advocaat zijn opdrachtgever wijzen op het risico van verjaring van de

²⁵⁴ HvD 11 maart 1991, *Advocatenblad* 1991, 642; zie ook RvD 's-Gravenhage 15 januari 1995, *Advocatenblad* 1996, 1044; Rb Breda 2 november 1999, *Prg.* 2000, 5408; HR 23 april 1999, *NJ* 2000, 288; HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 614.

schuldvordering (hof 's-Hertogenbosch, *N.J.* 1996, 310; HvD 6 november 1995, *Advocatenblad* 1996, 769; Rb. Maastricht 13 april 2000, *NJ* 2000, 681; vgl. RvD 's-Hertogenbosch 18 december 1995, *Advocatenblad* 1996, 992), de verjaring stuiten (Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2000, *NJ* 2001, 20) of moet hij indien nodig spoedmaatregelen nemen (zie ook hof Amsterdam 14 maart 1996 *NJ* 1997, 263)²⁵⁵. In een civiele procedure die uiteindelijk voor de Hoge Raad kwam, werden vier elkaar opvolgende advocaten veroordeeld, omdat zij verzuimd hadden de wettelijke rente aan te zeggen (HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508).²⁵⁶ In een andere procedure had een advocaat aan een aspirant-koper van een stuk grond gefaxt dat de eigenaar daarvan een Antilliaanse vennootschap was waarvan zijn cliënt de aandelen had. Dit bleek later niet zo te zijn. De advocaat beriep zich erop dat hij de fax als 'doorgeefluik' had verzonden. De rechter was het daar niet mee eens (hof Amsterdam 6 juni 1996, *NJ* 1998, 653).

Minder zwaarwegend voor oplegging van een tuchtmaatregel was het geval waarbij een alimentatiebeschikking, waarschijnlijk op de laatste dag om in hoger beroep te gaan en tijdens de vakantie van de advocaat, in zijn postvakje bij de rechtbank terecht was gekomen. Toen de advocaat de beschikking onder ogen kreeg, was de termijn om in beroep te gaan verstreken. De tuchtrechter vond dat de advocaat maatregelen had moeten nemen om dit te voorkomen (HvD 17 juni 1991, *Advocatenblad* 1992, 128 met noot Stein).

Enkele voorbeelden uit de civiele rechtspraak in België

77 In de civiele rechtspraak in België zijn eveneens voorbeelden van

²⁵⁵ In deze procedure was dat niet het geval. Van een advocaat die niet deskundig is op een bepaald terrein (i.c. Spaans aansprakelijkheidsrecht) kan in het algemeen niet worden verwacht dat hij de zaak in behandeling neemt. Wel heeft hij volgens het hof verwijzingsplicht en als omstandigheden dat noodzaken de plicht tot het nemen van spoedmaatregelen.

²⁵⁶ Zie ook Gersjes 1998, 25-29.

het zelfstandig maatregelen moeten nemen te vinden. Een advocaat kan bijvoorbeeld niet volstaan met een afwachtende houding, ook al blijft zijn opdrachtgever ingebreke om bepaalde stukken op te sturen. Zo zond een opdrachtgever een exploot van betekening naar het verkeerde adres, waardoor zijn advocaat niet tijdig maatregelen kon nemen. In de procedure die door de opdrachtgever tegen de advocaat werd aangespannen, werd de advocaat desondanks door de rechtbank veroordeeld. Hij had immers al eerder brieven van de opdrachtgever gericht aan dat adres ontvangen en had hem op die fout moeten wijzen (Rb. Brussel 19 december 1988, AR 12.502, Depuydt 1993, 42). In een andere procedure zond de opdrachtgever het exploot van betekening naar zijn vakbond. De rechtbank vond dat de advocaat zijn cliënt maar goed had moeten instrueren (Rb. Tournai 17 december 1990, AR 24.181, Depuydt 1993, 42-43). In weer een andere procedure werd in eerste aanleg de opdrachtgever, een verzekeringsmaatschappij, verweten dat deze nog enkele technische gegevens niet had verstrekt waardoor de advocaat de beroepsprocedure niet had kunnen aanvangen. In hoger beroep liep het voor de advocaat slechter af. Volgens het hof had hij voldoende gegevens om het beroep in te stellen, had hij een uitdrukkelijk toezegging gedaan en had hij minstens zijn opdrachtgever moeten verwittigen dat hij die toezegging niet kon nakomen. Hij werd dan ook aansprakelijk gesteld voor de schade (Rb. Brussel 25 juni 1984, AR 123.083 en Brussel 9 oktober 1986, AR 2501/84, Depuydt 1993, 43-44).

Eén van de maatregelen die een advocaat ook zelfstandig dient te nemen is het bewaken van verval- en verjaringstermijnen (zie Rb. Dendermonde 27 januari 1982, *R.W.* 1985-1986, 2847; Rb. Liège 23 maart 1990, *R.G.A.R.* 1992, 12064; vgl. Liège 28 januari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1280).²⁵⁷ In een procedure tegen een verzekeringsmaatschappij waren

²⁵⁷ Dit ligt anders voor een gerechtsdeurwaarder die louter ambtelijk optreedt. Deze behoeft in het algemeen geen rekening te houden met verjaring (Brussel 28 november 1996, rolno. 96AR1757, <http://www.cass.be/cgi_juris/jurn.pl>, inzage 25 juli 2001).

achtereenvolgens twee advocaten betrokken. Beiden hadden volgens het hof rekening moeten houden met de contractuele vervaltermijn in de verzekeringspolis (Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-1994, 23). Alert dient een advocaat ook te zijn als hij een gerechtsdeurwaarder opdracht geeft om een exploit te betekenen. De advocaat zal de verval- of verjaringstermijn moet aangeven en in de gaten moeten houden of de betekening tijdig gebeurt (zie Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; Rb. Tournai 17 december 1990, AR 24.181, Depuydt 1993, 42-43).

Een ander voorbeeld uit de rechtspraak is de opvatting dat een gerechtsdeurwaarder acht moet slaan op betalingsbewijzen waarmee de schuldenaar komt (Besl. Brussel 9 juni 1986, *L'Huissier de Justice-De Gerechtsdeurwaarder* 1987, no. 87/4.3024, 114). Hij kan niet volstaan met af te wachten tot hij de betaling van zijn opdrachtgever door krijgt.

Gevolgtrekkingen

78 De zorgplicht van de advocaat en gerechtsdeurwaarder houdt onder meer in dat hij zijn werkzaamheden niet beperkt tot hetgeen waarvoor de opdracht strekt. Hij moet (steeds) zelfstandig beoordelen wat voor de zaak van nut kan zijn. Daarover is de rechtspraak duidelijk. Logischerwijze geldt dit ook voor incassowerkzaamheden (zie ook nr. 73). Hierboven zijn bij de civiele- en tuchtrechtspraak al enkele voorbeelden aan de orde gekomen die ook voor incasso gelden. Daarnaast zijn er enkele typisch voor incasso geldende voorbeelden. Zo zal de incassant bij de aanvang van het incasso na moeten gaan of de vordering op het oog juist is, er voldoende gegevens voorhanden zijn en (het adres van) de schuldenaar en schuldeiser (zie Rb. Arnhem 24 december 1998, *Prg.* 1999, 5221) juist is. Hij zal ook de contractuele of wettelijke rente moeten meevorderen. Hetzelfde geldt in Nederland voor de incassokosten en in België voor de forfaitaire schadevergoeding. Blijkt er tijdens het verloop van de incassoprocedure dat het nemen van (rechts-)maatregelen

len direct noodzakelijk is, omdat anders de verhaalbaarheid moeilijk of zelfs onmogelijk wordt, dan moet de incassant met zijn opdrachtgever overleggen dan wel die maatregelen nemen. Een en ander is sterk afhankelijk van de situatie en de inhoud van de incasso-overeenkomst. Bij sommige vormen van minnelijke incasso, zoals een *profit letter*, zal minder van de incassant gevergd kunnen worden dan bij gerechtelijke incasso. Bovendien hebben partijen steeds de mogelijkheid andersluidende afspraken te maken.

4.2.3 Beleidsvrijheid en het opvolgen van aanwijzingen

Inleiding

79 Bij het verrichten van de werkzaamheden heeft een opdrachtnemer een zekere mate van vrijheid, de zogenaamde beleidsvrijheid. Die vrijheid is niet onbeperkt. Zo zal de opdrachtnemer voor sommige acties zijn opdrachtgever moeten informeren, dan wel hem instructies moeten vragen. Bovendien moet de opdrachtgever ongevraagd nadere aanwijzingen kunnen geven, omdat de werkzaamheden door de opdrachtnemer *ten behoeve* van de opdrachtgever worden verricht. Bij sommige (vrije) beroepsbeoefenaren zal echter de ruimte om nadere aanwijzingen te geven, beperkt zijn. Het is de vraag hoever de beleidsvrijheid en het opvolgen van aanwijzingen bij de incasso-overeenkomst strekt.

Regelgeving

80 Er zijn in beide landen geen wettelijke regels over beleidsvrijheid. In de literatuur wordt beleidsvrijheid wel voor (vrije) beroepsbeoefenaren aangenomen.²⁵⁸ Over het opvolgen van aanwijzingen wordt in

²⁵⁸ Paulus en Boes (1978), 76 (nr. 115); Stevens (1990), 254 (nr. 464); Wessels 1994a, 19; Asser-Kortmann 1994, 46-47 (nr. 61); Pitlo-Croes (1995), 227; zie ook Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 324.

Nederland in art. 7:402 lid 1 BW vermeld dat de opdrachtnemer gehouden is gevolg te geven aan *tijdig* en *verantwoorde* aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat de aanwijzingen aan meer beperkingen onderhevig zijn.²⁵⁹ Zo mogen de aanwijzingen de overeenkomst niet wijzigen of aanvullen en moeten ze binnen het kader van de opdracht liggen. De aanwijzingsbevoegdheid van de opdrachtgever wordt eveneens beperkt door de aard van de overeenkomst of de opgedragen werkzaamheden. Met name geldt deze beperking voor (vrije) beroepsbeoefenaren, zulks vanwege de eigen beroepsethiek of zelfs het algemeen belang.²⁶⁰ Zo zou er op grond van de literatuur bij het verrichten van ambtelijke werkzaamheden door een gerechtsdeurwaarder geen of nauwelijks ruimte over zijn voor aanwijzingen.²⁶¹ Volgens art. 7:402 lid 2 BW kan de opdrachtnemer die niet bereid is de aanwijzingen op te volgen, de overeenkomst wegens gewichtige redenen opzeggen.

In België zijn er geen uitdrukkelijke wettelijke bepalingen gewijd aan het opvolgen van nadere aanwijzingen. De opdrachtgever kan evenwel eenzijdig de volmacht herroepen en de lastgeving beëindigen (art. 2003 en 2004 Belg. B.W.).

In Nederland wordt in art. 9 van de gedragsregels voor advocaten 1992 benadrukt dat de advocaat de "volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak" draagt. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de wil van zijn opdrachtgever. Iets dergelijks staat ook in art. 12 van de Gedragscode voor de leden van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA), zij het, dat daarin gesproken wordt over "de leiding ... over een hem/haar toevertrouwde zaak", een formulering die ook in de oude gedragsregels voor advocaten 1980 stond (art. 12). In de overige gedragsregels wordt over dit onderwerp niets vermeld. Er zijn geen gedragsregels die gaan over het opvolgen

²⁵⁹ Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 323-324.

²⁶⁰ Asser-Kortmann 1994, 47 (nr. 61).

²⁶¹ Teekens 1954, 207; Teekens 1973, 90-91; Jansen 1990, 32; Legel 1991, 36-37.

van nadere aanwijzingen.

Beleidsvrijheid bij de tuchtrechter in Nederland

81 In het tuchtrecht van advocaten in Nederland is het vaste rechtspraak dat een advocaat voor het - in overleg met zijn opdrachtgever - te voeren beleid een ruime vrijheid toekomt en dat van een tuchtrechtelijke maatregel eerst sprake kan zijn indien de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt en adviseert - of zoals uit latere uitspraken blijkt, onvoldoende zorg betracht - en de belangen van de opdrachtgever daardoor worden of kunnen worden geschaad.²⁶² Die beleidsvrijheid is echter wel gebonden aan de voorwaarde dat de opdrachtgever naar behoren wordt geïnformeerd (HvD 8 mei 1995, *Advocatenblad* 1996, 165).²⁶³ Hiermee kan de advocaat soms zelfs ingaan tegen de wensen van zijn opdrachtgever (HvD 14 december 1992, *Advocatenblad* 1993, 644²⁶⁴). Toch is de advocaat binnen zijn beleidsvrijheid niet geheel vrij. Als de opdrachtgever uitdrukkelijk om bepaalde acties vraagt en deze redelijk en binnen de grenzen van de wet mogelijk zijn, zal de advocaat naar de wensen van zijn opdrachtgever dienen te handelen (HvD 18 maart 1991, *Advocatenblad* 1992, 552).²⁶⁵

²⁶² HvD 11 november 1991, *Advocatenblad* 1992, 329; HvD 3 februari 1992, *Advocatenblad* 1992, 466; HvD 10 februari 1992, *Advocatenblad* 1992, 467; HvD 12 oktober 1992, *Advocatenblad* 1993, 172 (Vanaf deze uitspraak wordt gesproken over onvoldoende zorg in plaats van kennelijk onjuist optreden); HvD 21 september 1993, *Advocatenblad* 1993, 693 met noot Aubel; HvD 21 oktober 1996, *Advocatenblad* 1997, 814.

²⁶³ Boekman 1998, 54.

²⁶⁴ Volgens het kopje boven de uitspraak komt aan de advocaat een zekere mate van vrijheid toe om in verband met de risico's van het procederen onderhandelingen over een schikking voort te zetten, zelfs tegen de wens van de cliënt in. Uit de feiten in de uitspraak zelf blijkt dit niet.

²⁶⁵ Kan hij zich met een bepaalde aanwijzing niet verenigen, dan moet hij zich volgens de tuchtrechter terugtrekken (HvD 19 augustus 1991, *Advocatenblad* 1992, 305; RvD Arnhem 26 januari 1993, *Advocatenblad* 1994, 346; RvD Arnhem 8 april 1993, *Advocatenblad* 1994, 85; HvD 2 december 1996, *Advocatenblad* 1997, 879). Dit terugtrekken dient dan wel op een zorgvuldige wijze te gebeuren met zo min mogelijk nadeel voor de opdrachtgever (RvD Amsterdam 12 augustus 1996, *Advocatenblad* 1997, 811).

Klachten worden door de tuchtrechter in ieder geval gehonoreerd indien de grens van de beleidsvrijheid duidelijk wordt overschreden en er sprake is van een kennelijk onjuist optreden. De meeste²⁶⁶ uitspraken hebben betrekking op gerechtelijke acties die advocaten ondernamen *zonder in overleg* te treden met hun opdrachtgevers.²⁶⁷

Een op het eerste gezicht minder duidelijke overschrijding die desondanks een tuchtmaatregel opleverde, is het geval waarbij een advocaat naliet de stallingskosten te betwisten in een procedure over een deel van een reparatienota van een jacht. Na de procedure bleken de stallingskosten een veelvoud van het bestreden deel (HvD 4 februari 1991, *Advocatenblad* 1992, 527 met noot Meijer²⁶⁸). Onduidelijk en onvolledig redigeren van een vordering in reconventie was eveneens tuchtrechtelijk verwijtbaar. De advocaat had daardoor nodeloos het risico gelopen dat de rechtbank deze in andere zin kon uitleggen (HvD 13 april 1992, *Advocatenblad* 1992, 592 met noot Aubel). Uit een andere tuchtrechtprocedure bleek dat een advocaat een overeenkomst verkeerd had beoordeeld. Na het uittreden van een dierenarts uit een maatschap van dierenartsen kwamen dezen overeen dat de uittredende maat recht had op een bepaalde goodwillvergoeding. Naderhand wijzigde de situatie zich, doordat een werknemer die de plaats van de uittredende maat zou moeten innemen, zich in hetzelfde gebied zelfstandig ging vestigen. Hierdoor was de berekening van de vergoeding niet juist meer. De uittre-

²⁶⁶ Zie Mols en Malherbe 1990, 86; Boekman 1993, 39-45.

²⁶⁷ HvD 16 maart 1987, *Advocatenblad* 1987, 542: het faillissement van een schuldenaar aangevraagd; HvD 15 oktober 1986, *Advocatenblad* 1987, 458: het intrekken van een bezwaarschrift; RvD Amsterdam 10 oktober 1988, *Advocatenblad* 1989, 265: het intrekken van een kort geding; RvD 10 juni 1991, *Advocatenblad* 1992, 165: het royeren van de procedure; HvD 14 januari 1991, *Advocatenblad* 1991, 540 resp. HvD 27 april 1992, *Advocatenblad* 1993, 12: een bindend advies laten uitbrengen en een door de opdrachtgever te laag gevonden bedrag van een expertisebureau aan de tegenpartij als schadebedrag opgeven; RvD 's-Gravenhage 21 oktober 1996, *Advocatenblad* 1997, 1006: het zonder toestemming overleggen van een medisch rapport als bijlage bij een processtuk).

²⁶⁸ Volgens Meijer was er in dit geval sprake van een volledige toetsing. Ik ben het daar niet mee eens. Indien een advocaat verzuimt verweer te voeren met betrekking tot maandelijks oplopende stallingskosten dan is er m.i. geen sprake van een verschil in visie, maar van een kennelijk onjuist optreden waardoor de cliënt wordt benadeeld.

dende dierenarts beriep zich echter op de overeenkomst. De advocaat startte een arbitrageprocedure waarin hij de bepaling van de hoogte van goodwillvergoeding aan de arbiters overliet. De raad van discipline die in eerste instantie over de klacht van de uittredende dierenarts moest oordelen, vond dat de overeenkomst voor tweeërlei uitleg vatbaar was en dat er van "grove onkunde of niet verschoonbare onzorgvuldigheid" aan de kant van de advocaat geen sprake was. Het hof van discipline kwam tot een andere uitkomst en vond dat de advocaat te kort was geschoten in de zorg die hij ten aanzien van de belangen van de dierenarts had (HvD 21 september 1992, *Advocatenblad* 1993, 693 met noot Aubel).²⁶⁹ In een andere tuchtprocedure hadden twee gerechtsdeurwaarders van een advocaat de opdracht gekregen om een vonnis tenuitvoer te leggen. De vordering werd geïncasseerd, maar het bedrag werd zonder overleg met de opdrachtgever verrekend met een tweetal vorderingen die de gerechtsdeurwaarders op de schuldeiser hadden. Volgens de tuchtkamer hadden de gerechtsdeurwaarders met de opdrachtgever moeten overleggen (landelijke tuchtkamer 29 juli 1999, *Executief* 2000, 150).

Wanneer de opdrachtgever meent dat de beleidsvrijheid is overschreden, wordt hij niet altijd door de tuchtrechter in het gelijk gesteld. Zo had een gerechtsdeurwaarder de opdracht gekregen een vordering van f 12.000 (€ 5.445,36) te incasseren. Na een sommatie-exploot te hebben uitgebracht bleek dat de schuldenaar in liquiditeitsproblemen verkeerde. De gerechtsdeurwaarder besloot om zoveel mogelijk minnelijk te incasseren. Dit resulteerde in een betaling van f 5.000 (€ 2.268,90). Om de kosten zoveel mogelijk te beperken werd de vordering gesplitst en een bedrag van f 5.000 (€ 2.268,90) voor de kantonrechter gebracht (destijds de competentiegrens). Kort na het toewijzend vonnis ging de schuldenaar failliet. De gerechtsdeurwaarder werd door de opdrachtgever verweten dat een en ander te lang had geduurd en dat

²⁶⁹ Volgens het commentaar in de noot van Aubel is het hof wel erg ver gegaan in het inhoudelijk beoordelen van het door de advocaat verrichte werk. Volgens hem lijkt het erop of de advocaat minstens een 8 moet krijgen om niet tuchtrechtelijk te worden veroordeeld.

hij de onjuiste weg - behandeling voor de kantonrechter in plaats van de rechtbank - had bewandeld. De tuchtkamer vond dat gerechtsdeurwaarder geen verwijt trof, omdat hij juist had gehandeld. Door de zaak bij de kantonrechter te brengen in plaats van bij de rechtbank werd het bedrag van f 5.000 (€ 2.268,90) zonder veel kosten geïncasseerd (landelijke tuchtkamer z.d., *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 94). Ook een advocaat die bij repliek de vordering juridisch correct en in het belang van zijn opdrachtgever, maar zonder diens opdracht wijzigde, handelde juist en kreeg geen tuchtmaatregel opgelegd (HvD 13 december 1993, *Advocatenblad* 1994, 165).

Civiele procedures in Nederland

82 Uit de civiele jurisprudentie blijkt dat gerechtsdeurwaarders bij het verrichten van de ambtelijke werkzaamheden ten opzichte van hun opdrachtgevers tamelijk autonoom zijn (HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 174; HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 387). Dit kan zover gaan dat de gerechtsdeurwaarder in kan gaan tegen de wensen van zijn opdrachtgever. Zo kreeg een gerechtsdeurwaarder van een advocaat opdracht tot het leggen van conservatoir beslag. Ter voorkoming van het beslag voldeed de schuldenaar een bedrag van f 18.000 (€ 8.168,04) aan de gerechtsdeurwaarder, het bedrag waarop de vordering was begroot. De gerechtsdeurwaarder hield het bedrag onder zich. De advocaat was het daarmee niet eens en wilde dat het bedrag werd doorbetaald dan wel dat er beslag zou worden gelegd. In de kortgedingprocedure die daarop volgde, oordeelde de president dat een gerechtsdeurwaarder een dubbele verantwoordelijkheid heeft. Hij mag zich niet alleen laten leiden door de partij-dige belangen van zijn opdrachtgever, maar dient ook als openbaar ambtenaar ervoor te waken dat de belangen van de beslagene niet in het gedrang komen. Hij handelde niet in strijd met die dubbele verantwoordelijkheid door het bedrag onder zich te nemen en af te zien van het

beslag (pres. Rb. Zwolle 28 juni 1991, *KG* 1990, 240).

In het algemeen wordt een opdrachtnemer in civiele procedures veroordeeld in het geval hij duidelijk de beleidsvrijheid heeft overschreden. Zo werd een advocaat verweten dat hij verbeurde dwangsommen als drukmiddel in onderhandelingen gebruikte zonder deze keuze aan de opdrachtgever voor te leggen. Bovendien liet hij na de verjaring tijdig te stuiten, waardoor een deel van de dwangsommen was verjaard (hof 's-Hertogenbosch 12 september 1995, *NJ* 1996, 310). In een procedure werden twee advocaten (patroon en stagiaire) door de Hoge Raad aansprakelijk geacht, omdat zij nalieten conservatoir beslag te leggen, ondanks het feit dat de opdrachtgever daarop had aangedrongen. Het beslag werd niet gelegd, omdat de stagiaire meende dat dit niet mogelijk was. In feite ging het erom of de stagiaire de juiste keuze van middelen had gemaakt. Achteraf bleek dit niet het geval. In hoger beroep stelde het gerechtshof voorop dat van een advocaat verlangd mag worden dat hij aan de zaken zoveel zorg besteedt en deze met zoveel bekwaamheid behandelt als een redelijk handelend vakgenoot dient te doen, zonder dat daarbij de belangen van de cliënt aan onnodige risico's worden blootgesteld.²⁷⁰ De advocaat had juist ter vermijding van het risico voor de cliënt maatregelen tegen de schuldenaar moeten nemen (HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809 met noot Brunner).²⁷¹ Risicovermijding kwam ook aan de orde in een zaak waarbij een advocaat een verzoekschrift op een zodanig moment had ingediend dat niet-ontvankelijkheid mogelijk zou volgen. Dat gebeurde ook. De Hoge Raad maakte echter uit dat het verzoekschrift toch nog op die dag ingediend had kunnen worden. Desondanks had de advocaat gezien de opvatting in de literatuur en de rechtspraak het risico niet mogen nemen (HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 met noot Brunner (Bierbrouwerij De Ridder/Moszkowicz); zie ook HR 29

²⁷⁰ Interessant is dat het hof hiermee dicht bij een algemene maatstaf was gekomen. De Hoge Raad ging er niet op in, omdat dit punt in cassatie niet was bestreden.

²⁷¹ Volgens de annotator houdt *dominus litis* alleen in dat de advocaat niet verplicht is aanwijzingen van zijn cliënt op te volgen. Ontstaat er een breuk in de vertrouwensrelatie dan dient hij de behandeling van de zaak neer te leggen.

november 1991, *NJ* 1992, 808 met noot Brunner).²⁷² Dit ligt anders als de advocaat zijn opdrachtgever uitdrukkelijk op het risico had gewezen (HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 289; vgl. Rb Breda 2 november 1999, *Prg*, 2000, 5408).

Beleidsvrijheid in België

83 In België kwam in het eerder aangehaalde vonnis de beleidsvrijheid van een advocaat aan de orde. Deze had uit strategische overwegingen naast de gevorderde hoofdsommen 'rente naar recht' gevorderd en in zijn conclusies daarover niet meer gesproken. De rechter wees wat betreft de rente slechts de 'gerechtelijke intresten' toe in plaats van de hogere 'vergoedende intresten'. De opdrachtgever vond dat de advocaat uitdrukkelijk de laatste rente had moeten vorderen en sprak de advocaat voor het verschil aan. De rechtbank wees de vordering af, omdat de advocaat ten aanzien van het bepalen van de strategie een zekere beleidsvrijheid heeft. Die beleidsvrijheid zou hij in casu zeker niet hebben overschreden, omdat de strategie niet [kennelijk] onredelijk was, noch een buitensporig risico inhield. Bovendien vond de rechtbank dat het totale resultaat meer dan behoorlijk was. Interessant is nog dat de rechtbank uitdrukkelijk aangaf de aangewende strategie van de advocaat marginaal²⁷³ te hebben getoetst. Over beleidsvrijheid werd nog overwogen dat deze "verre van aanwezig [is] in alle aspecten van zijn taak, doch wel bij het bepalen van de algemene strategie in de behandeling van een dossier"²⁷⁴ (Rb. Brussel 4 december 1990, *R.W.* 1991-1992, 823). Beleidsvrijheid kwam ook aan de orde in een andere procedure voor dezelfde rechtbank. Een advocaat had namelijk bij de verdediging van de belangen van een vijfjarig kind dat een zwaar verkeersongeval had

²⁷² In de laatste zaak had de advocaat een verzoekschrift ex art. 89 Sv niet door zijn cliënt laten ondertekenen.

²⁷³ Het lijkt erop dat deze uitspraak hierin alleen staat.

²⁷⁴ De overweging lijkt letterlijk te zijn overgenomen van Depuydt (1983, 100), die eveneens voor marginale toetsing pleit.

gehad, zich er in zijn conclusie toe beperkt, de volledige aansprakelijkheid voor het ongeval ten laste van de automobilist te leggen zonder erop te wijzen dat het kind de volledige vergoeding had kunnen vorderen, zulks omdat het nog niet tot de jaren des ondersheids was gekomen en niet persoonlijk aansprakelijk kon worden gesteld. Hierdoor zou volgens de opdrachtgever de gehele schade in plaats van de toegevoezen 2/3 voor rekening van de automobilist zijn gekomen. De rechtbank was het daarmee niet eens en vond dat de advocaat voldoende blijkt had gegeven van normale juridische kennis (Rb. Brussel 6 februari 1991, *De Verz.* 1991, 703).

Beleidsvrijheid tijdens de gerechtelijke procedure blijkt ook uit één van de weinige gepubliceerde uitspraken van de tuchtrechter. Deze overwoog dat "de advocaat, bij de uitoefening van het hem toevertrouwde mandaat, enerzijds weliswaar verplicht is zich te houden aan bepaalde wenken en/of richtlijnen die hem door de cliënt werden gegeven, doch anderzijds er tevens rekening moet mee houden dat hij zijn vrijheid van handelen dient te behouden, de leiding heeft van het proces, de initiatieven bepaalt die dienen genomen te worden en hij volkomen gerechtigd is naar eigen inzicht een aantal schikkingen te treffen en maatregelen te nemen, zulks uiteraard steeds bijaldien hij bij dit alles naar beste vermogen en binnen de perken van zijn professionele en deontologische verplichtingen, de belangen van zijn cliënt behartigt" (tuchtraad van beroep te Antwerpen 23 februari 1983, *R. W.* 1982-1983, 2347).

Een advocaat overschrijdt de grenzen van zijn beleidsvrijheid in het geval hij bijvoorbeeld de opdrachtgever onnodig risico laat lopen. Zo had een advocaat kort voor het verstrijken van de termijn een collega benaderd om hoger beroep aan te tekenen tegen een vonnis van de correctionele rechtbank te Dendermonde. Deze laatste moest, omdat hij niet in Dendermonde kantoorhield, een collega ter plaatse bereid vinden de opdracht uit te voeren. Na enkelen te hebben benaderd, vond hij uiteindelijk een collega bereid het beroep aan te tekenen. Deze kwam echter -

volgens de griffier - enkele minuten na sluitingstijd van de griffie waardoor het hoger beroep niet meer kon worden ingesteld. De eerste advocaat werd door de rechter aansprakelijk geacht, omdat hij een risicofactor had ingebouwd (Rb. Dendermonde, *T.B.B.R.* 1990, 83). Dit gold ook voor de gerechtsdeurwaarder die stempels op een exploot had gezet zonder de vereiste paraaf die volgens belangrijke rechtspraak, in tegenstelling tot de doctrine, een absolute nietigheid inhield. Volgens de rechtbank had de gerechtsdeurwaarder de weg van het minste risico moeten nemen (Rb. Brussel 3 maart 1987, *T.B.B.R.* 1987, 85). Veel te ver in zijn ijver ging een gerechtsdeurwaarder die ondanks een aanmerkelijke betaling, naliet het restant - 120 BEF - (oftewel € 2,97) uit te rekenen en doorging met de tenuitvoerlegging van het vonnis (Cass. 14 mei 1981, *R.W.* 1981-1982, 2473). Het gebeurt nogal eens dat een gerechtsdeurwaarder ter plaatse een beslissing moet nemen. Zo constateerde een gerechtsdeurwaarder dat een bedrijf waar hij pandbeslag moest leggen, gesloten was. Twee maanden later zou het bedrijf met een nieuwe collectie weer open gaan. De gerechtsdeurwaarder stelde het beslag tot die tijd uit. De opdrachtgever werd hierover niet geïnformeerd. Volgens de rechter had de gerechtsdeurwaarder zijn opdrachtgever om instructies moeten vragen (Antwerpen 6 oktober 1992, *R.W.* 1994-1995, 885).

Jurisprudentie over het opvolgen van aanwijzingen

84 Over het opvolgen van aanwijzingen is in Nederland nauwelijks jurisprudentie voorhanden. Opvallend was de casus waarbij een opdrachtgever een incassobureau verzocht om direct het vonnis te laten betekenen en beslag te leggen. Het incassobureau reageerde daar niet op. Kort daarop verdween de schuldenaar met medeneming van de inboedel. Het incassobureau moest de schade van de opdrachtgever voldoen, omdat hem een effectief middel tot tenuitvoerlegging van het von-

nis was ontnomen (Ktg. Alkmaar 2 december 1998, *NJ* 2000, 450. Volgens een noot van de redactie werd het vonnis op 9 september 1999 door de Rb. Alkmaar bekrachtigd).

Over het opvolgen van aanwijzingen aan advocaten in België is geen jurisprudentie gevonden. Uit de hierboven vermelde tuchtspraak bleek al dat een advocaat tijdens een gerechtelijke procedure verplicht is zich te houden aan bepaalde wenken en/of richtlijnen die hem door de opdrachtgever worden gegeven. De advocaat heeft volmacht nodig voor elke rechtshandeling die buiten de procedure valt of die tijdens de procedure afwijkt van de gewone gang van zaken. Zo heeft een advocaat een aparte volmacht nodig voor bijvoorbeeld het afsluiten van een dading, een aanbod van betaling of het instellen van hoger beroep. Een algemene volmacht is daarvoor niet voldoende, ook al heeft de advocaat *carte blanche* van zijn opdrachtgever gekregen (Liège 31 juli 1984, *J.L.* 1984, 492).

Er is over het opvolgen van aanwijzingen aan gerechtsdeurwaarders wel civiele jurisprudentie voorhanden, overigens meestal met een advocaat als opdrachtgever.²⁷⁵ Zo kreeg een gerechtsdeurwaarder de uitdrukkelijke opdracht om ondanks verzet van de schuldenaar tot verkoop over te gaan. De gerechtsdeurwaarder negeerde dit verzoek en stelde de verkoop uit. Hierna werd de schuldenaar in staat van faillissement verklaard. De gerechtsdeurwaarder werd door de rechtbank en in hoger beroep door het hof verweten dat hij zich niet aan de nadere aanwijzing had gehouden, van een veroordeling tot schadevergoeding kwam het evenwel niet wegens gebrek aan bewijs van de schade (Rb. Leuven 10 september 1986, AR 24.442; Brussel 15 juni 1988, AR 296/87, Depuydt 1994, 65). Bij een ontruimingszaak tegen een schroothandelaar waarbij ook beslag was gelegd, kreeg een gerechtsdeurwaarder de uitdrukkelijke opdracht ook de verkoop door te zetten. De gerechtsdeurwaarder stelde deze uit, omdat hij vaststelde dat de schuldenaar nog enkele uren nodig had om het gehuurde te ontruimen. De ontruiming

²⁷⁵ Paulus en Boes (1978), 84 (nr. 130).

geschiedde echter zes maanden later door een andere gerechtsdeurwaarder. De eerste gerechtsdeurwaarder verweerde zich in de door de opdrachtgever tegen hem ingestelde procedure met de mededeling dat de verkoop slechts een drukmiddel was om tot ontruiming te komen. De rechtbank was het daarmee niet eens en veroordeelde hem in de schade van de vertraging (Rb. Huy 27 november 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11188). In een procedure waarin het uitstellen van een verkoop na deelbetalingen ondanks een andersluidende opdracht aan de orde kwam, werd de gerechtsdeurwaarder daarentegen geen fout verweten. Het hof oordeelde dat de gerechtsdeurwaarder met de omstandigheden van de schuldenaar rekening mocht houden om door herhaald uitstellen een afschrikkend effect te bereiken, meer dan om door verkoop volstrekt nodeloze kosten te veroorzaken (Antwerpen 22 maart 1989, *Pas.* 1989, II, 240; zie ook Antwerpen 24 mei 1989, AR 2070/85, Depuydt 1994, 69-70).

Uit deze arresten en twee andere vergelijkbare uitspraken (Rb. Brussel 12 december 1988, AR 40.499; Rb. Brussel 23 juni 1989, AR 47.696) waarin het niet naar voren kwam of de gerechtsdeurwaarders aanwijzingen van hun opdrachtgevers hadden gekregen, volgde volgens Depuydt²⁷⁶ dat aan de gerechtsdeurwaarder met betrekking tot het uitstellen van openbare verkopen een 'initiatiefrecht' wordt erkend. Voor het aangaan van betalingsregelingen is hij wat terughoudender. In het algemeen zal de gerechtsdeurwaarder met zijn opdrachtgever moeten overleggen. In het geval ter plaatse direct een beslissing moet worden genomen en de opdrachtgever het hem niet heeft verboden, kan de gerechtsdeurwaarder het voorstel accepteren eventueel onder voorbehoud van bekrachtiging door de opdrachtgever. Daarbij denkt Depuydt aan een marginale toetsingsmogelijkheid door de rechter die over aansprakelijkheid krijgt te oordelen, op voorwaarde dat de gerechtsdeur-

²⁷⁶ Depuydt 1994, 61-65 en 70.

waarder op dat punt beleidsvrijheid wordt gegeven.²⁷⁷

Aanwijzingen die een gerechtsdeurwaarder van zijn opdrachtgever krijgt en die in strijd zijn met de wet, behoeft hij niet op te volgen. Zo hadden twee schuldeisers beslag laten leggen op de huurpenningen en vervolgens een regeling getroffen over de verdeling. De tweede schuldeiser onthief de gerechtsdeurwaarder van zijn opdracht. Hij weigerde dit, omdat de fiscus bij hem verzet had aangetekend. De beslagrechter oordeelde "dat bij een evenredige verdeling de instrumenterende gerechtsdeurwaarder ophoudt louter op te treden in het belang van de beslagleggende schuldeiser; dat hij van dat ogenblik af moet beschouwd worden als een bewindvoerder die optreedt in het collectief belang van de concurrente schuldeiseres" (Beslagrechter Antwerpen 4 mei 1993, *R.W.* 1993-1994, 960).²⁷⁸

Gevolgtrekkingen

85 Uit jurisprudentie blijkt dat in Nederland de advocaat bij het voeren van het proces tot op zekere hoogte beleidsvrijheid heeft. Hij heeft die vrijheid met name bij het bepalen van de strategie en het voeren van de procedure. Schiet hij hierbij te kort in de zorg voor de opdrachtgever of laat hij hem onnodige risico's lopen, dan kan hij zich niet beroepen op zijn beleidsvrijheid. Uit de jurisprudentie blijkt verder, dat de advocaat niet tegen redelijke wensen van zijn opdrachtgever mag ingaan. Bij de andere werkzaamheden van de advocaat is de beleidsvrijheid beperkt en moet hij zo nodig instructies aan zijn opdrachtgever vragen en diens aanwijzingen opvolgen. Wil de advocaat die aanwijzingen niet opvolgen, dan dient hij de overeenkomst op te zeggen.

In België blijkt uit de civiele jurisprudentie dat advocaten bij het

²⁷⁷ In de praktijk treffen gerechtsdeurwaarders vaak betalingsregelingen zonder overleg of toestemming van de opdrachtgever (Laenens 1986, 1607; Dirix en Broeckx 1992, 274 (nr. 510); Dirix 1994, 3).

²⁷⁸ Zie Dirix 1994, 4.

voeren van de procedure en met name bij het bepalen van de strategie daarvan, een zekere mate van beleidsvrijheid hebben. Die vrijheid wordt overschreden, indien de strategie kennelijk onredelijk is of de advocaat de opdrachtgever onnodig risico laat lopen. Nadere aanwijzingen van de opdrachtgever zijn echter van groot belang, hetgeen uit de aangehaalde tuchtrechtelijke uitspraak blijkt (zie par. 4.2.3.8). Gerechtsdeurwaarders hebben bij het uitvoeren van de ambtelijke werkzaamheden eveneens beleidsvrijheid, maar dienen zich verder aan de nadere aanwijzingen van opdrachtgevers te houden. Alleen bij het uitstellen van de verkoop is er in bepaalde gevallen beleidsvrijheid. De daarbij door de schuldenaar voorgestelde betalingsregeling moet echter aan de opdrachtgever worden voorgelegd.

Tot nu toe zijn alleen andere dan incassowerkzaamheden van de advocaat of gerechtsdeurwaarder aan bod gekomen. Gezien de aard van de incassowerkzaamheden en het feit dat deze door iedereen verricht kunnen worden, kan in Nederland *beroepsethiek* en *algemeen belang* nauwelijks een beperking opleveren voor het geven van nadere aanwijzingen. Bij incasso is dan ook de beleidsvrijheid van de incassant klein. Een uitzondering is bij gerechtelijke incasso de werkzaamheden rond het voeren van een procedure en de tenuitvoerlegging van een vonnis. Deze uitzondering is logisch, omdat anders de beleidsvrijheid van de advocaat of gerechtsdeurwaarder die de procedure of tenuitvoerlegging op verzoek van een incassant krijgt te behandelen, in het gedrang zou komen. Dit is ook het geval indien de incassant de procedure zelf behandelt.

De uitgangspositie in België is anders, omdat daar de incassowerkzaamheden niet van de andere werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders onderscheiden worden. Bij deze werkzaamheden hebben de advocaat en de gerechtsdeurwaarder dezelfde beleidsvrijheid als bij de hierboven besproken andere werkzaamheden die op het gebied van het voeren van de procedure en de tenuitvoerlegging van het vonnis

ligt. Hierbuiten is de beleidsvrijheid klein en de mogelijkheid om aanwijzingen te geven groot. Dit gaat ook op voor het minnelijke incasso. Het resultaat is dan ook hetzelfde als in Nederland.

4.2.4 Tussentijdse informatieplicht

Inleiding

86 Een belangrijk onderdeel van de zorgplicht van de opdrachtnemer is de plicht om de opdrachtgever tussentijds te informeren over de voortgang van de werkzaamheden.²⁷⁹ In de incassobranche in Nederland wordt het informeren vaak met *standbericht* of *voortgangsrapportage* aangeduid. De informatieplicht dient ter waarborging van een goede communicatie tussen partijen, om de opdrachtgever in staat te stellen aanwijzingen te geven en ter controle van de incassant.²⁸⁰ De omvang en de inhoud van deze plicht is afhankelijk van een aantal factoren, met name van de aard van de overeenkomst en de afspraak die partijen maken. Hierna wordt die informatieplicht voor de incassant bekeken.

Regelgeving

87 Allereerst is van belang te weten wat de wet op het punt van de informatieplicht inhoudt. In Nederland werd in het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek de informatieplicht niet afzonderlijk genoemd, maar gezien als onderdeel van de rekening en verantwoording van de lasthebber (art. 1839 BW (oud); HR 31 mei 1974, *NJ* 1976,

²⁷⁹ Barendrecht en Van den Akker 1999, 125. De auteurs noemen deze informatieplicht: de informatieplicht ter verantwoording, zulks in tegenstelling tot de informatieplicht gericht op wilsvorming die betrekking heeft het aangaan van een overeenkomst. Zie ook De Boeck 2000, 75-95 (nrs. 165-209). De auteur behandelt in haar proefschrift de informatieplichten (en rechten) bij de totstandkoming en de uitvoering van overeenkomsten. Inhoudelijk wordt inlichting, waarschuwing en raadgeving (advies) onderscheiden.

²⁸⁰ Barendrecht en Van den Akker 1999, 126.

309²⁸¹). Het huidige Burgerlijk Wetboek wijdt daarentegen wel een artikel aan de tussentijdse informatieplicht die luidt: "De opdrachtnemer moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht ..." (art 7:403 lid 1 BW). Uit de tekst valt op te maken dat het initiatief bij de opdrachtnemer ligt. Ingesloten daarin zit het beantwoorden van verzoeken om informatie. Door de zeer uiteenlopende soorten van overeenkomsten van opdracht is het artikel ruim geformuleerd. In het algemeen moet de opdrachtgever adequaat tussentijds worden geïnformeerd. Voor sommige opdrachten is echter het tussentijds geven van inlichtingen overbodig. In ieder geval mag de informatieplicht de opdrachtnemer niet onredelijk belasten.²⁸²

Evenals onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek wordt in België de tussentijdse informatieplicht niet afzonderlijk genoemd, maar valt deze onder rekening- en verantwoordingsplicht van de lasthebber (art. 1993 Belg. B.W.).²⁸³

88 Naast de wettelijke regels zijn voor sommige beroepsbeoefenaren gedragsregels van belang. Zo moeten in Nederland advocaten hun opdrachtgevers op de hoogte brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken en waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil schriftelijk bevestigen (art. 8 lid 1 gedragsregels voor advocaten 1992). De leden van de Vereniging van Incasso Advocaten (VIA) moeten bovendien hun opdrachtgevers onmiddellijk over iedere voortgang in de incassoprocedure informeren en hen afschriften van relevante correspondentie en andere schriftelijke, waaronder begrepen gerechtelijke, stukken ter hand stellen (art. 8 Gedragscode). In tegen-

²⁸¹ In dit arrest gaf de Hoge Raad onder meer aan dat er bij lastgeving uit de hoofdverplichting, het verrichten van rechtshandelingen, ook nevenverplichtingen voortvloeiden die geen rechtshandelingen zijn en ook onder de bepalingen van lastgeving vallen. Daarbij noemde de Raad als één van de voorbeelden het doen van de vereiste mededelingen over de uitvoering van de opgedragen rechtshandeling.

²⁸² Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3,5 en 6), 326; Wessels 1994a, 20; T&C (Castermans), aant. 2 art. 403 Boek 7 BW; Asser-Kortmann 1994, 48 (nr. 62); Barendrecht en Van den Akker 1999, 128.

²⁸³ Tilleman 1997, 125-127 (nrs. 226-231).

stelling tot de oude gedragsregels staat in de verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders²⁸⁴ geen bepaling over de informatieplicht vermeld.²⁸⁵ Leden van Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) zouden slechts verplicht zijn op verzoek van de opdrachtgever inlichtingen, dan wel inzage in de boekhouding over de uitvoering van de opdracht te verstrekken (art. 6.6 van de Gedragscode). Ook leden van Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA) behoeven slechts desgevraagd hun opdrachtgevers inzicht te verstrekken omtrent de stand van de in behandeling zijnde zaken (art. 11 van de Gedragscode).

In België vermelden de nationale reglementen van de orde van advocaten en de Antwerpse reglementen niets over de informatieplicht. Daarentegen vermeldt de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap dat de advocaat zijn opdrachtgever van het verloop van de zaak op de hoogte houdt (art. 3.1.2).²⁸⁶ In de gedragscode voor gerechtsdeurwaarders wordt geen enkele bepaling aan de informatieplicht gewijd. De leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) verschaffen hun opdrachtgevers *desgevraagd* inlichtingen over de uitvoering van de opdracht (art. 7.5 Deontologische Code). Zij zijn wel verplicht eens per maand een overzicht te geven van alle geïncasseerde bedragen (art. 7.3 Deontologische Code).

Civiele jurisprudentie

89 Er is in Nederland niet veel civiele jurisprudentie over de informatieplicht van de advocaat, gerechtsdeurwaarder of andere incassant gepu-

²⁸⁴ *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

²⁸⁵ Zie noot 8. De leden van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) moesten hun opdrachtgevers op de hoogte houden van de wezenlijke werkzaamheden en een verzoek daartoe duidelijk en spoedig beantwoorden (art. 6 gedragsregels).

²⁸⁶ Deze gedragscode werd bij reglement van 12 oktober 1989 door de Belgische Nationale Orde van Advocaten aanvaard. Volgens art. 1.3.1 geldt de gedragscode voor grensoverschrijdende activiteiten en als een soort richtlijn waaraan de plaatselijke gedragsregels bij herziening moeten voldoen.

bliceerd. In een oud arrest (hof Arnhem 22 juni 1926, *NJ* 1927, 204) kwam een casus ter sprake waarbij een advocaat verzuimd had zijn opdrachtgever op de hoogte te stellen van een veroordelend vonnis. Deze kwam er pas na betekening achter. Het hof vond dit een grof verzuim en veroordeelde de advocaat in de veroorzaakte extra kosten. In een kortgedingprocedure (pres. Rb. Amsterdam 17 september 1963, *NJ* 1963, 502) was de inzet een weigering van een incassobureau om een brief die aan het bureau was geschreven, aan de opdrachtgever kenbaar te maken. Die brief bevatte ook informatie die ertoe leidde dat het incassobureau de relatie met de opdrachtgever verbrak. De president vond dat het incassobureau als lasthebber van de opdrachtgever in beginsel verplicht was deze brief aan hem door te geven. In een andere procedure werd een advocaat veroordeeld, omdat hij niet tijdig had geconcludeerd, daarna onvoldoende inspanning had geleverd om het gebrek te herstellen en zijn opdrachtgever niet op de hoogte had gehouden (Rb. 's-Gravenhage 18 januari 1995, 21 juni 1995 en 10 april 1996, *Prg.* 1996, 4554). Inhoudelijk een opvallende casus is de uitspraak van de rechtbank te Roermond van 6 juli 2000 (Elro-nr. AA6449, <<http://www.rechtspraak.nl/default.asp>> zoeken via 'Belangrijke uitspraken', inzage 25 juli 2001). Een opdrachtgever had een huis gekocht, maar wilde het niet afnemen. Volgens de opdrachtgever, omdat het bedrag van aankoop gesplitst moest worden in een deel koopprijs en een deel inboedel. Volgens de advocaat wilde de opdrachtgever echter niet afnemen, omdat hij dacht dat de verkoper, die in financiële problemen verkeerde, met een lager bedrag genoeg zou nemen. Er volgden acht procedures, die de opdrachtgever allemaal verloor. Hij werd bovendien veroordeeld in het betalen van dwangsommen. De opdrachtgever verweet de advocaat dat hij hem niet goed had geadviseerd. Vaststond dat de advocaat niets op papier had gezet en zelfs geen aantekeningen had gemaakt van de gesprekken met de opdrachtgever. De rechtbank vond dat belangrijke adviezen of afspraken schriftelijk vastgelegd had-

den moeten worden. Toch had de opdrachtgever door zijn houding het grootste deel van de schade aan zich zelf te wijten. Hij wilde kost wat kost het huis voor een lagere prijs verkrijgen. Op een punt kreeg hij gelijk. De advocaat had hem uitdrukkelijk moeten wijzen op het oplopen van de dwangsommen. De rechter veroordeelde de advocaat tot het betalen van 20% van de verbeurde dwangsommen. Dit was volgens de rechter de kans dat de opdrachtgever bij een schriftelijk deugdelijk advies tot eerdere medewerking zou zijn overgegaan.

Tuchtrechtspraak in Nederland

90 In de tuchtrechtspraak voor advocaten in Nederland kwam de informatieplicht meermalen naar voren, veelal in combinatie met andere verzuimen, met name handelingen die zonder goedkeuring of overleg met de opdrachtgever waren verricht.²⁸⁷ Zo oordeelde het hof van discipline (21 juni 1983, *Advocatenblad* 1984, 51) dat een advocaat die meent voor een opdrachtgever over te moeten gaan tot het doen leggen van executoriaal beslag, daarover in het algemeen met zijn opdrachtgever dient te overleggen. In een andere uitspraak vond het hof van discipline (nr. 1561, 10 februari 1992, *Advocatenblad* 1992, 662) het onjuist dat een advocaat anderhalf jaar lang zaken die hij kansloos achtte, onder zich hield zonder dit aan zijn opdrachtgever mee te delen. Hij reageerde ook niet op verzoeken om informatie (zie ook HvD 5 april 1993, *Advocatenblad* 1993, 645)²⁸⁸. De raad van discipline te 's-Gravenhage (20 november 1995, *Advocatenblad* 1996, 881) achtte een klacht gegrond, omdat de advocaat nagelaten had zijn opdrachtgever en de tegenpartij *schriftelijk* op te hoogte te stellen, waardoor gerezen onduidelijkheden voor zijn rekening kwamen (zie ook HvD 10 december 1990, *Advoca-*

²⁸⁷ Zie Mols en Malherbe 1990, 83-85; Boekman 1993, 45-46.

²⁸⁸ In deze zaak had de advocaat geen maatregelen genomen, omdat de opdrachtgever ongeloofwaardig overkwam. De opdrachtgever nam echter aan dat de advocaat de zaak zou gaan behandelen.

tenblad 1991, 402; RvD 's-Gravenhage 13 november 1995, *Advocatenblad* 1996, 824; vgl. RvD Amsterdam 10 augustus 1998, *Advocatenblad* 1999, 634). Ook voor rekening van de advocaat kwam het feit dat hij lange tijd niets van zijn opdrachtgever had gehoord. De advocaat had het initiatief moeten nemen om met zijn opdrachtgever in contact te komen (RvD Arnhem (29 januari 1996, *Advocatenblad* 1997, 42). Ook als de relatie met de opdrachtgever is verslechterd, zal de advocaat informatie moeten blijven verstrekken (RvD Amsterdam 13 juli 1997, *Advocatenblad* 1999, 579). Een advocaat die brieven onbeantwoord liet, omdat hij door de opdrachtgever aansprakelijk was gesteld in verband met mogelijke tekortkomingen, werd eveneens disciplinair gestraft (RvD Arnhem 29 januari 1996, *Advocatenblad* 1997, 134). Overigens dient de advocaat zijn opdrachtgever direct op de hoogte te stellen in het geval hij bemerkt dat hij tekort is geschoten in de behartiging van de belangen van zijn opdrachtgever (RvD Arnhem 1 mei 1995, *Advocatenblad* 1996, 245). Soms maakt het verzaken van de informatieplicht deel uit van het gebrek aan algehele zorg waarmee de advocaat de zaken had behandeld (RvD Leeuwarden 23 februari 1996, *Advocatenblad* 1997, 171). Vanzelfsprekend zal de informatie die de advocaat aan zijn opdrachtgever verstrekt, juist dienen te zijn. Overtredingen worden door de tuchtrechter streng bestraft. Zo werd een advocaat die voordeed een procedure te zijn begonnen, voor zes maanden geschorst (HvD 1 februari 1993, *Advocatenblad* 1994, 206; vgl. HvD 19 januari 1998, *Advocatenblad* 1998, 1110).

Bij de tuchtrechtspraak voor de leden van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) is het verzuimen van de infor-

matieplicht nogal eens voorwerp van een klacht geweest.²⁸⁹ In enkele gevallen werden tegen dezelfde gerechtsdeurwaarder meer klachten ingediend (landelijke tuchtkamer 23 augustus 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 213; 2 december 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 68; landelijke tuchtkamer 11 augustus 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 61). Soms werd niet alleen verzuimd om op verzoeken om informatie in te gaan, maar werd zelfs niet eens een begin gemaakt met de werkzaamheden (landelijke tuchtkamer 10 juli 1995, *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 156). De veroordeling van de maandelijkse bedragen aan kinderalimentatie impliceerde volgens de Tuchtkamer dat de recht-hebbende belang heeft bij maandelijkse ontvangsten van die betalingen. Dienovereenkomstig behoort de opdrachtgever op de hoogte te worden gehouden van de betalingen en met hem te worden afgerekend (landelijke tuchtkamer 13 juni 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 144). De informatie dient wel zodanig te zijn dat de opdrachtgever zijn strategie kan bepalen (landelijke tuchtkamer 13 maart 1997, *De Gerechtsdeurwaarder* 1997, 174). De gerechtsdeurwaarder zal zijn opdrachtgever bovendien uit eigen beweging op de hoogte moeten brengen van "cruciale momenten" in het verloop van de procedure (landelijke tuchtkamer 29 juli 1999, *Executief* 2000, 150).

Civiele jurisprudentie in België

91 In België vond de rechtbank te Brussel (4 juni 1984, *R.W.* 1985-

²⁸⁹ Landelijke tuchtkamer 21 augustus 1990, *De Gerechtsdeurwaarder* 1991, 82; landelijke tuchtkamer 27 juni 1990, *De Gerechtsdeurwaarder* 1991, 136; landelijke tuchtkamer z.d., *De Gerechtsdeurwaarder* 1996, 31; landelijke tuchtkamer z.d., *De Gerechtsdeurwaarder* 1997, 108; landelijke tuchtkamer 14 april 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1998, 170; landelijke tuchtkamer 11 augustus 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 59; landelijke tuchtkamer 5 december 1997, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 253; kamer van beroep 30 juni 1999, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 255. De informatieplicht wordt door een enkele gerechtsdeurwaarder soms als 'overbodig' of 'irritant' gezien, getuige de beschikking van 27 juni 1990. Anderen vinden dat "elke inlichting geld kost en dustot het noodzakelijke beperkt moet blijven" (landelijke tuchtkamer 11 augustus 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 61).

1986, 188) dat het inlichten over het resultaat van een terechtzitting door de advocaat tot de contractuele verplichtingen van een lasthebber behoort. Het hof van Antwerpen (22 maart 1989, *Pas.* 1989, II, 240) overwoog dat het verstrekken van informatie niet los kon worden gezien van de algemene verplichting van de gerechtsdeurwaarder om de opdracht naar behoren uit te voeren. Het verstrekken van informatie moest zinvol zijn. Van gebrekkig informeren kan pas sprake zijn indien de opdrachtgever andere middelen van tenuitvoerlegging had kunnen overwegen. Wordt bij herhaling om informatie verzocht en geeft de gerechtsdeurwaarder die niet, dan is er sprake van een gebrek aan zorgvuldigheid (Rb. Charleroi, 26 januari 1988, *J.T.* 1988, 736; Rb. Namur 31 mei 1990, *J.L.M.B.* 1991, 533; vgl Antwerpen 6 oktober 1992, *R.W.* 1994-1995, 885). Omgekeerd kan de gerechtsdeurwaarder niet worden verweten dat hij informatie verstrekt en bij een kritieke financiële toestand van de schuldenaar op instructie van zijn opdrachtgever wacht (Mons 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830).

Gevolgtrekkingen

92 In Nederland komen in de civiele jurisprudentie en tuchtspraak bij advocaten en gerechtsdeurwaarders slechts de min of meer extreme gevallen aan de orde, meestal in combinatie met andere verzuimen. Dit laatste ligt in de rede, omdat het verzaken van de informatieplicht niet vaak een reden op zich zal zijn om een klacht bij de tuchtrechter in te dienen of een civiele procedure te beginnen. De wet is over de informatieplicht duidelijk; met name bij de gerechtelijke incasso- en de langer lopende minnelijke incasso-opdrachten zal de incassant de opdrachtgever periodiek²⁹⁰ en uit eigen beweging moeten informeren.

²⁹⁰ Interessant is het onderzoek van het *Controllers Magazine* (nr. 4; september 1995, 39-61), waarbij aan incassobureaus de vraag werd gesteld met welke intervallen de opdrachtgevers informatie ontvangen. De belangrijkste percentages waren: 28 = elk moment; 5 = wekelijks; 30 = maandelijks; 11 = per kwartaal, 5 = bij elke ontwikkeling van de zaak; 12 = afhankelijk van de opdrachtgever en 1 = geen rapportage.

Tevens dient de incassant zijn opdrachtgever direct op de hoogte te brengen van het verloop van een eventuele gerechtelijke procedure, voorgestelde betalingsregelingen en andere voor de opdrachtgever van belang zijnde informatie. Uitgangspunt is schriftelijke informatie, tenzij de opdrachtgever anders vraagt.²⁹¹ Aan deze informatieplicht zal de incassant als minimum moeten voldoen, ook in het geval de gedragsregels minder streng zijn, zoals bij leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) en de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA). De gedragsregels van de advocaten komen hier globaal mee overeen. Advocaten die lid zijn van de Vereniging van Incasso Advocaten (VIA) hebben een strengere informatieplicht. Zij moeten immers hun opdrachtgevers van elke stap op de hoogte houden en hen afschriften van 'relevante' correspondentie en andere stukken doen toekomen. Deze informatieplicht is naar het zich laat aanzien civielrechtelijk te zwaar. Voor iedere incassant kan onder bijzondere omstandigheden of bij andersluidende afspraken de informatieplicht afwijken. Bij kortlopende incasso-overeenkomsten, zoals deze bij het minnelijke incasso kunnen voorkomen, kan het verstrekken van tussentijdse inlichtingen tot een minimum beperkt worden of zelfs in zijn geheel achterwege blijven. Een voorbeeld van dit laatste is de *profit letter*.

In België blijkt uit de schaarse jurisprudentie dat advocaten en gerechtsdeurwaarders in het algemeen hun opdrachtgever in routinematige zaken niet ongevraagd behoeven te informeren. Bij afwijkende omstandigheden moet dit daarentegen uit eigen beweging gebeuren. In ieder geval moeten advocaten hun opdrachtgevers op de hoogte houden van een gerechtelijke procedure,²⁹² terwijl gerechtsdeurwaarders de opdrachtgever over betalingsregelingen of keuzemogelijkheden van tenuitvoerlegging dienen te informeren (zie Rb. Tournai 14 december 1992,

²⁹¹ De informatie moet vanzelfsprekend begrijpelijk zijn (De Boeck 2000, 452 (nr. 1042)).

²⁹² Stevens 1990, 492 (930) en 530 (nr. 983).

R.G.A.R. 1996, 12646).²⁹³ Redelijke verzoeken van de opdrachtgever moeten steeds worden beantwoord.

4.2.5 Tussentijdse afdrachtplicht

Inleiding

93 Incassanten hebben te maken met een geldstroom van derden, met name van betalingen van schuldenaren bestemd voor de opdrachtgevers. Deze geldstroom wordt aangeduid met gelden van derden of derdengelden. Daarnaast maken de incassanten, vooral bij de gerechtelijke incasso, kosten die zij moeten voorschieten, de zogenaamde verschotten. Deze kosten worden in veel gevallen doorberekend aan de schuldenaar. Tot rond 1980 was het niet ongebruikelijk om pas aan het einde van de incassoprocedure af te rekenen. Bij de afrekening werden de niet-betaalde kosten met de ontvangsten verrekend. Tussentijds afdrachten na deelbetalingen van de schuldenaar, kwamen nauwelijks voor. Zelfs tegenwoordig is kennelijk die situatie bij enkele incassanten nog regel.²⁹⁴ Deze handelwijze is onvoordelig voor de opdrachtgever en is ook niet redelijk. Dit klemmt temeer, omdat de meeste schuldvorderingen worden afgedaan met deelbetalingen waardoor het lang kan duren voordat een zaak is afgedaan. De vraag is dan ook hoever de *tussentijdse* afdrachtplicht voor de incassanten strekt en of deze voor alle incassanten gelijk is.

Regelgeving

94 De opdrachtnemer of lasthebber is verplicht rekening en verantwoording af te leggen van de inkomsten en uitgaven, waaronder even-

²⁹³ Depuydt 1994, 61-65 (nrs. 43-45).

²⁹⁴ *Controllers Magazine* (nr. 4; september 1995, 39-61). 20% van de incassobureaus zou pas na volledige afwikkeling afdragen.

eens de derdengelden vallen (art. 7:403 lid 2 BW; art. 1993 Belg. B.W.). Uit de parlementaire geschiedenis van het Nederlandse artikel valt niet op te maken of deze rekening slechts betrekking heeft op het einde van de opdracht of ook op de tussentijdse rekening. In de literatuur noemt voorzover valt na te gaan alleen Croes²⁹⁵ de tussentijdse afdracht, met als voorbeeld de opdracht tot het innen van huur.²⁹⁶

Er zijn in Nederland en België geen specifieke wettelijke regels die aan opdrachtnemers *tussentijdse* afdracht van ontvangen gelden verplicht. Wel is in Nederland in art. 19 lid 1 Gerechtsdeurwaarderswet opgenomen dat de gerechtsdeurwaarder een speciale rekening (een zogenaamde kwaliteitsrekening die niet in het vermogen van de gerechtsdeurwaarder valt) voor de gelden van derden dient te hebben. Hierop moeten de betalingen die bestemd zijn voor de derden worden gedaan. Volgens lid 2 *kan* de gerechtsdeurwaarder met een rechthebbende overeenkomen om zijn aandeel in het saldo periodiek uit te keren. In lid 4 staat dat de rechthebbende recht heeft op uitkering van zijn aandeel behoudens "voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit". Volgens de Toelichting bij de Vierde Nota van Wijziging²⁹⁷ zou die beperking in de praktijk vaak opgaan. Onmiddellijke overmaking zal van de gerechtsdeurwaarder bijvoorbeeld in redelijkheid niet kunnen worden verlangd, omdat dit ondoenlijk is met het oog op de vele transacties van veelal kleine bedragen of omdat de gelden over meerdere rechthebbenden moeten worden verdeeld. Voorts zou, volgens de Toelichting, de gerechtsdeurwaarder een mogelijkheid hebben om het hem toekomende saldo aan verschotten en incassoprovisie te verrekenen. Het is hem toegestaan dit saldo na 'uitsplitsing' van deze rekening naar zijn eigen rekening over te boeken. Daarnaast is de regeling rente bijzondere rekeningen gerechtsdeurwaarders²⁹⁸ van belang. Hierin staat bepaald dat

²⁹⁵ Pitlo-Croes 1995, 228.

²⁹⁶ Mogelijk anders Tilleman 1997, 131-132 (nr. 249).

²⁹⁷ TK22 775, nr. 16.

²⁹⁸ *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 12.

de gerechtsdeurwaarder de rechthebbende rente moet vergoeden indien zijn aandeel hoger is dan €500 (f 1101,86) en niet binnen 5 dagen na ontvangst wordt afgedragen (art. 3). In de toelichting staat vermeld dat "het aandeel op de bijzondere rekening zo snel mogelijk door de gerechtsdeurwaarder aan de rechthebbende [dient] te worden uitgekeerd. De gerechtsdeurwaarder heeft immers geen belang om derden-gelden langer te beheren dan uit praktische overwegingen strikt noodzakelijk is, en voorkomt met tijdige uitkering bovendien de toevoeging van substantiële en voor afdracht in aanmerking komende rente". In art. 7 lid a administratieverordening gerechtsdeurwaarders²⁹⁹ wordt vermeld dat de gerechtsdeurwaarder het bedrag tijdig aan de opdrachtgever dient uit te keren. Volgens de toelichting zou dit één tot twee weken na ontvangst van de gelden moeten zijn, tenzij anders met de opdrachtgever is overeengekomen. Gezien de context waarin de toelichting is opgenomen, wordt hier de algehele afrekening bedoeld.

In België mag een gerechtsdeurwaarder die betaling voor zijn opdrachtgever ontvangt, deze niet langer dan een maand in kas houden, tenzij er voor het verstrijken van deze termijn verzet of beslag onder derden is betekend (art. 2 lid 2 K.B. 30 november 1976)³⁰⁰. Verder hebben gerechtsdeurwaarders te maken met een aantal wettelijke regels die hun beperkingen oplegt ten aanzien van de afdracht van gelden. Zo zijn zij verplicht de ontvangen gelden bij een bewarend beslag of uitvoerend beslag waartegen verzet of hoger beroep is ingesteld, te storten op een afzonderlijke rekening bij de Deposito- en Consignatiekas (art. 1403-1405 Ger. W). Deze instantie wordt ook betrokken in het geval er bij de evenredige verdeling na een verkoop of beslag op gelden, door andere schuldeisers -na verzet- tegenspraak wordt gevoerd en door de gerechtsdeurwaarder geen minnelijke schikking tot stand gebracht kan worden

²⁹⁹ *Stcr* 12 juli 2001, nr. 132, 10.

³⁰⁰ K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke- en handelszaken en van het tarief van sommige toelagen, *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement.*

(art 1631 Ger. W). Is er sprake van een schikking of is er geen tegenspraak gevoerd dan is de gerechtsdeurwaarder gehouden de gelden te verdelen (art. 1630 Ger. W).

Advocaten in Nederland hebben te maken met de Boekhoudverordening 1998, die regels geeft over derdengelden. De advocaat dient erop toe te zien dat de derdengelden niet aan hem worden overgemaakt, maar rechtstreeks naar de belanghebbende hetzij naar de hem ter beschikking staande Stichting Derdengelden (art. 3 lid 2). Bedragen die hij rechtstreeks ontvangt moeten direct naar de rechthebbende of de Stichting Derdengelden worden overgemaakt (art. 3 lid 3). Bedragen bij de Stichting Derdengelden moeten naar de rechthebbende worden overgemaakt zodra de gelegenheid zich voordoet (art. 3 lid 4). Overigens mag de advocaat de derdengelden niet tot zekerheid of anderszins in strijd met de bestemming gebruiken (art. 3 lid 2). Uit de Toelichting valt op te maken dat de hoofdregel is dat derdengelden onverwijld naar de rechthebbende moeten worden overgemaakt, tenzij er redenen zijn om die gelden niet door te betalen, in welk geval de gelden op de rekening van de Stichting Derdengelden moeten worden gestort. Zodra er geen reden meer is de gelden onder zich te houden, dienen deze te worden doorbetaald. De rechthebbende heeft jegens de Stichting Derdengelden een rechtstreekse aanspraak op de voor hem bestemde gelden (art. 1 lid e Boekhoudverordening 1998 j° art. 3 model overeenkomst³⁰¹). Daarnaast blijft de advocaat aansprakelijk voor een eventueel tekort (art. 6 model overeenkomst). Volgens de Gedragscode van de Vereniging van Incasso Advocaten (VIA) moet de 'VIA-advocaat' erop toezien dat de gelden betaald aan de Stichting Derdengelden binnen veertien dagen worden doorbetaald aan de opdrachtgever, tenzij schriftelijk anders overeengekomen (art. 11). De opdrachtgever kan de stichting derdengelden verzoeken gelden over te maken naar de rekening van de 'VIA-advocaat' ter voldoening van zijn openstaande declaraties (art. 12). De leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) dienen over

³⁰¹ Opgenomen als bijlage (A) bij de Boekhoudverordening 1998.

de tussentijdse afdrachten, waarbij kosten en incassoprovisie verrekend kunnen worden, een afspraak met de opdrachtgever te maken (art. 6.3), terwijl voor de leden van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA) geen afzonderlijke bepaling in de Gedragscode over de afdrachten is opgenomen.

In België is in het (nationale) reglement Verhandeling van gelden van cliënten of derden (zie ook Derden - Reglement derdengelden van 29 juni 1998 van de Antwerpse orde van advocaten), een bepaling opgenomen: "... de advocaat waakt erover dat de fondsen binnen de kortste tijdspanne aan hun bestemming worden overgemaakt" (art. 3). De derdengelden moeten op een aparte derdenrekening worden overgemaakt (art. 1). Nadat de opdrachtgever schriftelijk op de hoogte is gebracht, kan de advocaat het bedrag geheel of gedeeltelijk behouden als voorschot, honorarium of kosten (art. 2). Het reglement is evenals de Nederlandse Boekhoudverordening geënt op de gedragscode van de advocaten van de Europese Gemeenschap. Voor gerechtsdeurwaarders in België zijn er geen aparte gedragsregels over de tussentijdse afdracht opgenomen.

Leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen zijn volgens de gedragsregels verplicht om een aparte bankrekening voor de gelden van derden te openen (art. 5.3 Deontologische Code). Eens per maand moeten de geïncasseerde bedragen onder aftrek van het loon aan de opdrachtgever worden doorbetaald (art. 7.3 Deontologische Code). Hiervan kan slechts schriftelijk worden afgeweken.

Tuchtrechtspraak in Nederland

95 In Nederland zijn met betrekking tot advocaten de uitspraken van

de Raden en het hof van discipline duidelijk.³⁰² Een advocaat dient de voor zijn opdrachtgever ontvangen gelden zo spoedig mogelijk door te betalen (HvD 11 maart 1991, *Advocatenblad* 1992, 101; HvD 18 november 1991, *Advocatenblad* 1992, 465; vgl. RvD 's-Hertogenbosch, *Advocatenblad* 1990, 224; RvD Arnhem 21 september 1992, *Advocatenblad* 1993, 412; RvD Arnhem 11 juli 1994, *Advocatenblad* 1995, 481; RvD Arnhem 18 september 1995, *Advocatenblad* 1996, 623). Een reden om het geld onder zich te houden kan zijn dat betaling onder voorbehoud van rechten geschiedde of door de advocaat de toezegging werd gedaan om het geld onder zich te houden, omdat er verder over onderhandeld of geprocedeerd wordt (HvD 8 april 1991, *Advocatenblad* 1992, 102). Gedeponeerde gelden kunnen niet zo maar worden teruggestort (RvD 's-Hertogenbosch 11 november 1991, *Advocatenblad* 1992, 466; vgl. RvD Arnhem 1 juli 1996, *Advocatenblad* 1997, 1277) of worden gebruikt om er declaraties mee te voldoen (HvD 4 oktober 1993, *Advocatenblad* 1994, 559).

Klachten over het niet afdragen van geïncasseerde gelden komen in Nederland bij de gerechtsdeurwaarders regelmatig voor. Veelal is er sprake van laksheid of tijdelijke belemmeringen (landelijke tuchtkamer 2 december 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 70: meer klachten; landelijke tuchtkamer 20 januari 1997, *De Gerechtsdeurwaarder* 1997, 107: ongeval; landelijke tuchtkamer z.d., *De Gerechtsdeurwaarder* 1997, 108: drukte en automatiseringsproblemen; landelijke tuchtkamer 14 april 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1998, 170: geen reactie). Uit de tuchtrechtspraak is niet precies op te maken wanneer een gerechts-

³⁰² De Boekhoudverordening 1990 (*Advocatenblad* 1990, bijvoegsel bij nr. 18) was minder streng tegenover de advocaat. Hij moest de derdengelden 'aanstonds' aan de opdrachtgever door betalen (art. 2 lid 1). De Raad vond een termijn van drie weken nog net aanvaardbaar. Was doorbetaling niet mogelijk of wenselijk en het bedrag groter dan f 5000 (€ 2.268,90) dan moest de advocaat dit bedrag op een afzonderlijke rekening of een stichting tot beheer van derdengelden zetten (art. 2 lid 2). Als er een reden is om een (groot) bedrag onder zich te houden, dan diende de advocaat uit eigen beweging het bedrag op een rentehoudende rekening te plaatsen (HvD 8 oktober 1990, *Advocatenblad* 1991, 340; HvD 11 maart 1991, *Advocatenblad* 1992, 101).

deurwaarder tot tussentijdse afdracht dient over te gaan. Zo meende een gerechtsdeurwaarder dat een opdracht om kinderalimentatie te incasseren een 'lopende' opdracht was en droeg dan ook een aantal ontvangen termijnen niet af. De landelijke tuchtkamer (13 juni 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 144) verklaarde de tegen hem ingediende klacht gegrond, omdat hij rekening had moeten houden met de aard van de veroordeling en tussentijds had moeten afrekenen. In de hierboven vermelde uitspraak van 20 januari 1997 scherpte de landelijke tuchtkamer de plicht tot tussentijdse afdracht enigszins aan, door te stellen dat de gerechtsdeurwaarder na ontvangst van forse bedragen deze zo spoedig mogelijk dient af te rekenen.

Civiele jurisprudentie in België

96 In België werd een gerechtsdeurwaarder in de renteschade veroordeeld, omdat hij de ontvangen gelden niet direct aan zijn opdrachtgever had doorbetaald of op een afzonderlijke rekening had geplaatst (Rb. Hasselt 6 januari 1986, *R. W.* 1987-1988, 1342). Is er sprake van andere schuldeisers die beslag hebben gelegd of verzet hebben gepleegd, dan kan de gerechtsdeurwaarder de ontvangen bedragen niet zonder meer aan zijn opdrachtgever doorbetalen, zelfs al wordt hij van zijn opdracht ontheven (Rb. Antwerpen 4 mei 1993, *R. W.* 1993-1994, 960).³⁰³

Gevolgtrekkingen

97 Advocaten in Nederland en België zijn volgens de gedragsregels

³⁰³ Interessant is het vonnis van rechtbank te Brussel (7 september 1988, AR 178.963, bevestigd door het hof Brussel 27 maart 1992, AR 1992, 3814/87; beide uitspraken besproken in Depuydt 1993, 50-51) waarbij een notaris de opbrengst van een veiling per abuis overmaakte naar de advocaat van de schuldenaren in plaats van de hypothecaire schuldeiser. De advocaat stortte het bedrag weer door naar een andere advocaat en die betaalde het aan de schuldenaren. De schuldenaren "verdwenen met het geld in de natuur". Beide advocaten wisten dat de notaris een vergissing had begaan en werden dan ook met de notaris in de helft van de schade veroordeeld.

verplicht de ontvangen bedragen direct aan hun opdrachtgevers over te maken. Bij de 'VIA-advocaten' is hiervoor een termijn van 14 dagen bepaald, tenzij schriftelijk anders overeengekomen. Ook gerechtsdeurwaarders in België zijn gehouden de ontvangen bedragen binnen een maand door te betalen, tenzij er wettelijke belemmeringen zijn. Bij de gerechtsdeurwaarders in Nederland bestaat die plicht feitelijk niet. Zij moeten echter indien het bedrag hoger is dan €500 (f 1101,86) en niet binnen vijf dagen wordt doorbetaald, rente aan de opdrachtgever vergoeden. Bij de incassobureaus in beide landen is de situatie onduidelijk. Volgens de gedragsregels voor de leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) dienen de leden afspraken met opdrachtgevers te maken. In een enquête³⁰⁴ onder incassobureaus zegt het grootste deel van de respondenten op redelijke termijn tussentijds af te rekenen. De leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen hebben daarentegen de plicht om eens per maand tussentijds af te rekenen. Hiervan kan alleen worden afgeweken wanneer de incassant en de opdrachtgever dit schriftelijk overeenkomen.

Het maken van afspraken over tussentijdse afdrachten met de opdrachtgever is voor alle incassanten van belang. Uitgangspunt is dat de incassant een tussentijdse afdrachtplicht heeft. Niet alleen omdat gedragsregels dit soms van hem eisen, maar omdat dit niet meer dan redelijk is. Er is geen enkel relevant argument te bedenken waarom bedragen die aan een incassant worden betaald en bestemd zijn voor de opdrachtgever, daar tot het einde van de incassoprocedure zouden moeten blijven. Dit klemt temeer indien de vordering uit een groot bedrag bestaat, wanneer sprake is van termijnbetalingen of in het geval de opdrachtgever meer schuldvorderingen bij de incassant heeft lopen

³⁰⁴ *Controllers Magazine* (nr. 4; september 1995, 39-61). 10% zou dagelijks, 17% wekelijks, 25% maandelijks, 19% anders (afhankelijk van de wil van de cliënt, de hoogte van het bedrag of direct) en 20% na volledige afwikkeling afdragen. Het argument van een incassobureau dat tot de laatste categorie behoorde, was, dat dit gunstig voor de cliënt zou zijn, omdat anders deze en het incassobureau een 'gigantische' administratie nodig zouden hebben.

waarin betalingen worden verricht. In het algemeen dient de incassant direct, in de praktijk ten minste binnen één maand, *alle* ontvangsten aan zijn opdrachtgever af te dragen. Het verrekenen van de gedane verschotten of incassoprovisie over de ontvangen bedragen óf het periodiek in rekening brengen van deze kosten aan de opdrachtgever zonder dat daar ontvangsten tegenover staan, is de keerzijde van de afdrachtplicht, maar dient wel in overleg met de opdrachtgever te gebeuren (zie ook art. 7 lid b administratieverordening gerechtsdeurwaarders)³⁰⁵.

4.2.6 Voortgang van de werkzaamheden

Inleiding

98 Er zijn bij al de beroepsgroepen in beide landen beroepsbeoefenaars die talmen met de voortgang van de werkzaamheden. Met name bij het te laat instellen van procedures of het betekenen van exploitatie kan dit tot verval of verjaring van de schuldvordering leiden. Het onderwerp ligt in het verlengde van het onderwerp zelfstandig maatregelen nemen, zoals besproken in § 4.2.2. Het valt eveneens onder de zorgplicht die de opdrachtnemer heeft. In beide landen ontbreekt regelgeving.

Civiele jurisprudentie in Nederland

99 In Nederlandse civiele procedures komt het regelmatig voor dat een advocaat of gerechtsdeurwaarder een termijn laat verlopen. Waarvoor dat soort verzuim wordt veroorzaakt, is niet altijd duidelijk. Er kan sprake zijn van een vergissing, onkunde of het laten versloffen van de zaak (zie HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257; HR 23 februari 2001, *JOL* 2001, 153). Dit laatste verzuim komt hier te sprake.

Zo werd een advocaat veroordeeld, omdat hij onder meer de conclusie van antwoord te laat had ingediend. De vraag van de rechtbank of hij

³⁰⁵ *Stcr* 12 juli 2001, nr. 132, 10.

zich voldoende had ingespannen om het gebrek te herstellen, kon niet door hem worden beantwoord. Opvallend is dat de advocaat ook niet voldeed aan het tussenvonnissen om het procesdossier over te leggen (Rb. 's-Gravenhage 18 januari 1995, 21 juni 1995 en 10 april 1996, *Prg.* 1996, 4554; vgl. Ktg. Amsterdam 27 juni 1986, *Prg.* 1986, 2599). Duidelijk zijn de gevallen waarin de advocaat of deurwaarder op het verzuim werden gewezen. Zo werd een advocaat aansprakelijk geacht, omdat hij had nagelaten het griffierecht te voldoen; met als gevolg niet-ontvankelijkheid. De advocaat was tweemaal op het verzuim gewezen (Rb. Zwolle 14 oktober 1992, *Prg.* 1993, 3792). Ook de zaak waarin een advocaat het dossier veel te laat en nadat hij in de gelegenheid was gesteld het verzuim te herstellen, ter griffie van de Hoge Raad bezorgde, leverde een niet-ontvankelijkheid van het beroep op (HR 19 maart 1993, *NJ* 1993, 303).

Door het talmen kan ook de verhaalbaarheid van een vordering verloren gaan. Dit bleek bijvoorbeeld toen een gerechtsdeurwaarder in rechte van zijn voormalige opdrachtgever zijn declaratie vorderde. De gerechtsdeurwaarder had drie maanden gewacht met het leggen van beslag op de woning van de schuldenaar, ondanks het feit dat hij wist dat er veel schulden waren. De woning bleek een dag daarvoor te zijn overgedragen. De kantonrechter wees de vordering van de gerechtsdeurwaarder af (Ktg. Wageningen 12 juli 1995, *Prg.* 1995, 4353)³⁰⁶. Soms kunnen enkele dagen al fataal zijn. Zo kreeg een gerechtsdeurwaarder de opdracht om per omgaande beslag te leggen op onder meer de girorekening van de schuldenaar. Dit werd niet gedaan. Later bleek dat de girorekening ten tijde van de ontvangst een aanzienlijk positief saldo vertoonde. Enkele dagen later was de girorekening 'leeggehaald'. Een

³⁰⁶ In de noot van de redactie van *De Praktijkids* werd aangestipt dat uit deze uitspraak geen algemene lessen kunnen worden getrokken, omdat de wetenschap van de gerechtsdeurwaarder over de solvabiliteit de doorslag tot de uitspraak zou hebben gegeven. Kennelijk wordt een termijn van drie maanden als niet (al) te lang beschouwd, ondanks het feit dat een onroerend zaak beslag eenvoudig door de gerechtsdeurwaarder is te leggen: het is een bureaubeslag.

maand later werd de schuldenaar surséance van betaling verleend, welke twee maanden later uitliep in een faillissement. De gerechtsdeurwaarder werd veroordeeld tot schadevergoeding gelijk aan de openstaande schuld (Rb. Arnhem 2 december 1999, *Prg.* 2000, 5455). Ook een incassobureau dat een gerechtsdeurwaarder voor betekening en tenuitvoerlegging van het vonnis inschakelt, dient erop toe te zien dat de werkzaamheden bij de gerechtsdeurwaarder voldoende vlot verlopen (Ktg. Alkmaar 2 december 1998, *NJ* 2000, 450)³⁰⁷.

Tuchtrechtspraak in Nederland

100 Een advocaat werd door de tuchtrechter verweten dat hij de zaak voor zich uitschoof, het initiatief aan de opdrachtgever overliet, de opdrachtgever aan het lijntje hield, afspraken niet nakwam en de opdrachtgever niet of onvoldoende informeerde.³⁰⁸ Dit is uitzonderlijk. De meeste procedures bij advocaten zijn echter zaken waarin termijnen zijn verlopen.³⁰⁹ Het is niet altijd duidelijk waardoor de verzuimen zijn veroorzaakt. Dat bleek wel bij een klacht tegen een advocaat die verzuimd had in diverse fasen van de procedure rechtsbijstand aan zijn cliënt te geven en brieven van hem onbeantwoord liet. Uit eerdere klachtzaken was de Raad gebleken dat de advocaat getroffen was door ernstig leed in de familiekring. Desondanks werd hij twee maanden geschorst in de uitoefening van de praktijk, omdat hij maatregelen had

³⁰⁷ Volgens een noot van de redactie werd het vonnis op 9 september 1999 door de Rb. Alkmaar bekrachtigd.

³⁰⁸ RvD Leeuwarden 23 februari 1996, *Advocatenblad* 1997, 171; zie ook RvD Leeuwarden *Advocatenblad* 1995, 34; RvD Amsterdam 21 oktober 1996, *Advocatenblad* 1997, 878; vgl. RvD, *Advocatenblad* 1998, 556; HvD 16 februari 1998, *Advocatenblad* 1999, 52; RvD 16 november 1998, *Advocatenblad* 1999, 840.

³⁰⁹ HvD 21 april 1987, *Advocatenblad* 1987, 559: te laat instellen van een verzetprocedure tegen een verstekvonnis; HvD 18 maart 1991, *Advocatenblad* 1991, 622: te laat inschrijven van een adoptievonnis ondanks toezegging en verkeerd juridisch advies; HvD 10 juni 1991, *Advocatenblad* 1992, 206: te laat instellen van het hoger beroep van een vonnis; HvD 18 mei 1992 *Advocatenblad* 1993, 202: het niet tijdig indienen van een beroep tegen een beslissing van de bedrijfsvereniging.

moeten nemen (RvD 's-Gravenhage 30 juni 1997, *Advocatenblad* 1998, 618). Bij diverse klachten tegen gerechtsdeurwaarders bleek, nadat verzoeken om informatie niet werden beantwoord, dat deze gerechtsdeurwaarders niet eens begonnen waren met de werkzaamheden (landelijke tuchtkamer 15 juni 1993, *De Gerechtsdeurwaarder* 1993, 222; landelijke tuchtkamer 10 juli 1995, *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 156). Soms wordt niet afgerekend ondanks uitdrukkelijk verzoek (landelijke tuchtkamer 5 december 1997, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 253; kamer van beroep 30 juni 1999, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 255). In andere klachtprocedures werden de werkzaamheden ondanks spoedeisendheid veel te laat uitgevoerd (landelijke tuchtkamer 13 oktober 1992, *De Gerechtsdeurwaarder* 1993, 26; kamer van beroep z.d., *De Gerechtsdeurwaarder* 1990, 70).

Civiele jurisprudentie in België

101 Ook in België is het te laat of niet instellen van de vordering nog al eens voorwerp van een procedure tussen de voormalige opdrachtgever en de advocaat of gerechtsdeurwaarder.³¹⁰ Soms worden zowel advocaat als gerechtsdeurwaarder aangesproken. Zo had een advocaat een bevoegde gerechtsdeurwaarder opdracht gegeven om de dagvaarding te betekenen, zonder daarbij te vermelden dat er sprake was van een vervaltermijn. De advocaat had dit volgens het hof dienen te vermelden. Maar ook de gerechtsdeurwaarder had uit de stukken moeten opmaken dat er

³¹⁰ Rb. Dendermonde 27 januari 1982, *R.W.* 1985-1986, 2847; Gent 17 maart 1983, *R.G.A.R.* 1984, 10774; Rb. Nivelles 28 mei 1985, *R.G.A.R.* 1986, 11091; Rb. Nivelles 2 oktober 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11209; Rb. Dendermonde 5 november 1987, *T.B.B.R.* 1990, 83; Rb. Neufchâteau 6 november 1985, *Rev.Dr.* 1986, 412; Liège 16 november 1987, *J.L.M.B.* 1988, 808; Rb. Charleroi 29 maart 1988, *J.T.* 1989, 79; Rb. Mechelen 13 maart 1989, *T.B.B.R.* 1990, 85; Rb. Namur 31 mei 1990, *J.L.M.B.* 1991, 533; Cass. 14 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 734, *Pas.* 1991, I, 651. Soms is het te laat in beroep gaan geen fout van de advocaat. Ook griffiers maken fouten (Cass. 9 mei 1990, *J.L.M.B.* 1991, 542 met noot Piedboeuf). In casu was door de griffie een verkeerde datum aan de advocaat doorgegeven, waardoor deze niet meer tijdig in beroep kon. Er werd beslist dat er sprake was van overmacht.

sprake was van een fatale termijn (Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; zie ook Liège 11 maart 1997, *T.B.B.R.* 1998, 348).

Gerechtsdeurwaarders worden nogal eens aangesproken nadat blijkt dat verhaalsmogelijkheden zijn verdwenen. Zo werd een gerechtsdeurwaarder veroordeeld, omdat hij ondanks herhaalde verzoeken van de advocaat van de schuldeiser te laat inlichtingen bij het kadaster vroeg. Toen hij dit wel deed, was het woonhuis van de schuldenaar net verkocht (Rb. Leuven 16 maart 1993 en 15 juni 1993, AR 49.269, Depuydt 1994, 29 en 58). In een eerder aangehaalde procedure (Rb. Huy, 27 november 1985 *R.G.A.R.* 1987, 11188) waarbij het bedrijf van een schroothandelaar ontruimd moest worden, stelde de gerechtsdeurwaarder de verkoop en ontruiming uit. Zes maanden later vonden de verkoop en ontruiming door een andere gerechtsdeurwaarder plaats. De eerste gerechtsdeurwaarder werd veroordeeld in de schade gelijk aan zes maanden huur en de meerkosten. In een andere zaak werd de traagheid bij de tenuitvoerlegging 'bestraft' met een veroordeling van het renteverlies over de netto-opbrengst van de openbare verkoop aan de schuldeiser, een financieringsmaatschappij. Het argument van de gerechtsdeurwaarder dat hij te kampen had met gezondheidsproblemen werd - terecht - niet gehonoreerd (Rb. Marche-en-Famenne, 11 juni 1987, AR 490/86, Depuydt 1994, 29). Dat was ook het geval bij de gerechtsdeurwaarder die het te druk zou hebben. Pas na bijna twee maanden werd het vonnis betekend, na ruim twee maanden bevel gedaan en na vier maanden werd doorgegeven dat de schuldenaar spoorloos was verdwenen. De gerechtsdeurwaarder werd door de advocaat van de schuldeiser vele malen gerappelleerd (Rb. Charleroi 21 december 1983, *J.T.* 1984, 199). Een ander voorbeeld waarbij de betrokken gerechtsdeurwaarder een excuus lijkt te hebben dat niet door de rechter zal worden gehonoreerd, is het geval dat speelde voor de rechtbank van Charleroi (Rb. Charleroi 26 januari 1988, *J.T.* 1988, 736). De gerechtsdeurwaarder aan wie opdracht tot tenuitvoerlegging van een vonnis werd gegeven, overleed, zodat aan de

gerechtsdeurwaarder met wie de overledene een maatschap had, werd gevraagd een vrachtwagen van de schuldenaar in beslag te nemen. Dit gebeurde echter niet en ook reageerde de gerechtsdeurwaarder niet op standverzoeken. Pas later kwam hij met de mededeling dat het dossier zoek was en dat hij een tweede expeditie zou vragen. Kort daarna ging de schuldenaar failliet. De gerechtsdeurwaarder werd door de rechtbank in de schade veroordeeld gelijk aan het verschil van de waarde van de vrachtwagen en het bedrag dat in het faillissement werd uitgekeerd.³¹¹

Niet iedere advocaat of gerechtsdeurwaarder wordt terecht aangesproken. Zo kreeg het hof van Antwerpen (Antwerpen 22 maart 1989, *Pas.* 1989, II, 240) een geval te beslechten waarin een gerechtsdeurwaarder enkele dagen na de opdracht het vonnis betekende, anderhalve maand later bevel deed, nog eens anderhalve maand later het beslag op roerende goederen legde, de verkoop driemaal uitstelde - waarbij hij een gedeeltelijke betaling ontving - en bij de vierde maal constateerde dat de schuldenaar spoorloos was verdwenen. Het hof oordeelde dat de gerechtsdeurwaarder "beslist niet inactief" was geweest. Wel fout zat een advocaat die gedurende acht jaar met een procedure talmde. Toen uiteindelijk het vonnis werd uitgesproken bleek verhaal niet meer mogelijk, omdat de schuldenaar was verdwenen. Desondanks werd de advocaat niet veroordeeld, omdat de opdrachtgever hem niet ingebreke had gesteld. In de noot heeft Hoste moeite met deze formele uitspraak en adviseert cliënten bij hun advocaten regelmatig naar de stand en de vooruitgang van de zaak te vragen en aan te dringen op spoed bij de behandeling van de zaak (Brussel 12 april 1989, *Consumentenrecht* 1991, nr. 13, 849 met noot Hoste).

³¹¹ Zie voor andere niet-gepubliceerde uitspraken Depuydt 1994, 54-61. Zie voor tuchtrechtspraak Stevens 1990, 577-578. Familieproblemen, instorting, ziekte of zware psychische druk zijn geen rechtvaardiging om zich te onttrekken aan zijn verplichtingen. Ze kunnen wel als verzachtende omstandigheden voor de tuchtstraf gelden.

Gevolgtrekkingen

102 Duidelijke gevallen van het talmen met de voortgang van de werkzaamheden komen bij de tucht- of civiele rechter terecht. Dit zijn vooral zaken waarin de advocaat of de gerechtsdeurwaarder een termijn laat verlopen waardoor geen acties meer mogelijk zijn, óf zaken waarin hij in het geheel niet meer reageert. In beide landen is dat hetzelfde. Het duidelijkst zijn de civiele uitspraken over de Belgische gerechtsdeurwaarders. In de besproken gevallen waren de gerechtsdeurwaarders aansprakelijk in het geval zij de zaak te lang onder zich hielden of niet reageerden, waardoor verhaalsmogelijkheden verloren gingen. Drukke, ziekte of andere argumenten bleken geen geldige argumenten. De gerechtsdeurwaarder zal maatregelen moeten nemen, zoals het aantrekken van personeel of uitbreiding daarvan om te voorkomen dat de voortgang van de werkzaamheden in het gedrang komt. Doet hij zijn werk in het tempo zoals van een redelijk handelend gerechtsdeurwaarder verwacht kan worden, dan valt hem niets te verwijten. Een en ander geldt ook voor de incassant (zie ook nr. 73). Hij zal geen zaken moeten laten liggen en steeds - zinvolle - maatregelen moeten nemen en tijdig de zaak met de opdrachtgever afrekenen.

4.3 De zorgplicht van de opdrachtgever

Inleiding

103 De opdrachtgever moet de opdrachtnemer in staat stellen zijn werk goed te kunnen verrichten. Bij incasso valt te denken aan het op de hoogte brengen van de door de opdrachtgever met de schuldenaar gemaakte afspraken en rechtstreeks ontvangen betalingen, maar ook het reageren op de door de incassant gevraagde instructies. Deze en andere aspecten vallen onder de zorgplicht die de opdrachtgever heeft. Die zorgplicht³¹² is een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid die bij de uitvoering van de overeenkomst in acht genomen moet worden (art. 6:248 BW; art. 1134 lid 3 Belg. B.W.). Aan de hand van de jurisprudentie zal bekeken worden tot hoever de zorgplicht voor de opdrachtgever reikt.

Civiele jurisprudentie in Nederland

104 De zorgplicht van de opdrachtgever is in de civiele jurisprudentie niet vaak aan de orde geweest. Zo werd de opdrachtgever van een gerechtsdeurwaarder door een schuldenaar aangesproken, omdat er tijdens de ontruiming zaken waren beschadigd. De opdrachtgever sprak op zijn beurt de gerechtsdeurwaarder in vrijwaring aan. Deze gevoegde procedures belandden uiteindelijk bij de Hoge Raad. Zowel de gerechtsdeurwaarders als de opdrachtgever werden tot schadevergoeding veroordeeld. De opdrachtgever omdat hij - aanwezig bij de ontruiming - deze niet stopte en de gerechtsdeurwaarder omdat hij de ontruiming had gedaan (HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 174). Zijdelings kwam de zorgplicht ter sprake in de procedure die een schuldenaar tegen de schuldeiser aanspande nadat de gerechtsdeurwaarder die met de ontruiming van zijn woning was belast, zonder overleg een betalingsregeling

³¹² Van der Grinten 1993, 20; Asser-Kortmann 1994, 63 (nr. 77).

had getroffen en erin had toegestemd dat de schuldenaar nog zes maanden in de woning mocht blijven. Wat de gerechtsdeurwaarder niet wist, was dat de schuldenaar daarvoor tevergeefs een kort geding had aangespannen om de ontruiming te staken. Volgens de schuldenaar had het op de weg van de schuldeiser gelegen om de gerechtsdeurwaarder van het kortgedingvonnis op de hoogte te brengen. Het hof dat in hoger beroep over de kwestie kreeg te oordelen, vond echter dat het op de weg van de schuldenaar had gelegen om de gerechtsdeurwaarder op de hoogte te stellen, nu deze wist dat de schuldeiser bij zijn standpunt volhardde. In cassatie stelde de Hoge Raad (24 april 1992, *NJ* 1993, 190 met noot Snijders) dat een schuldenaar er in het algemeen op mag vertrouwen dat een gerechtsdeurwaarder die met de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis is belast, bevoegd is tot het treffen van een betalingsregeling. Bijzondere omstandigheden, zoals in casu, kunnen meebrengen dat een zodanig vertrouwen niet zonder meer gerechtvaardigd is. Deze procedure liep dan ook goed af voor de schuldeiser, maar vooral voor de gerechtsdeurwaarder. Deze laatste had duidelijk een beroepsfout gemaakt door zonder overleg de ontruiming uit te stellen. De schuldeiser was weliswaar tekort geschoten in de zorgplicht door de uitslag van het kort geding niet aan de gerechtsdeurwaarder door te geven, maar de grootste fout lag evenwel bij de gerechtsdeurwaarder.

In een andere zaak voerde de voormalige opdrachtgever verweer tegen de declaratievordering van een advocaat. De opdrachtgever stelde onder meer dat hij als leek zou zijn bezweken voor de overredingskracht van de advocaat om een minnelijke schikking te verkiezen boven een procedure. De rechter oordeelde dat de opdrachtgever de schikking duidelijk had moeten afwijzen (Ktg. Rotterdam 6 februari 1996, *Prg.* 1996, 4555). In een declaratiezaak kwam de voormalige opdrachtgever met het verweer dat de advocaat hem niet duidelijk en met klem erop had gewezen dat zijn eis om aan de medewerking aan een deskundigenonderzoek een videoregistratie te verbinden, een risico inhield dat de rech-

ter een dergelijke eis niet zou accepteren. Tijdens de procedure bleek dat de opdrachtgever zelf al tot dat inzicht was gekomen. Hij had de advocaat daarvan op de hoogte moeten brengen (HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 614).

Civiele jurisprudentie in België

105 In België kwam in een aantal procedures de zorgplicht van de opdrachtgever aan de orde nadat de advocaat werd aangesproken, omdat hij te laat een procedure had ingesteld. Zo had de opdrachtgever het exploit van betekening van een verstekvonnis opgestuurd naar het oude adres van de advocaat. De rechtbank verweet de advocaat die al eerder correspondentie van de opdrachtgever op zijn oude adres had ontvangen, dat hij de opdrachtgever daarop had moeten wijzen. Overigens speelde in deze zaak wellicht ook mee dat het verstek(-vonnis) werd veroorzaakt door de advocaat, omdat hij zich wegens ziekte en later wegens vakantie niet had gesteld (Rb. Brussel 19 december 1988, AR 12.502, Depuydt 1993, 42). In een andere zaak werd de fout van de opdrachtgever om het exploit van betekening naar de vakbond in plaats van de advocaat toe te sturen, niet bestraft, omdat de advocaat zijn cliënt beter had moeten instrueren (Rb. Tournai 17 december 1990, AR 24.181, Depuydt 1993, 42-43.). In een procedure die in eerste aanleg diende voor de rechtbank werd de opdrachtgever, een verzekeringsmaatschappij, verweten dat deze nog enkele technische gegevens diende te verstrekken, waardoor de advocaat de beroepsprocedure niet kon aanvangen. In hoger beroep werd daarentegen overwogen dat de advocaat voldoende gegevens had om het beroep in te stellen, een uitdrukkelijk toezegging daartoe had gedaan en dat hij zijn opdrachtgever minstens had moeten laten weten dat hij zijn toezegging niet kon nakomen (Rb. Brussel 25 juni 1984, AR 123,083 resp. Brussel 9 oktober 1986, AR 2501/84, Depuydt 1993, 43-44). Ook in een andere procedure had de advocaat

volgens de rechtbank genoeg gegevens om hoger beroep in te stellen, hoewel de opdrachtgever verzuimd had de betekening van het vonnis door te sturen, de grieven ten aanzien van het bestreden vonnis niet had verstrekt en de nota van de vorige advocaat niet had betaald (Rb. Neufchâteau 6 november 1985, *Rev. Dr.* 1986, 412). In een zaak waarbij een advocaat enkele dagen voor het verstrijken van de verjaringstermijn zijn opdrachtgever schrijft onmiddellijk met hem contact op te nemen zonder de noodzaak daarvan te vermelden, werd hij omwille van vaagheid aansprakelijk geacht (Rb. Liège 23 maart 1990, *R.G.A.R.* 1992, 12064).

Niet altijd loopt een procedure slecht af voor de advocaat. Zo werd een advocaat niet aansprakelijk geacht voor het verlopen van een verjaringstermijn in een ontslagprocedure, omdat de opdrachtgever daarvan op de hoogte was en hem niet tijdig instructies had gegeven. De advocaat had hierom ruim van tevoren gevraagd. Bovendien had de opdrachtgever zich zelf om de spoedeisendheid moeten bekommeren (Liège 28 januari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1280). Ook blijkt dat van een opdrachtgever verwacht mag worden dat hij niet blijft stilzitten indien hij bemerkt dat de advocaat zijn inziens een verkeerde weg opgaat (Arbh. Brussel 27 juni 1983, AR 5323 en 11127, Depuydt 1993, 60-61), of talmt met de zaak (Brussel 12 april 1989, *Consumentenrecht* 1991, 849).

Bij gerechtsdeurwaarders in België zullen onduidelijke of verkeerde instructies niet snel aan de opdrachtgever verweten worden. De gerechtsdeurwaarder heeft hier een eigen onderzoeksplicht en verantwoordelijkheid (Rb. Brussel 19 september 1985, AR 144.699 en AR 150.737: betekenen aan het oude adres van vennootschap; Rb. Brussel 12 september 1984, AR 148.771: betekening aan adres raadsman; Depuydt 1994, 38-39). Dit geldt voor informatie die de gerechtsdeurwaarder zelf of via registers te weten had kunnen komen. Anders is het wanneer de opdrachtgever niet aangeeft dat bij de opdracht spoed betracht moet worden (Rb. Mons 20 november 1991, AR 86.121, Depuydt 1994, 39-40), of dat de tenuitvoerlegging wegens een beta-

lingsregeling opgeschort kan worden (Besl. Brussel 27 november 1986, *L'Huissier de Justice-De Gerechtsdeurwaarder* 1987, 114).

Gevolgtrekkingen

106 Uit de jurisprudentie in Nederland als in België blijkt dat de opdrachtgever niet snel iets verweten wordt. Met name advocaten en gerechtsdeurwaarders hebben een eigen verantwoordelijkheid, waardoor zij bij twijfel hun opdrachtgever dienen te raadplegen. Desondanks zijn er op het gebied van incasso elementen aan te wijzen waaraan de opdrachtgever zich moet houden en waarvan de gevolgen van het verzuim voor zijn rekening *kunnen* komen.³¹³ Zo zal hij de vordering voldoende moeten specificeren en de benodigde stukken meesturen. Hij zal ook rechtstreeks de aan hem gedane betalingen en andere van belang zijnde afspraken moeten doorgeven. Brieven en andere redelijke verzoeken van de incassant dient hij te beantwoorden. Mocht hij van inzicht veranderen, dan dient hij de incassant daarvan op de hoogte te stellen. Het is ook in strijd met de zorgplicht als de opdrachtgever rechtstreeks contact gaat zoeken met de schuldenaar. Omgekeerd, als de schuldenaar met hem contact opneemt zal hij deze zoveel mogelijk naar de incassant moeten doorverwijzen. Een en ander is voorts sterk afhankelijk van het soort overeenkomst en van hetgeen partijen zijn overeengekomen.

³¹³ De Boeck 2000, 363 (nrs. 832-833). Volgens de auteur kunnen onjuiste instructies of onvolledige of onjuiste inlichtingen van de opdrachtgever leiden tot de bevrijding of verdeling van de aansprakelijkheid, "maar moet toch met de nodige reserves worden benaderd".

4.4 Tot besluit van dit hoofdstuk

107 De zorgplicht van advocaten en gerechtsdeurwaarders is in beide landen vaak voorwerp van een civiele procedure of tuchtprocedure geweest. In Nederland is civiele rechtspraak en vooral veel tuchtrechtspraak voorhanden, in België bijna uitsluitend civiele rechtspraak. Ofschoon de doelstelling van tuchtrechtspraak en van civiele rechtspraak verschillend is, blijkt uit de jurisprudentie dat, wanneer de tuchtnorm een zorgvuldigheidsnorm betreft die tevens de individuele belangen van de opdrachtgever beschermt, deze redelijk met de civiele zorgvuldigheidsnorm overeenkomt. Hierdoor zijn tuchtrechtspraak en gedragsregels voor de vaststelling van de civiele zorgplicht bruikbare aanvullingen op eventuele wettelijke bepalingen en civiele rechtspraak.

Voor de incassant is een aantal elementen van zorgplicht aan de orde gekomen. In grote lijnen blijken deze voor alle incassanten in beide landen vrijwel hetzelfde te zijn. Zo moeten alle incassanten op gelijke wijze zelfstandig maatregelen nemen, aanwijzingen van de opdrachtgever opvolgen en niet talmen met de voortgang van de zaak. Ook de beleidsvrijheid is bij incasso voor iedereen dezelfde. Kleine verschillen doen zich voor bij de informatieplicht. In België hebben advocaten en gerechtsdeurwaarders een minder zware informatieplicht dan de incassanten in Nederland. Bij de tussentijdse afdrachtplicht zijn er verschillen te bespeuren in de (gedrags-)regels van de incassanten. In vergelijking met advocaten in beide landen en gerechtsdeurwaarders in België heeft de gerechtsdeurwaarder in Nederland geen *tussentijdse* afdrachtplicht. Hij wordt echter door de verplichte rentevergoeding aangespoord om de ontvangen bedragen binnen vijf dagen of periodiek aan de opdrachtgever af te dragen. Zoals bij elke incassant zal deze afdracht ten minste binnen één maand moeten gebeuren.

Ten slotte is uit de jurisprudentie gebleken dat de zorgplicht van de opdrachtgever beduidend minder zwaar is dan die van de incassant. De

opdrachtgever kan echter geen te afwachtende houding aannemen en zal bepaalde spelregels in acht moeten nemen.

5 Verplichtingen bij het einde van de incasso-overeenkomst

5.1 Inleiding

108 In het algemeen eindigen de incassowerkzaamheden als de incassant de schuldvordering heeft geïncasseerd of als het incasseren wegens het ontbreken van verhaal onmogelijk is. De incassant wikkelt de incassozaak met de opdrachtgever af. Dit geschiedt in de vorm van een zogenaamde afrekening³¹⁴, waarin rekening en verantwoording wordt afgelegd en waarbij de incassant loon en onkosten in rekening brengt. De vraag waaraan de afrekening dient te voldoen, wordt in dit hoofdstuk behandeld. Achtereenvolgens komen de rekening en verantwoording, het loon, de incassokosten, de incassoprovisie, afwikkelingskosten en de onkosten aan de orde.

³¹⁴ In het geval geen gelden zijn geïncasseerd, wordt in Nederland vaak gesproken van een nota, rekening of declaratie. Dit onderscheid zal hierna niet worden gemaakt.

5.2 Rekening en verantwoording

5.2.1 Inleiding

109 Bij de afrekening moet de incassant rekening afleggen van hetgeen hij heeft geïncasseerd. In de praktijk gebeurt dit op verschillende wijzen. Zo geven sommige incassanten een uitvoerige specificatie van de ontvangsten en onkosten, terwijl anderen volstaan met een opgave van het aan de opdrachtgever toekomende, eventueel onder aftrek van loon en/of onkosten die niet voor rekening van de schuldenaar komen. In het laatste geval kan de opdrachtgever niet of nauwelijks beoordelen wat de schuldenaar heeft betaald en welke bedragen de incassant aan loon en onkosten heeft verrekend. Enig houvast kunnen de meegestuurde stukken bieden, zoals vonnis, exploiten of nota's. Maar ook het meesturen van die stukken gebeurt niet altijd. Verantwoording zal veelal moeten blijken uit eerder gevoerde correspondentie of de toelichting bij de afrekening. Hierna zal worden onderzocht waaraan de rekening en verantwoording minimaal moeten voldoen.

5.2.2 Regelgeving

110 In Nederland en België is in de wet opgenomen dat de opdrachtnemer respectievelijk de lasthebber rekening en verantwoording aan de opdrachtgever moet afleggen (art 7:403 lid 2 BW; art. 1993 Belg. B.W.; zie ook art. 1839 BW (oud)). In de gedragsregels voor beroepsbeoefenaren die zich met incasso bezig houden, zijn soms nadere regels gegeven. Zo dienen advocaten in Nederland de afrekening zodanig in te richten, dat de opdrachtgever daaruit kan opmaken hoeveel berekend wordt aan salaris, verschotten en BTW (art. 25 lid 4 gedragsregels voor advocaten 1992; zie ook het oude art. 14 lid 2 gedragsregels van de

Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG).³¹⁵ Advocaten die lid zijn van de Vereniging van Incasso advocaten moeten erop toezien "dat de opdrachtgever een volledig beeld heeft van het verloop van de zaak, het aan de opdrachtgever toekomende bedrag uit hoofde van ten behoeve van de opdrachtgever geïncasseerde gelden en de hoogte van de declaratie van de advocaat" (art. 10 Gedragscode). Volgens art. 22 Gerechtsdeurwaarderswet wordt de Nederlandse gerechtsdeurwaarder verplicht een gespecificeerde rekening op te maken waarin een onderscheid wordt gemaakt in ambtelijke en niet-ambtelijke werkzaamheden. In art. 7 administratieverordening gerechtsdeurwaarders³¹⁶ staat vermeld dat de gerechtsdeurwaarder maatregelen moet nemen die waarborgen dat duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de kosten met het uit te keren bedrag worden verrekend en verschotten slechts worden gedeclareerd indien daar facturen tegenover staan of wettelijke tarieven voor gelden. Leden van de Nederlandse Vereniging van Incasobureaus (NVI) zijn verplicht schriftelijke verantwoording af te leggen over de in rekening gebrachte kosten en provisie, tenzij met de opdrachtgever afwijkende afspraken zijn gemaakt (art. 6.5 Gedragscode). Op verzoek van de opdrachtgever worden inlichtingen over de uitvoering van de opdracht alsmede inzage van de daarop betrekking hebbende stukken en boekhouding gegeven (art. 6.6 Gedragscode). In België is de advocaat gehouden voor elke zaak afzonderlijk de verleende diensten, het behaalde resultaat, het berekende honorarium, het ontvangen voorschot en rechtsplegingsvergoeding alsmede de kosten op te sommen (art. 4.3 Reglement inzake ereloon en kosten)³¹⁷. Gerechtsdeurwaarders zijn verplicht op verzoek van partijen een gedetailleerde afrekening te

³¹⁵ Een splitsing van met name salaris en verschotten - de BTW zal uit fiscale reden al vermeld moeten worden - kan verhelderend werken. Een voorbeeld zijn de proceskosten. Deze zijn opgebouwd uit verschotten, zoals de kosten van dagvaarding, het griffierecht en het uitroepgeld alsmede het salaris. Zonder een uitsplitsing is dit voor de opdrachtgever niet zonder meer duidelijk.

³¹⁶ *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 10.

³¹⁷ *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.3. E/3-19.

geven van de verschuldigde bedragen (art. 3 lid 2 K.B. 30 november 1976)³¹⁸. Evenals hun Nederlandse collega's zijn de leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) verplicht schriftelijke financiële verantwoording te verschaffen tenzij hierover schriftelijk afwijkende afspraken zijn gemaakt (art. 7.4 Deontologische Code).

5.2.3 Rekenprocedure

111 In Nederland is in art. 771 e.v. Rv de procedure geregeld voor het doen van rekening en verantwoording.³¹⁹ Onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek werd het doen van rekening en verantwoording bij lastgeving door de jurisprudentie gekoppeld aan die rekenprocedure. De mogelijkheid om van de rekenprocedure gebruik te maken werd beperkt uitgelegd en slechts mogelijk geacht wanneer de lasthebber werkelijk beheer c.q. vermogensrechtelijk beleid had gevoerd (HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 338; HR 25 maart 1977, *NJ* 1977, 448; zie ook HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274).³²⁰ Onder het huidige recht staan rekening en verantwoording los van de rekenprocedure en kunnen ook in een gewone procedure, eventueel met dwangsom, worden gevorderd (zie hof 's-Hertogenbosch 14 juli 1997, *NJ* 1998, 505). Het is wenselijk de rekenprocedure te volgen als er werkelijk beheer c.q. vermogensrechtelijk beleid is gevoerd. In de literatuur gaan sommigen ervan uit dat dan de rekenprocedure nog steeds noodzakelijk is.³²¹

³¹⁸ K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke- en handelszaken en van het tarief van sommige toelagen, *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*.

³¹⁹ De rekenprocedure is een verouderde procedure. Het proces is in twee fasen verdeeld: een procedure waarbij wordt nagegaan of gedaagde rekenplichtig is en een procedure met een rechter-commissaris over de omvang van het te verantwoorden saldo. Het voordeel van de procedure is dat de eiser kan volstaan met de rekenplicht te stellen.

³²⁰ Pitlo-Wolffensperger 1979, 364; Asser-Coehorst 1988, 56 (nr. 69); Prinsen 1995, 9.

³²¹ Asser-Coehorst 1988, 57 (nr. 69); Asser-Kortmann 1994, 51 (nr. 64); Castermans (T&C), art. 7:403 BW, aant. 3; Anders Prinsen 1995, 39 en 44; conclusie A.G. Vranken HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274)

In België is de rekenprocedure geregeld in art. 1358 e.v. Ger. W. De procedure dient te worden gebruikt voor de vaststelling van de rekening. De rekening en verantwoording van art. 1993 Belg. B.W. is ruimer dan in Nederland en omvat ook de verantwoording van de lasthebber.³²²

5.2.4 Rekening en verantwoording: een volledige opening van zaken

112 De plicht tot het doen van rekening en verantwoording is noodzakelijk om de opdrachtgever een duidelijk beeld te geven van het hoe en waarom van de verrichtingen van de incassant (zie landelijke tuchtkamer 11 augustus 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 249; kamer van beroep 30 juni 1999, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 251). Aan de hand hiervan kan de opdrachtgever beoordelen of de incassant zijn werk goed heeft gedaan en de afrekening juist is. Soms geeft een juiste rekening en verantwoording dan ook een verrassende uitkomst. Zo rekende een gerechtsdeurwaarder na een opdracht tot tenuitvoerlegging van een vonnis met zijn opdrachtgever af, waarbij hij de hoofdsom, rente en proceskosten onder aftrek van zijn loon verantwoordde. De opdrachtgever had echter eerder van de gerechtsdeurwaarder vernomen dat er meer zou zijn geïncasseerd en vroeg hierover informatie. Die kwam er niet, waarna de opdrachtgever een klacht tegen de gerechtsdeurwaarder indiende. De landelijke tuchtkamer vond dat de afrekening onvoldoende was en vroeg een nadere specificatie. Nadat alle kosten en ontvangsten alsnog werden gespecificeerd, bleek dat de gerechtsdeurwaarder een bedrag van f 3.600 (€ 1.633,61) aan regelingskosten - voor de betaling van 4 termijnen - aan de schuldenaar in rekening had gebracht. De gerechtsdeurwaarder kwam met het verweer dat hij geen verantwoording hierover behoefde af te leggen, omdat hij die kosten met de schuldenaar voor zichzelf had bedongen. De Tuchtkamer was het daarmee niet eens

³²² Tilleman 1997, 132 (nr. 251).

en vond de handelwijze van de gerechtsdeurwaarder ‘buiten proporties’ en ‘onrechtmatig’ (landelijke tuchtkamer 22 juni 1989, *De Gerechtsdeurwaarder* 1990, 28).

5.2.5 Tussentijdse rekening en verantwoording

113 Rekening en verantwoording moeten meestal gedaan worden nadat de werkzaamheden zijn beëindigd. Andere afspraken met de opdrachtgever zijn mogelijk,³²³ maar ze ontslaan de opdrachtnemer niet van de verplichting om tussentijds financieel inzicht te geven.³²⁴ Zo verrichtte een advocaat 15 jaar lang juridische werkzaamheden voor een opdrachtgever, waaronder ongeveer 56 fiscale en 28 civiele procedures. Hij ontving gelden en deed daaruit betalingen. Al die jaren deed hij geen rekening en verantwoording, noch gaf hij aan wat hij voor zijn bemoeiingen had te vorderen. De opdrachtgever had daarentegen schriftelijk verklaard dat hij bij voorbaat akkoord ging met de declaraties mits deze 20% van het bereikte resultaat niet zou overtreffen. Verder had hij ook verklaard dat de advocaat de gelden ter dekking van de aan deze toekomende vergoedingen onder zich mocht houden, de gelden niet behoefde af te zonderen en erover kon beschikken. De Tuchtrecter oordeelde dat als dergelijke afspraken al gemaakt hadden mogen worden, dit de advocaat niet ontsloeg om een opgave van de financiële stand van zaken te geven, hetgeen alleen via regelmatige rekening en verantwoording kan geschieden (HvD 18 december 1989, *Advocatenblad* 1990, 224). Een ander voorbeeld is een zaak waarin een advocaat onduidelijkheid over de financiële verhouding tussen hem, een gelieerde vennootschap en zijn

³²³ Paulus en Boes 1978, 101-102 (nr. 162); Tilleman 1997, 131-132 (nr. 249).

³²⁴ Zie Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen 1988, 55 (nr. 69); Asser-Kortmann 1994, 50 (nr. 64). Volgens Coehorst en in navolging daarvan Kortmann, kan van de plicht tot rekening uitdrukkelijk of stilzwijgend worden afgeweken. Ik neem aan dat Coehorst bedoelt dat in het geval partijen een andere vorm voor de rekening en verantwoording hebben gekozen, voor de rekenprocedure van art. 771 e.v. Rv geen plaats meer is. Dit blijkt ook uit de aangehaalde arresten (HR 28 maart 1913, *NJ* 1913, 676; HR 28 mei 1971, *NJ* 1971, 346; zie ook Rb. Liège 22 november 1993, *J.L.M.B.* 1995, 1469).

opdrachtgever liet bestaan. De advocaat had bovendien zijn opdrachtgever een schuldbekentenis laten tekenen voor declaraties die op dat moment nog niet verschuldigd waren. Hij werd voor twee maanden geschorst, omdat hij ook verzuimd had zijn opdrachtgever in een belangrijke zitting bij te staan (HvD 8 september 1997, *Advocatenblad* 1998, 670). Soms gaat de tuchtrechter zo ver dat er rekening en verantwoording wordt gelast. Dat overkwam een gerechtsdeurwaarder, omdat hij niet reageerde op herhaalde verzoeken om informatie van de opdrachtgever, noch van de tuchtkamer (landelijke tuchtkamer 2 december 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 68; vgl. landelijke tuchtkamer 13 juni 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 144).

5.2.6 Inhoud van de rekening en verantwoording

114 Om een behoorlijke rekening en verantwoording te doen, zal op zijn minst een administratie gevoerd dienen te worden. Dit geldt voor alle vormen van financieel beleid, zelfs als er sprake is van een min of meer informele situatie. Zo had een maatschappelijk werker in dienst van de gemeente op verzoek van de gemeente gedurende vele jaren het feitelijke beheer gevoerd van de financiën van twee broers. De maatschappelijk werker incasseerde de uitkeringen en verstreekte eens per zes weken aan de twee broers een enveloppe met geld. Hij had in die periode niet naar de gemeente, noch naar de broers rekening en verantwoording afgelegd en had ook geen administratie bijgehouden. Volgens de broers was er geld verdwenen en zij spraken de gemeente en de maatschappelijk werker aan. Het was niet duidelijk hoe deze rechtsverhouding diende te worden gekwalificeerd. De Hoge Raad liet dit in het midden en oordeelde dat een verantwoordingsplicht kan voortvloeien uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De maatschappelijk werker had een zodanige administratie moeten voeren als voor een behoorlijke reke-

ning en verantwoording nodig was (HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274; zie ook Antwerpen 23 maart 1998, *R.W.* 1998-1999, 820). Een dergelijke plicht is er in principe ook in familierelaties. De inhoud van de rekenplicht wordt echter van geval tot geval bepaald door de aard van de rechtsverhouding en de omstandigheden (HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 548). Rekening en verantwoording doen houdt niet alleen in dat financiële rekenschap afgelegd moet worden, maar ook dat de kwaliteit van het beleid moet worden verantwoord.³²⁵ Dit valt op te maken uit uitspraken van de Hoge Raad (HR 7 januari 1927, *NJ* 1927, 621; HR 16 januari 1930, *NJ* 1930, 466; HR 21 maart 1958, *NJ* 1961, 167; HR 25 maart 1977, *NJ* 1977, 448). Het arrest van 1977 had betrekking op een participatiecontract waarbij een leverancier van brandstoffen van een benzinepomphouder onder meer had bedongen dat hij recht had op een aandeel in de winst. De leverancier wilde verantwoording van het beleid dat door de pomphouder was gevoerd. De Hoge Raad besliste dat gezien de overeenkomst daarvan geen sprake kon zijn, maar wel van de verplichting inlichtingen en bewijsstukken te verschaffen die redelijkerwijze nodig zijn om zich een oordeel over de omvang van de gemaakte winst en daarmee het toekomstige bedrag te vormen. Naast de inlichtingen en bewijsstukken dient de afrekening te worden gespecificeerd.³²⁶ De Tuchtrecter heeft dit enkele malen bevestigd (HvD 29 juni 1987, *Advocatenblad* 1988, 404; HvD 9 december 1996, *Advocatenblad* 1998, 30).³²⁷ Die plicht heeft een advocaat ook aan een derde als die de rekening betaalt. De advocaat dient de rekening dan zodanig in te richten dat niet meer inbreuk op de vertrouwelijkheid wordt gemaakt dan ten behoeve van een juiste specificatie nodig is. De belanghebbende kan de advocaat dit niet verbieden (HvD 2 november 1992, *Advocatenblad* 1993, 695 en *Advocatenblad* 1994, 81). Behandelt de advocaat verschil-

³²⁵ De rekenprocedure van art. 771 e.v. Rv is daar echter niet voor.

³²⁶ Van der Grinten 1993, 17; Asser-Kortmann 1994, 49 (nr. 64); Wessels 1994a, 22; zie ook Paulus en Boes 1978, 102 (nr. 165).

³²⁷ Zie ook Boekman 1993, 59.

lende zaken voor een opdrachtgever dan dient hij aan te geven waaraan tijd en werkzaamheden zijn besteed (HvD 6 december 1993, *Advocatenblad* 1995, 78 met noot Meijer).

Het spreekt voor zich dat een rekening en verantwoording een specificatie inhoudt van de gedane ontvangsten en uitgaven. Dit geldt ook voor de door de advocaat ontvangen procureursvergoeding (RvD 's-Gravenhage 26 januari 1998, *Advocatenblad* 1999, 109).

5.2.7 Stukken meesturen

115 Een goede rekening en verantwoording houdt in dat de incassant de stukken meestuurt die betrekking hebben op de incasso-opdracht.³²⁸ De stukken kunnen ook nodig zijn bij een eventuele vervolgactie, omdat niet iedere incasso succes heeft. Een onjuist gebruik bij sommige incassanten in Nederland is om na een korte tijd, in ieder geval korter dan de termijn van vijf jaar van art. 7:417 BW (zie ook art. 2276bis Belg. B.W.; 2011 BW (oud)), de stukken of het complete dossier te vernietigen.³²⁹ Sommige incassanten schrijven zelfs bij de afrekening dat het dossier met daarin de stukken na veertien dagen wordt vernietigd, tenzij de opdrachtgever anders verlangt. Deze eenzijdige actie kan de

³²⁸ Zie art. 7:403 lid 2 en 412 BW; art. 1993, 2276 en 2276bis Belg. B.W.; art. 1839 en 2011 BW (oud); landelijke tuchtkamer 11 augustus 1998, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 249; kamer van beroep 30 juni 1999, *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 251; zie ook Richtlijn van de Stadhouders-Verjaring van verantwoordelijkheid december 1985, *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.4, V/1.

³²⁹ De termijn van vijf jaar kan zelfs al te kort uitvallen. Te denken valt aan een nieuwe incassopoging na verloop van die termijn waarbij de opdrachtgever of de schuldenaar bepaalde stukken nodig heeft die betrekking hebben op het eerste incasso. De vraag is of het vernietigen van de stukken ten opzichte van de schuldenaar en van de opdrachtgever toch geen aansprakelijkheid kan opleveren. De verjaringstermijn heeft immers betrekking op de overeenkomst, zodat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad mogelijk blijft (zie Depuydt 1993, 115 (nr. 79); vgl Giesen 1999, 40-41). Verder is het de vraag wanneer de verjaringstermijn gaat lopen. Volgens Pitlo-Croes (1995, 229) heeft de opdrachtnemer een post-contractuele zorgplicht, zodat het begin niet automatisch is gekoppeld aan het einde van de opdracht. Volgens Castermans (T&C), art. 7:412 BW, aant. 1) ligt het voor de hand dat de termijn begint te lopen nadat rekening en verantwoording is gedaan.

opdrachtgever echter niet binden. Bij daadwerkelijke vernietiging wordt de incassant aansprakelijk voor de eventuele schade.

5.2.8 Nazorg

116 De afrekening hoeft niet het einde te zijn van de bemoeiingen van de incassant. Er komen in de praktijk situaties voor die enige nazorg van de incassant vergen of het incasso weer doen opleven. Een voorbeeld van het laatste is de incassozaak, waarbij nadat een deel was betaald, de schuldenaar failliet ging. Het incassobureau rekende de zaak af en adviseerde de opdrachtgever het restant als oninbaar af te boeken. De schuldvordering werd bij de curator ingediend. Er ontstond correspondentie tussen de curator en het incassobureau, waarna erkenning volgde van een belangrijk deel van de schuldvordering. Tegen de verwachting in volgde later betaling. Het incassobureau verantwoordde het bedrag aan de opdrachtgever onder aftrek van incassoprovisie (en bureaunkosten). De opdrachtgever was het daar niet mee eens en vorderde het ingehouden bedrag op grond van ongegronde verrijking. De vordering werd afgewezen, omdat de kantonrechter in de brief, waarbij het incassobureau adviseerde het restant af te boeken, geen opzegging als bedoeld in art. 1854 BW (oud) las. Bovendien kon volgens de voorwaarden van het incassobureau, het dossier in het geval er nieuwe ontwikkelingen voordeden gedurende vijf jaar uit zijn sluimerend bestaan gehaald worden (Ktg. Amsterdam 11 augustus 1978, *Prg.* 1979, 1396). In een andere zaak die eveneens was afgewikkeld, kwam de opdrachtgever er na een jaar achter dat de schuldenaar na afwikkeling nog een betaling van f 250 (€ 113,45) aan de gerechtsdeurwaarder had gedaan. De Tucht-kamer die over de zaak kreeg te oordelen, vond dat de gerechtsdeurwaarder de opdrachtgever direct had moeten informeren (landelijke tuchtkamer 23 augustus 1994, *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 212).

5.2.9 Conclusie

117 De opdrachtnemer/lasthebber dus ook de incassant, dient een goede rekening en verantwoording af te leggen. Daarvoor is het noodzakelijk dat de incassant opening van zaken geeft. Logischerwijze houdt dat voor de afrekening in dat de incassant aan de opdrachtgever een specificatie van de door de schuldenaar gedane betalingen verstrekt, een opgave doet van de geïncasseerde bedragen, zoals hoofdsom, rente en meebetaalde kosten, een specificatie van de door de schuldenaar meebetaalde kosten geeft, alsmede van de kosten die aan de opdrachtgever in rekening worden gebracht. Bovendien zal de afrekening vergezeld moeten gaan van de stukken die op het incasso betrekking hebben. Hieronder vallen alle van de opdrachtgever ontvangen stukken, maar ook de stukken die betrekking hebben op de kosten die op de schuldenaar zijn verhaald, zoals vonnis, exploiten en informaties. Mocht de schuldvordering niet zijn geïncasseerd, dan dient dit nog aangevuld te worden met de van belang zijnde stukken, zoals afspraken of stuitingen van verjaring. In het geval de vordering slechts voor een deel is opgeëist, zoals bij gerechtsdeurwaarders in Nederland nogal eens gebeurt om de zaken voor de kantonrechter te kunnen brengen, dan dient (een kopie van) de dagvaarding te zijn ingesloten. Verantwoording zal kunnen blijken uit de standberichten of correspondentie, waardoor verantwoording bij de afrekening afwezig kan blijven of slechts summier behoeft te zijn. Bij het in rekening brengen van afwijkende kosten zal enige verantwoording in de afrekening op zijn plaats zijn. Mocht de vordering niet zijn geïncasseerd, dan moet de incassant verantwoording afleggen van hetgeen hij heeft gedaan en waarom, en voorts de reden voor het niet incasseren van de schuldvordering aangeven. Bovendien dient hij advies te geven wat met de vordering te doen: direct afschrijven of over enige tijd weer ter incasso geven. Een en ander is sterk afhankelijk van de overeenkomst. Minnelijke incasso zal minder van de rekening en verantwoording ver-

gen dan gerechtelijke incasso, terwijl partijen kunnen afspreken bepaalde stukken of specificaties achterwege te laten. In het geheel geen rekening doen is echter in strijd met de aard van de overeenkomst.

5.3 Incassokosten

5.3.1 Inleiding

118 Bij dienstverlening is de belangrijkste verplichting van de opdrachtgever het loon van de dienstverlener te betalen. In Nederland wordt bij incasso dit loon aangeduid met incassoprovisie of incassokosten. Hierna zal voor het loon de term incassoprovisie worden gebruikt en incassokosten voor de kosten die op de schuldenaar worden verhaald.³³⁰ Op het eerste gezicht lijkt het onderscheid tussen incassoprovisie en incassokosten van weinig praktisch belang. Ze zijn echter verschillend. Strikt genomen horen incassokosten niet thuis in dit onderzoek. Incassokosten hebben immers betrekking op de rechtsverhouding van de schuldeiser met de schuldenaar. Ze zijn echter van belang voor de omvang van de incassoprovisie. In de vele procedures en publicaties over dit onderwerp is dit meer dan eens aan de orde gekomen. Bovendien moeten de incassokosten als kosten die op de schuldenaar verhaald zijn, in de afrekening worden verantwoord. Daardoor is een onderzoek toch op zijn plaats.

5.3.2 Incassokosten controversieel

119 Ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek werden in Nederland de overeengekomen incassokosten niet altijd door de rechter toegewezen of werden ze sterk gematigd. Dit leidde tot veel discussie over het onderwerp, die met name werd gevoerd in de vaktijd-

³³⁰ Daarnaast wordt de term buitengerechtelijke incassokosten of buitengerechtelijke kosten gebruikt. De buitengerechtelijke kosten kunnen evenwel meer inhouden dan de kosten van incasso, zoals de kosten van rechtsbijstand (Zie HR 3 april 1987 *NJ* 1988, 275; Dorhout Mees 1995, 23-26; Spier 1995, 55-60).

schriften van de incassanten.³³¹ In België is er een discussie gevoerd over de geldigheid van clausules die het mogelijk moesten maken om bij invordering in rechte van een schuldvordering, de kosten van de rechtspleging automatisch door te berekenen aan de schuldenaar, alsmede over schadebedingen die voorzagen in gefixeerde schadevergoedingen bij wanprestatie.

5.3.3 Incassokosten alleen indien overeengekomen

120 In Nederland was onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek doorberekening van incassokosten alleen mogelijk indien de schuldeiser en de schuldenaar de verschuldigdheid daarvan waren overeengekomen. Niet-overeengekomen incassokosten en ook de overige buitengerechtigde kosten werden op enkele uitzonderingen na, steevast afgewezen (zie hof 's-Hertogenbosch 30 mei 1985, *NJ* 1985, 879; Ktg. Breda 12 juni 1985, *Prg.* 1986, 2480; Ktg. Harderwijk 14 januari 1987, *Prg.* 1987, 2726; anders Rb. Haarlem 22 april 1975, *NJ* 1976, 546; Ktg. Tilburg 3 november 1983, *Prg.* 1984, 2054). Maar zelfs overeengekomen incassokosten werden niet altijd toegewezen.³³² Deze werden soms

³³¹ Zie Van Leuven 1967, 409-413; Houwing 1977, 127; Van Gorkum 1977, 39-43; Jansen 1981, 253-254; Van Gorkum 1983, 62-66; Van Gorkum 1984, 140-143; Van Gorkum 1985, 72-76; Raap 1985, 76-77; Van Gorkum 1986, 213-218; Nijsten 1986, 375-378; Van Twuijver 1987, 25-27; Raap 1987, 151-154; Van Gorkum 1987, 213-218; Jongbloed 1988, 77-82 en 102-107; Schäfer 1988, 193-194; Van Gorkum 1989, 7-10; Polanus 1989, 89-92; Schäfer 1989, 92-94; Toonen 1990, 239-240; De Waal 1990, 348-349; Schirmeister 1990, 421-422; Polanus 1991, 41-44; Weiffenbach 1991, 163-167; Jongbloed 1992, 191-192; Struiksma 1993, 149-151; Van Gorkum 1993, 204-206; Boer 1994, 5-14; Van Twuijver 1995, 15-16; Leermakers 1995, 129-134; zie ook Lindenberg e.a. 2000, 11-103).

³³² Een curieuze zaak wordt behandeld in het arrest van het hof Arnhem (31 januari 1979, *Prg.* 1981, 1574) waarbij het hof in hoger beroep kreeg te oordelen over een afwijzing van de incassokosten door de rechtbank, omdat deze als nodeloos gemaakt werden beschouwd nu de schuldeiser deze verschuldigd was aan een rechtskundig adviseur en niet aan een advocaat. Het hof overwoog dat het gebruikelijk is en niets zich er tegen verzet dat een opdracht tot incasso aan een incassobureau, deurwaarder of rechtskundige adviseur wordt opgedragen, ook al gaat de schuldvordering de competentie van de kantonrechter te boven. De incassokosten werden alsnog toegewezen.

geheel afgewezen of gematigd.

5.3.4 In strijd met de goede zeden en goede trouw

121 Het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek bood weinig aanknopingspunten om de overeengekomen incassokosten in rechte af te wijzen (art. 1356, 1371, 1373 en 1374 lid 3 BW (oud)). Het incassobeding was niet in strijd met de goede zeden en niet zonder meer in strijd met de goede trouw (HR 17 oktober 1969, *NJ* 1970, 146 met noot Scholten; Rb. Almelo 20 februari 1974, *NJ* 1975, 114). In een enkel geval werden de incassokosten wel op grond van de goede trouw afgewezen. Een voorbeeld is de casus waarbij een schuldenaar zijn auto voor een onderhoudsbeurt voor zijn vakantie bij een garagehouder had gebracht. Op de eerste vakantiedag strandde hij met zijn auto, omdat de garagehouder, zoals later bleek, een aantal essentiële reparaties niet had verricht. Na een aantal pogingen van de schuldenaar om tot een oplossing te komen, kwam er een gesprek tussen partijen tot stand, waarna de garagehouder toezegde een of andere beslissing te nemen. In plaats van de beslissing aan de schuldenaar kenbaar te maken, volgden er echter sommaties en een dagvaarding. De kantonrechter wees dan ook de meegevorderde incassokosten af (Ktg. Zierikzee 24 maart 1983, *Prg.* 1983, 1956).

5.3.5 Incassobeding

122 Zoals nu nog het geval is, was ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek de verschuldigdheid van de incassokosten meestal opgenomen als incassobeding in de algemene voorwaarden van de schuldeiser. Dat waren voorwaarden die als 'kleine lettertjes' stonden vermeld op een orderbevestiging of soms zelfs slechts een simpele verwijzing naar de plaats waar deze voorwaarden door de schuldenaar kon-

den worden ingezien (zie Ktg. Nijmegen 23 januari 1998, *NJkort* 1998, 39). De schuldenaar, vaak een consument, had in veel gevallen die voorwaarden niet kunnen inzien en kon er, hoe dan ook, geen invloed op uitoefenen. De toepasselijkheid van het incassobeding werd dan ook door de rechter kritisch bekeken. Het incassobeding of de algemene voorwaarden dienden op de juiste wijze te zijn overeengekomen. Hiervan was geen sprake als bijvoorbeeld het beding pas voor het eerst op de factuur voorkwam.³³³ Ook publicatie van de algemene voorwaarden van de Landelijke Specialisten Vereniging in dagbladen en het zichtbaar ophangen in ruimten van ziekenhuizen van een foldertje waarin naar de betalingsvoorwaarden van de specialisten werd verwezen, brachten niet mee dat een in een dergelijk ziekenhuis behandelde patiënten geacht moest worden die voorwaarden te hebben aanvaard (Ktg. Rotterdam 28 juni 1990, *Prg.* 1990, 3313; Ktg. Amsterdam 27 maart 1992, *Prg.* 1992, 3666; zie ook Ktg. Utrecht 8 maart 1994, *Prg.* 1995, 4339). Van een bestendig gebruikelijk beding volgens art. 1383 BW (oud) was ook niet snel sprake (Ktg. Enschede 14 januari 1999, *Prg.* 1999, 5110).

5.3.6 Incassokosten moesten zijn gemaakt

123 Andere gronden om de overeengekomen incassokosten af te wijzen, waren het niet-voldoen aan de stelplicht of de afwezigheid van het aanbod van bewijs dat er incassohandelingen waren verricht. Ook werden sommige incassowerkzaamheden als gerechtelijke kosten beschouwd. Zo werden incassokosten afgewezen, omdat er slechts één aanmaning ter inleiding van de dagvaarding was verzonden, zodat er geen buitengerechtelijke activiteiten zouden zijn verricht (Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 1980, *Prg.* 1981, 1534; zie ook Rb. 's-Gravenhage 29 oktober 1968, *NJ* 1970, 340; Rb. Breda 14 september

³³³ Ktg. Nijmegen 10 januari 1986, *Prg.* 1986, Rb. Utrecht 23 juli 1980, *Prg.* 1981, 1612 met noot Spier 2452; HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 319; anders indien eerder opdrachten waren gegeven HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 611; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 271.

1982, *NJ* 1983, 562; Rb. Amsterdam 25 februari 1987, *Prg.* 1987, 2700).

5.3.7 Omvang van de incassokosten

124 Meestal had het afwijzen van de incassokosten echter betrekking op de omvang daarvan. Het proportionele incassotarief werd niet altijd door de rechter als een redelijk tarief gezien, met name niet als bij het instellen van de vordering de incassowerkzaamheden nog beperkt waren of als de incassokosten over een hoog bedrag waren berekend. De tarieven werden als hoog ervaren in combinatie met de afwezigheid van een goed beeld van de omvang van de incassowerkzaamheden. Er was vaak geen oog voor dat het vaak moeizame incasseren pas later kwam, na het toewijzend vonnis, én dat het tarief voor kleine schuldvorderingen veel te laag was (Ktg. Dordrecht 20 oktober 1977, *Prg.* 1977, 1224; anders Rb. Assen 9 januari 1968, *NJ* 1969, 66). Bovendien rekenen incassanten in het algemeen slechts incassoprovisie over het daadwerkelijk geïncasseerde bedrag. Met al deze aspecten hield niet elke rechter of wilde niet elke rechter rekening houden. Het gevolg was dat incassokosten werden gematigd, geheel werden afgewezen en zelfs kwam het voor dat het processalaris geheel of voor een deel begrepen werd geacht in de incassokosten of omgekeerd (zie hof 's-Hertogenbosch 17 juli 1933, *NJ* 1934, 545; Ktg. Helmond 8 oktober 1954, *NJ* 1955, 520). Met name kantonrechters matigden de incassokosten en/of het processalaris. Het matigen van de omvang van overeengekomen incassokosten stond echter op gespannen voet met art. 1345 BW (oud) (zie hof 's-Hertogenbosch 21 mei 1968, *NJ* 1969, 216; Rb. Breda 6 mei 1975, *NJ* 1976, 324).

5.3.8 Op weg naar eenheid

125 Van eenheid in jurisprudentie op het gebied van het toewijzen van incassokosten was geen sprake. Met ingang van 1 januari 1974 werd door de Kring van kantonrechters een poging ondernomen om hierin verandering te brengen. Er werd een richtlijn voor de redelijk geachte - gematigde - incassokosten (en processalaris) vastgesteld: het Tarief buitengerechtigde kosten³³⁴ (zie ook HR 28 oktober 1977, *NJ* 1978, 196 met noot Heemskerk)³³⁵. Niet alle kantonrechters volgden deze richtlijn (Ktg. Dordrecht 12 januari 1978, *Prg.* 1978, 1259; Ktg. Amsterdam 21 september 1978, *Prg.* 1979, 1387; Ktg. Schiedam 22 maart 1983, *Prg.* 1983, 1953), terwijl bovendien rechtbanken en gerechtshoven in de meeste gevallen zelfs de incassokosten, oordelend in eerste instantie of in hoger beroep, *geheel* toewezen.³³⁶ Langzamerhand echter werden de incassokosten steeds meer volgens het calculatieschema zoals gehanteerd door de Nederlandse orde van advocaten, redelijk geacht en in rechte toegewezen.

5.3.9 Buitengerechtigde advieskosten

126 Er deed zich nog een andere ontwikkeling voor. Anticiperend op art. 6:96 lid 2 sub c van het - toen nog in te voeren nieuwe - BW werden incassokosten ook toegewezen in het geval ze *niet* waren overeengekomen (zie Rb. Assen 31 januari 1984, *NJ* 1984, 522; Rb. Rotterdam 8 februari 1984, *NJ* 1985, 208; anders hof 's-Hertogenbosch 30 mei 1985, *NJ* 1985, 879. Een mijlpaal was het arrest van de Hoge Raad van 3 april

³³⁴ *Advocatenblad* 1974, 52.

³³⁵ In de aangehaalde uitspraak achtte de Hoge Raad het inbegrepen zijn van het salaris in de incassokosten als feitelijk en kwam niet aan de rechtsvraag toe.

³³⁶ Rb. Breda 6 mei 1975, *NJ* 1976, 324 met noot Heemskerk; Rb. Dordrecht 21 april 1976, *NJ* 1977, 431; hof 's-Hertogenbosch 30 november 1977, *NJ* 1978, 424; HR 23 maart 1979, *NJ* 1980, 125; hof 's-Gravenhage 21 maart 1985, *NJ* 1986, 651; *Prg.* 1985, 2321.

1987 (*NJ* 1988, 275), waarbij buitengerechtelijke (advies-)kosten - meer omvattend dan incassokosten - als door onrechtmatige daad veroorzaakte schade, werden toegewezen. Het arrest had betrekking op een verkeersongeval waarvan de aansprakelijkheid door de verzekeringsmaatschappij werd erkend. Over de omvang van de schade moest echter worden onderhandeld, het slachtoffer liet zich daarvoor bijstaan door een advocaat. Partijen bleven twisten over enkele posten. Van de gevorderde f 29.000 (€ 13.159,63) werd ruim f 15.000 (€ 6.806,70) toegewezen, waarvan f 5.000 kosten rechtskundige bijstand (zie ook HR 15 december 1989, *NJ* 1990, 309; anders Rb. Arnhem 14 december 1989, *NJ* 1990, 362). De niet-overeengekomen buitengerechtelijke kosten die het gevolg waren van een overeenkomst, werden na dit arrest nog steeds niet altijd toegewezen³³⁷. Richtlijnen voor toewijzing van de incassokosten, met name als deze niet waren overeengekomen, volgden en kregen dit maal meer navolging.³³⁸

5.3.10 Incassokosten onder het huidige Burgerlijk Wetboek bijna altijd toegewezen

127 Onder het huidige Burgerlijk Wetboek worden de incassokosten vrijwel altijd toegewezen (zie HR 7 april 1995, *Prg.* 1995, 4296; hof 's-Hertogenbosch 23 januari 1996, *NJ* 1996, 589; Ktg. Eindhoven 12 december 1996, *Prg.* 1997, 4747; Ktg. Amsterdam 11 februari 1997, *Prg.* 1997, 4635; Ktg. Emmen 19 maart 1997, *Prg.* 1997, 4746; HR 18

³³⁷ Ktg. Emmen 14 oktober 1987, *Prg.* 1988, 2815; Ktg. Harderwijk 25 november 1987, *Prg.* 1988, 2807; hof Amsterdam 14 januari 1988, *NJ* 1989, 18 (Volgens het hof is, nu de schuldeiser heeft nagelaten (alsnog) vergoeding van de eventuele incassokosten te bedingen ofschoon hij daartoe ruimschoots gelegenheid had, dit voor zijn risico); Ktg. 27 juli 1988, *Prg.* 1988, 2928; anders Ktg. Zwolle 22 maart 1988, *Prg.* 1988, 2891; hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1989, *NJ* 1990, 361; hof 's-Hertogenbosch 25 april 1990, *Prg.* 1990, 3314; Ktg. 26 april 1991, *Prg.* 1991, 3518.

³³⁸ Buitengerechtelijke kosten 1989, 279-283; Toonen 1990, 239-240; De Waal 1990, 348-349; Crébolder 1990, 421.

april 1997, *NJ* 1997, 511; Ktg. Leiden 9 juli 1997, *Prg.* 1997, 4818).³³⁹ Een tamelijk veel voorkomende uitzondering is echter de geldkrediet-overeenkomst die onder de werking van de Wet op het Consumentenkrediet (art. 34) of voorheen de Wet op het consumptief geldkrediet (art. 41) valt, omdat de factor incassokosten in de kredietvergoeding zou zijn begrepen³⁴⁰ (Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1992, *NJ* 1993, 378; hof 's-Hertogenbosch 20 april 1999, *Prg.* 1999, 5352; mogelijk anders Rb. Assen 31 januari 1984, *NJ* 1984, 522³⁴¹). Praktisch alle consumptieve geldkrediet-transacties vallen onder deze wet.

5.3.11 Incassokosten: overeengekomen of als vermogensschade

128 Incassokosten kunnen worden gevorderd als overeengekomen incassokosten - waarbij de omvang wel of niet is overeengekomen - of als vermogensschade.³⁴² De overeengekomen incassokosten worden als een boetebeding gezien (art. 6:91 BW), waarbij de rechter de mogelijkheid heeft *op verzoek* van de schuldenaar te matigen (art. 6:94 lid 1 BW). Bij de totstandkoming en invoering van met name het eerste artikel is door de Tweede Kamer der Staten-Generaal uitvoerig gediscussieerd over de mogelijkheid van ambtshalve matiging door de rechter.³⁴³ Uiteindelijk werd deze bevoegdheid bij een overeengekomen boetebeding niet toegestaan, maar op grond van art. 57ab Rv - ingevoerd per 1 januari 1992 - heeft de rechter wel de mogelijkheid gekregen ambtshalve de buitengerechtigde kosten te matigen. Er is dan ook geen prak-

³³⁹ Vgl. paragraaf 5.3.16.

³⁴⁰ *TK* 19 785 MvT, 89

³⁴¹ Het is niet duidelijk of in deze procedure de leenschuld onder de werking van de Wet op het consumptief geldkrediet viel. Ondanks de afwezigheid van een incassobeding werden de incassokosten als vermogensschade toegewezen.

³⁴² Buitengerechtigde kosten zijn alleen bij onrechtmatige daad en wanprestatie verschuldigd. Degene die ten onrechte in een procedure is betrokken zal de kosten van zijn verdediging die meer dan de proceskosten bedragen, zelf moeten dragen (HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651; Ktg Utrecht 14 februari 1996, *Prg.* 1996, 4662).

³⁴³ Parl. Gesch. Boek 6, 323-330 en 338; Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 (Boek 6), 1261.

tisch onderscheid tussen overeengekomen en niet-overeengekomen incassokosten. Beide worden door de rechter getoetst aan het criterium van de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 1 sub b en c BW.³⁴⁴ Dit houdt in dat zowel *het maken van de kosten* als *de omvang ervan* redelijk moet zijn. Het spreekt voor zich dat de kosten in ieder geval gevorderd en gemaakt moeten zijn (HR 1 juli 1993, *NJ*. 1994, 472; Ktg. 's-Gravenhage 6 mei 1993, *Prg.* 1993, 3909).³⁴⁵ De dubbele redelijkheidstoets zal hierna aan de hand van de jurisprudentie worden onderzocht.³⁴⁶

5.3.12 Het maken van de kosten moet redelijk zijn

129 De kantonrechter te Eindhoven (2 november 1989, *Advocatenblad* 1990, 35-36) vond doorberekening van de incassokosten in strijd met de redelijkheid, omdat de schuldeiser in zijn sommatie niet had vermeld dat de vordering bij gebreke van betaling uit handen gegeven zou worden (vgl. Ktg. Oud-Beijerland 29 juni 1998, *Prg.* 1998, 5010: geen betalingstermijn vermeld). De rechtbank te Roermond (8 augustus 1991, *NJ* 1992, 739) wees de incassokosten af en compenseerde zelfs de proceskosten, omdat de Staat als schuldeiser geen afbetalingsregeling aan een schuldenaar wilde toestaan. De kantonrechter te Amsterdam (11 juni 1992, *Prg.* 1992, 3685) veroordeelde een huurder, die herhaalde malen in gebreke bleef met de betaling van de huur, tot betaling

³⁴⁴ Parl. Gesch. Boek 6, 337; anders het Rapport Voor-werk II, <<http://www.verenigingvoorrechtspraak.nl/publicat.htm>>, inzage 25 juli 2001; *Advocatenblad* 2001, 216-222, 9.3.

³⁴⁵ Vgl. Boer 1994, 6 en 7. De auteur stelt ook als voorwaarde de causaliteitseis van art. 6:98 BW. Dit lijkt mij vanzelfsprekend.

³⁴⁶ Het maken en - vooral - de omvang van de incassokosten zijn onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek veelvuldig onderwerp in de jurisprudentie geweest. De aangescherpte geschilpunten over het onderwerp incassokosten in de jurisprudentie vertroebelde echter een zuiver beeld over de redelijkheid hiervan. Dit is niet, of veel minder, het geval bij de jurisprudentie kort voor de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek en na het arrest van de Hoge Raad van 3 april 1987 (*NJ* 1987, 275), zodat hierna slechts uit de recente jurisprudentie zal worden geput.

van de incassokosten, hoewel de verhuurder vrij snel (tien dagen na aanmaning) een incassobureau had ingeschakeld. De incassokosten werden echter afgewezen in een zaak waarin het de schuldenaar niet duidelijk was of een rekening in een bepaald overzicht was begrepen. Toen daar klaarheid over was verschaft, betaalde hij alsnog aan de incassant (Ktg. Utrecht 8 maart 1994, *Prg.* 1995, 4339). In een huurprocedure - het betrof een huurprijsgeschil - werden de incassokosten door het hof Amsterdam (9 juni 1994, *Prg.* 1995, 4254) afgewezen, omdat deze voortvloeiden uit een met terugwerkende kracht vastgestelde huur. Op het moment van de sommatie waren ze nog niet opeisbaar. De kantonrechter te Utrecht (13 oktober 1994, *Prg.* 1995, 4228) achtte een bankgarantie afgegeven bij de aanvang van de huurovereenkomst niet bedoeld voor het tussentijds innen van een huurachterstand en wees dan ook de incassokosten toe. In een andere procedure waarbij een wegens sluiting van het ziekenhuis ontslagen verpleegkundige naast de afvloeiingsvergoeding een extra betaling wilde van f 150.000 (€ 68.067,03), werd de vordering toegewezen tot f 25.000 (€ 11.344,51) maar de incassokosten werden op grond van de redelijkheid en billijkheid afgewezen (Ktg. Amsterdam 4 april 1996, *Prg.* 1996, 4608). In een procedure tegen twee huurders waarin één van de huurders verscheen die de woning nooit had betrokken, oordeelde de kantonrechter dat nu de aanmaning niet naar het adres van de schuldenaar was verstuurd, de incasso-kosten moesten worden afgewezen (Ktg. Assen 14 oktober 1996, *Prg.* 1997, 4703). De kantonrechter te Enschede (31 juli 1997, *Prg.* 1997, 4836) wees de incassokosten af, omdat het vanaf het begin vaststond dat de werkgever niet wilde betalen, zodat er geen noodzaak was tot het nemen van buitengerechtelijke incassomaatregelen ter voorkoming van een procedure. Het maken van die kosten was dan ook zinloos. In een andere procedure was een derdebeslagene geen incassokosten verschuldigd, omdat hij betaling van de huur opschortte, omdat niet duidelijk was aan wie betaald moest worden (HR 15 april 1994, *NJ*

1995, 268).

5.3.13 Voorbereiding van de procedure

130 Bij het maken van de incassokosten kan ook de voorbereiding van het proces van belang zijn. Een deel van of de gehele buitengerechtelijke (incasso-)kosten kunnen begrepen zijn in de proceskosten (art. 57ab Rv; vgl. HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 597³⁴⁷). Zo bevestigde de Hoge Raad (9 februari 1990, *NJ* 1990, 352) een vonnis van de rechtbank te Amsterdam waarbij deze in hoger beroep had geoordeeld dat een sommatie die in één exploit met de dagvaarding werd betekend, niet als een buitengerechtelijke handeling kon worden aangemerkt (zie ook Ktg. Delft 29 november 1990, *Prg.* 1991, 3521; Ktg. Harderwijk 10 november 1999, *Prg.* 2000, 5385; anders Ktg. Zaandam 21 juni 1990, *Prg.* 1990, 3290; Ktg. Breda 19 juni 1996, *De Gerechtsdeurwaarder*, 1996, 160). Deze methode werd bij huurvorderingen nogal eens toegepast om de termijn om de schuldenaar in rechte te betrekken, met enkele weken te bekorten. Meestal zal bij incasso echter van de voorbereiding van een proces geen sprake zijn. Dit ligt anders bij zaken op tegenspraak, waarbij de buitengerechtelijke advieskosten van belang kunnen zijn. In een procedure die betrekking had op een beroepsfout van een chirurg maakte de rechtbank Arnhem (10 september 1992, *NJ* 1993, 278) verschil tussen hetgeen van de pre-processuele fase als voorbereiding op de procesfase gold en hetgeen betrekking had op de buitengerechtelijke rechtsbijstand. In een zaak betreffende de aanrijding van een negenjarig kind vond het hof 's-Gravenhage (18 januari 1995, *NJ* 1995, 280) het niet aannemelijk dat de advieskosten buitengerechtelijk waren, nu het de normale voorfase van het proces betrof (zie ook hof Leeuwarden 7 mei 1997, *NJ* 1998, 292). Ook de kantonrechter in Heerenveen vond dat het

³⁴⁷ Volgens art. 57ab Rv is het mogelijk overeen te komen dat alle door de schuldeiser gemaakte proceskosten op de andere partij afgewenteld kunnen worden. Deze afwijkende wettelijke regeling van de proceskosten zo blijkt uit dit arrest, was ook onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek mogelijk.

versturen van een aanmaning vóór de procedure tot de verrichtingen behoorde waarvoor door de proceskosten een vergoeding wordt gegeven.³⁴⁸

5.3.14 De omvang van de incassokosten dient redelijk te zijn

131 De omvang van de incassokosten overeenkomstig het incassotarif van het calculatieschema wordt in de jurisprudentie in het algemeen redelijk geacht en toegewezen.³⁴⁹ Hogere incassokosten worden meestal tot het tarief van het calculatieschema gematigd (zie de hiervoor vermelde jurisprudentie; anders hof Arnhem 4 maart 1997, *NJ* 1998, 732). Meestal betreft het een overschrijding van het tarief bij een hoofdsom van meer dan f 6.500 (€ 2.949,57). Met name gerechtsdeurwaarders en sommige incassobureaus hanteren bij dit bedrag een hoger incassotarif (15% in plaats van 10%). Een enkeling komt zelfs nog hoger uit. Zo vond de rechter een tarief van 25% veel te hoog en matigde de gevorderde incassokosten tot het tarief van het calculatieschema (Rb. Amsterdam 19 januari 1994, *Prg.* 1994, 4083). Wordt er minder aan incassokosten dan het tarief van het calculatieschema gevorderd, dan worden de gevorderde incassokosten toegewezen (HR 7 mei 1993, *NJ* 1993, 406; HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 197; HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 454).

120 In de praktijk zullen de verschillen per rechter vrij klein zijn, zeker in hetzelfde kanton of arrondissement.³⁵⁰ In sommige gevallen geven de feiten aanleiding tot matiging van de omvang van de incassokosten. Zo

³⁴⁸ Ktg. Heerenveen 23 mei 1996, *Prg.* 1996, 4591; zie ook Ktg. Dordrecht 24 maart 1997, *Prg.* 1979, 1340 en 1389; Pres. Rb. Zutphen 10 november 1997, *Prg.* 1998, 4876; Ktg. Brielle 25 november 1997, *Prg.* 1998, 4925; Ktg. Brielle 24 februari 1998, *Prg.* 1998, 4948; hof 's-Hertogenbosch 1 december 1999, *NJ* 2000, 618.

³⁴⁹ Zie Rb. Zwolle 9 juni 1993, *Prg.* 1993, 3960; Rb. Zwolle 22 september 1993, *Prg.* 1994, 4109; Ktg. Zuidbroek 17 augustus 1995, *Prg.* 1995, 4440; HR 28 februari 1997, *NJ* 1997, 307; HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 511; Ktg. Schiedam 11 november 1997, *Prg.* 1998, 5044; Ktg. Delft 15 januari 1998, *Prg.* 1998, 4963; Rb. Utrecht 17 maart 1999, *Prg.* 1999, 5197; Rb. Utrecht 1 november 2000, *Prg.* 2000, 5573; Freudenthal 1996, 152-153.

³⁵⁰ Leermakers 1995, 132-133; Freudenthal 1996, 152-153.

matigde de kantonrechter te Amsterdam (11 juni 1992, *Prg.* 1992, 3685) de incassokosten tot het bedrag dat door hem als billijk werd geacht.³⁵¹ In het vonnis van de kantonrechter te Brielle (10 augustus 1993, *Prg.* 1994, 4137), waarbij het *maken* van de incassokosten niet onredelijk werd gevonden, kwam de omvang van die kosten aan de orde. Hoewel er in de pre-processuele fase sprake was van een huurachterstand, wees de kantonrechter het proportionele incassotarief niet toe, maar slechts twee uren die de gemachtigde in redelijkheid aan de zaak besteed zou hebben. Een belangrijke afwijking derhalve. Naar het zich laat aanzien valt uit deze zaak geen algemene conclusie te trekken, omdat de rechter zich liet leiden door de feitelijke gang van zaken. De schuldeiser had namelijk conservatoir beslag doen leggen, ondanks de mededeling van de bewindvoerder dat betaling van de huur onderweg was; welke betaling enkele dagen later ook daadwerkelijk werd ontvangen. Aan de andere kant was daarvoor al eerder aan de gemachtigde van de schuldeiser betaling toegezegd. Verder was er een bankgarantie voorhanden die voldoende was voor de huurachterstand. Ofschoon deze summiere toelichting niet al de feiten van het specifieke geval weergeven, kan hieruit toch de conclusie worden getrokken dat de grens tussen hetgeen redelijk of niet redelijk is, moeilijk valt te trekken en bovendien voor een ieder - ook voor een rechter - anders kan liggen. Daardoor valt de redelijkheidstoets soms verrassend uit. De president van de rechtbank te 's-Gravenhage (9 augustus 1996, *KG* 1996, 286) wees bij een loonvordering van f 350.000 (€ 158.823,08) een bedrag van f 10.000 (€ 4.537,80) aan incassokosten toe (zie ook *Ktg.* Emmen 8 april 1998, *Prg.* 1998, 5013). In een andere zaak werden de incassokosten flink gematigd, omdat de gemachtigde - een vakbond - geen winstoogmerk heeft (*Ktg.* Haarlem 6 december 1995, *Prg.* 1996, 4464). In een zaak die betrekking had op een schuldvordering van een tandarts van nog geen f 100

³⁵¹ In de publicatie waarin het vonnis deels is opgenomen, wordt niet aangegeven welk bedrag werd gevorderd of over welk bedrag de incassokosten waren berekend. Alleen vermeldde de redactie in het kopje dat er sprake was van "enigermate gemitigeerde" incassokosten.

(€ 45,38) werden de gevorderde incassokosten van f 50 (€ 22,69) gematigd tot f 15 oftewel € 6,81 (Ktg. Amsterdam 5 november 1997, *Prg.* 1997, 4872), overeenkomstig het incassotarif van het calculatieschema. De rechtbank te Alkmaar (12 februari 1998, *Prg.* 1998, 4943) matigde de incassokosten tot 10%, omdat de buitengerechtelijke werkzaamheden niet door een advocaat waren verricht.

5.3.15 Controversiële rapporten van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak

132 De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft een rapport over buitengerechtelijke kosten gepubliceerd waarin de rechterlijke colleges werden verzocht om met ingang van 1 december 1999 "zoveel als mogelijk te werken conform de aanbevelingen in het rapport."³⁵² In het rapport werden een aantal aanbevelingen gedaan waarvan de volgende hier relevant zijn:

1. Ambtshalve matiging van de incassokosten tot 2 punten van het liquidatietarief met een minimum van f 50 (€ 22,69) en een maximum van 15% berekend over de hoofdsom (zonder rente), tenzij de schuldeiser stelt en zonodig bewijst dat de gemaakte kosten hoger zijn.
2. Incassokosten worden slechts toegewezen indien de schuldeiser deze stelt en bij tegenspraak bewijst.

Deze aanbevelingen gingen in tegen de ontwikkeling van de jurisprudentie en leverden dan ook veel kritiek op vanuit de praktijk.³⁵³ De aan-

³⁵² Rapport voor-werk 1999, 3-21.

³⁵³ Rapport voor-werk 1999, 22-27; Knijp 1999, 261-264; Buitengerechtelijke kosten (2) 1999, 622-623; Venhuizen 1999, 234-243. De laatste auteur berekende dat de tarieven tot en met een bedrag van f 2.666,66 (€ 1210,08) gelijk liggen aan de tarieven van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) en het voormalige incassotarif van het calculatieschema van de Nederlandse orde van advocaten. Daarboven zou het tarief, op een kleine uitzondering na (van f 9.733,33 tot f 11.350 of € 4416,79 tot € 5150,41 bij rechtbankprocedures in vergelijking tot het calculatieschema), aanmerkelijk lager liggen, met name bij kantongerechtsprocedures.

bevelingen werden door enkele rechtbanken en hoven overgenomen.³⁵⁴ In een gewijzigd rapport van november 2000 worden sommige aspecten versoepeld.³⁵⁵ De incassokosten zouden ook berekend kunnen worden over de rente, de bewijsplicht vervalt, en het tarief van kantonzaken wordt verhoogd.³⁵⁶ Het valt af te wachten of dit gewijzigde rapport meer navolging in de rechtspraak zal krijgen.

5.3.16 Doorberekening van de kosten van invordering in België

133 In België kan doorberekening van de incassokosten niet los worden gezien van de wettelijke werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders. Voor gerechtsdeurwaarders behoren die bij de tenuitvoerlegging van een vonnis. De honorering van gerechtsdeurwaarders geschiedt in de vorm van enkele rechten (zie hierna) die buiten de exploiten en akten aan de schuldenaar in rekening worden gebracht (zie ook art. 1024 Ger. W). Overige kosten van invordering kunnen de schuldenaar en de opdrachtgever niet in rekening worden gebracht. Bij advocaten behoort het gedeelte van invordering bij de kosten van rechtspleging. Een deel daarvan komt in het toewijzend vonnis voor rekening van de verliezer, in casu de schuldenaar (art. 1017, 1018 en 1022 Ger. W). Het honorarium dat de advocaat aan zijn opdrachtgever rekent, is echter hoger dan het toegewezen bedrag. Rond 1960 werd in België in de jurisprudentie en doctrine een discussie gevoerd over de geldigheid van

³⁵⁴ Buitengerechtelijke kosten (2) 1999, 622-623; Aanvulling buitengerechtelijke kosten (nr. 11) 1999, 685; Venhuizen 1999, 242. De enige gevonden uitspraak die melding maakt van het rapport, is die van het hof 's-Hertogenbosch (14 april 1999, *NJKort* 1999, 70).

³⁵⁵ Het rapport komt in de plaats van het in maart 2000 uitgebrachte rapport Voor-werk II. Het huidige rapport is uitgebracht op 4 maart 2001 en gaat in op 1 april 2001. Het is te raadplegen op de website van de Vereniging voor rechtspraak (<<http://www.vereniging-voorrechtspraak.nl/voorw.htm>>, inzage 25 juli 2001; *Advocatenblad* 2001, 216-222; zie ook Knijp 2001, 223-225; Van der Meer 2001, 26-30).

³⁵⁶ Het tarief van de incassokosten zou daardoor in kantonzaken onder f 1.000 (€453,78) op ± 15%, tot f 10.000 (€ 4.537,80) op ± 12% en daarboven gelijk aan het tarief van de rechtbankzaken liggen (Venhuizen 2000, 216).

een beding, waarbij een verhoging van de schuldvordering met het honorarium van de advocaat werd bedongen in het geval de schuldvordering *in rechte* moest worden ingesteld. Aan de controverse kwam een einde door de uitspraak van het Hof van Cassatie in 1967 (Cass. 29 september 1967, *Arr. Cass.* 1968, 141, *R.W.* 1967-1968, 589; zie ook Cass. 23 januari 1969, *R.W.* 1968-1969, 1369). Het Hof van Cassatie overwoog dat een algemeen en onbeperkt beding waarbij "zonder enig onderscheid naargelang dit verweer van de schuldenaar al dan niet redelijk en aannemelijk is, in strijd is met het recht van een ieder om zich in rechte te verdedigen, recht dat de openbare orde aanbelangt". In de jurisprudentie en doctrine werd er na dit arrest vanuit gegaan dat een beding over het honorarium geldig was in het geval het verweer van de schuldenaar "noch redelijk, noch aannemelijk" was (Rb. koophandel Sint-Niklaas 19 maart 1968, *R.W.* 1967-1968, 1966).³⁵⁷ Bij de invoering van art. 1023 Ger. W (Wet van 10 oktober 1967) werd op die visie aangesloten, zij het dat in het artikel werd gesteld dat *ieder* beding tot verhoging van de schuldvordering als niet geschreven werd beschouwd. Niet duidelijk was of dit ook gold voor het geval het verweer van de schuldenaar 'noch redelijk noch aannemelijk was'. Pas in het arrest van 7 april 1995 liet het Hof van Cassatie (Cass. 7 april 1995, *R.W.* 1995-1996, 188) zich hierover uit en vond dat art 1023 Ger. W voor *ieder* beding over de doorberekening van het honorarium van de advocaat geldt. Daarmee was het beding van de automatische verhoging in het geval een schuldvordering in rechte moest worden ingesteld, onmogelijk geworden (zie Mons 13 december 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1201).

5.3.17 Het schadebeding bij wanprestatie in België

134 Om toch tot doorberekening van de schade bij invordering te

³⁵⁷ Van Oevelen 1995, 189 (met opsomming van jurisprudentie en doctrine); vgl. Stevens 1990, 371.

komen, werden door schuldeisers straf- of schadebedingen³⁵⁸ met forfaitaire schadevergoeding bedongen voor het geval de schuldenaar *wanprestatie* zou plegen (art. 1226 en 1229 Belg. B.W.).³⁵⁹ Een dergelijk beding wordt niet in strijd met art. 1023 Ger. W geacht, omdat de schuldenaar de mogelijkheid heeft zich er in rechte tegen te verweren (Kh. Brussel 6 maart 1970, *J.T.* 1970, 397; Antwerpen 7 juni 1977, *R.W.* 1977-1978, 1593; Rb. Mechelen 23 november 1982, *R.W.* 1985-1986, 752; Kh. Kortrijk 17 mei 1991, *R.W.* 1991-1992, 619). Het schadebeding is veelal opgenomen in de algemene voorwaarden en dient aan de vereisten daarvan te voldoen. Het schadebeding heeft slechts werking indien de voorwaarden van wanprestatie zijn vervuld. Volgens art. 1152 (oud) Belg. B.W. kon zolang er sprake is van een strafbeding, de rechter de vooraf vastgestelde schadevergoeding niet wijzigen. Geïnspireerd door de doctrine werd in de jurisprudentie echter aangenomen dat 'overdreven' schadebedingen konden worden gematigd.³⁶⁰ Dit werd op diverse gronden gebaseerd, zoals de goede trouw (art. 1134 Belg. B.W.), de goede zeden (art. 1133 Belg. B.W.) of de theorie van de gekwalificeerde benadeling (onrechtmatige daad of misbruik van recht). Ook werd het 'overdreven' beding als burgerlijke straf gekwalificeerd en als zodanig ongeldig verklaard (zie art. 1229 Belg. B.W.). Met het arrest van Hof van Cassatie van 17 april 1970 (*Arr. Cass.* 1970, 754 met conclusie A.G. Krings) kwam er meer duidelijkheid. Volgens het Hof van Cassatie zal de feitenrechter moeten onderzoeken of het beding een schadebeding is waarbij de schadevergoeding bij wanprestatie wordt

³⁵⁸ Volgens Kruithof, Moons en Paulus 1975, 742 zou de term strafbeding foutief zijn, omdat er geen strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd. Art. 1226 e.v. Belg. B.W. spreekt daarentegen wel over strafbeding.

³⁵⁹ De schuldeiser behoeft noodzakelijkerwijs geen schade te lijden of de schade te bewijzen (Cass. 26 januari 2001, *R.W.* 2000-2001, 1279). Overigens staat het schadebeding feitelijk los van de kosten van invordering. Zo is het volgens art. 39 Wet op het consumentenkrediet incassanten niet toegestaan een bezoldiging of vergoeding van hun tussenkomst te vragen. Dit weerhoudt een toewijzing van het schadebeding niet (zie ook art. 90 Wet op het consumentenkrediet).

³⁶⁰ Kruithof, Moons en Paulus 1975, 746.

geregeld, of een beding waarbij een burgerlijke straf wordt opgelegd. In het laatste geval is het ongeldig. Dit is het geval als de schadevergoeding niet in verhouding tot de wanprestatie staat (Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754, *R.C.J.B.* 1972, 454; Vred. Brussel 15 juni 1995, *R.W.* 1997-1988, 306; vgl. Kh. Brussel 18 februari 1991, *R.W.* 1991-1992, 722).³⁶¹ Een verhoging van 10 tot 15% wordt door de rechter niet buitensporig geacht, ongeacht de werkelijk geleden schade.³⁶² Met ingang van 23 januari 1999 heeft de rechter door een wetswijziging de mogelijkheid gekregen om ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar de omvang van het schadebeding te matigen (art. 1231 Belg. B.W.; zie Kh. Hasselt 27 augustus 1999, *R.W.* 1999-2000, 1452). De regelgeving met betrekking tot de nietigheid van 'overdreven' bedingen in de specifieke wetten blijft echter bestaan (art. 32 lid 15 en 21 Wet op de handelspraktijken; punt 1, e bijlage Wet Onrechtmatige Bedingen Vrije Beroepen; anders art. 90 Wet op het Consumentenkrediet). Met uitzondering van de consumptief geldkrediet-schuldvorderingen is de matiging daardoor van weinig praktische betekenis, omdat deze alleen mogelijk is in overeenkomsten tussen ondernemers of consumenten onderling.³⁶³ Naast de verhoging kan vertragingsrente worden gevorderd (Brussel 17 mei 1979, *R.W.* 1979-1980, 2446; Vred. Brussel 12 december 1985, *T. Vred.* 1987-1988, 81; Brussel 18 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 103; Vred. Brussel 15 juni 1995, *R.W.* 1997-1988, 306).

5.3.18 Europese regelgeving

135 Het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie hebben

³⁶¹ Kruithof, Moons en Paulus 1975, 746-749.

³⁶² Cass. 28 november 1980, *R.W.* 1981-1982, 1845; Kh. Brussel 28 juni 1983, *J.T.* 1983, 544; Rb. Brussel 18 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 103; Gent 19 september 1990, *R.W.* 1990-1991, 1273; Antwerpen 17 september 1991, *R.W.* 1991-1992, 957; Kh. Charleroi 27 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 449; Liège 22 oktober 1991, *J.T.* 1992, 440; Vred. Brussel 15 juni 1995, *R.W.* 1997-1988, 306.

³⁶³ Zie Demuyne 1999, 109-111; Smits en Stijns 2000, 310-311.

op 29 juni 2000 een Richtlijn uitgevaardigd ter bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties die voor 8 augustus 2002 in de nationale wetgevingen van de lidstaten moeten worden opgenomen (*PB* 2000 L 200 van 8 augustus 2000, blz. 35).³⁶⁴ Het betreft hier uitsluitend transacties tussen ondernemers. De schuldenaar bij incassozaken is vaak een consument en hiervoor geldt de richtlijn niet. Het belang is dan ook klein. Naast een rentevergoeding en een verkorte incassoprocedure, moeten de lidstaten in hun wetgeving opnemen dat de schuldeisers aanspraak kunnen maken op een redelijke schadeloosstelling voor de verliezen ontstaan door betalingsachterstanden. De schadeloosstelling heeft onder meer betrekking op de gemaakte incassokosten en moet in verhouding staan tot de schuld.

5.3.19 Conclusie

136 In Nederland werden incassokosten die niet waren overeengekomen, in het verleden steeds afgewezen, terwijl overeengekomen incassokosten met name door kantonrechters sterk werden gematigd of zelfs geheel werden afgewezen. Na invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek worden incassokosten echter vrijwel altijd toegewezen. Een belangrijke uitzondering is de schuld die ontstaan is uit een geldkredietovereenkomst die onder de Wet Consumentenkrediet valt. In het algemeen zullen incassokosten gevorderd kunnen worden als overeengekomen incassokosten of als vermogensschade. Beide worden door de rechter getoetst aan een dubbele redelijkheidstoets, waarbij het maken en de omvang van de incassokosten redelijk dienen te zijn. Uit de jurisprudentie valt op te maken dat het eerste criterium vooral betrekking heeft op het op de juiste wijze van aanmanen, een redelijke opstelling van de schuldeiser of kosten die volgens de rechter te maken hebben met de voorbereiding van de procedure. Bij het criterium van de omvang blijkt dat in de meeste gevallen het calculatieschema als redelijk wordt

³⁶⁴Zie ook <http://europa.eu.int/eur-lex> zoeken via <publicatieblad>, inzage 25 juli 2001.

beschouwd. Hogere overeengekomen incassokosten worden echter niet altijd afgewezen. In een enkel geval worden door rechter vanwege de feitelijke omstandigheden of bij zeer hoge schuldvorderingen de incassokosten gematigd. Een controversieel rapport van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) gaat in tegen de gevestigde praktijk. Veel navolging heeft het rapport (nog) niet. Afgezien van dit rapport lijkt de in Nederland gegroeide praktijk van berekening en toewijzing door de rechter van de incassokosten conform het calculatieschema, in overeenstemming te zijn met de Europese Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.³⁶⁵

In België is op twee manieren geprobeerd de kosten van invordering aan de schuldenaar door te berekenen. Enerzijds door een beding waarbij het factuurbedrag werd verhoogd met de kosten van rechtspleging in het geval de schuldvordering in rechte werd ingesteld en anderzijds door een schadebeding met een gefixeerde schadevergoeding die verschuldigd werd bij wanprestatie. In beide gevallen maakt het beding meestal deel uit van de leverings- en betalingsvoorwaarden van de schuldeiser. De toepassing van het eerste beding was met name controversieel. Hieraan kwam een einde toen het Hof van Cassatie oordeelde dat een dergelijke verhoging in strijd met de wet was. Het tweede beding had meer succes. Een schadebeding wordt geldig geacht, tenzij het buitensporig is. In het algemeen wordt door de rechter 10 à 15 % niet als overdreven gezien. De rechter heeft de mogelijkheid om ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar het beding te matigen. Niet overeengekomen kosten van invordering worden echter niet toegewezen.

Het ziet ernaar uit dat op dit gebied van incassokosten de Belgische wetgeving zal moeten worden aangepast. Gezien de beperking van de hiervoor genoemde Europese richtlijn tot handelstransacties, zou een

³⁶⁵ Anders Freudenthal 2000, 756; Freudenthal 2001, 45-46. De auteur vindt dat de wetgever regels zal moeten stellen over de redelijkheid van het incassotarief. De omvang hiervan zou niet aan de individuele rechter moeten worden overgelaten, die de mogelijkheid heeft om ambtshalve de incassokosten te matigen. Hoe dit ook zij, het belang is gering, omdat de bewuste richtlijn alleen geldt voor handelstransacties.

bepaling opgenomen kunnen worden in de Wet op de handelspraktijken om vergoeding van de incassokosten te regelen.

5.4 Incassoprovisie

5.4.1 Inleiding

137 In Nederland wordt meestal een bepaald percentage over het geïncasseerde bedrag³⁶⁶ als loon voor het incasseren berekend. Door dit systeem staat de incassoprovisie op voorhand vast, ongeacht de werkzaamheden die verricht moeten worden. Bij kleine schuldvorderingen wordt hiervan soms afgeweken en rekent de incassant een vast bedrag per zaak of verrichting. In België wordt door advocaten en gerechtsdeurwaarders het incasseren van schuldvorderingen - met uitzondering van het minnelijke incasso bij gerechtsdeurwaarders - niet als aparte werkzaamheden gezien, zodat de incassoprovisie ook niet apart wordt berekend.

De vragen die hierna onder meer behandeld worden, zijn die naar de grond waarop de incassant incassoprovisie kan berekenen en waarop de omvang is gebaseerd.

5.4.2 Verschuldigdheid van het loon

138 In Nederland vermeldt het Burgerlijk Wetboek dat de opdrachtgever loon verschuldigd is bij de overeenkomst die de dienstverlener in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan (art. 7:405 lid 1 BW). In het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek ontbrak een dergelijke regeling, een situatie die vergelijkbaar is met het huidige Belgische Burgerlijk Wetboek. Bij beroeps- en bedrijfsmatige dienstverlening wordt echter in het Belgische Burgerlijk Wetboek en werd in het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek, ondanks andersluidende wettelijke bepalingen bij lastgeving (art. 1986 Belg. B.W.; art. 1831 BW (oud)) stilzwijgend de verplichting tot het betalen van loon aangenomen, tenzij anders werd bedongen (Brussel 25 maart 1965, *Pas.*

³⁶⁶ Hieronder vallen in het algemeen niet de kosten die op de schuldenaar verhaald zijn (zie Ktg. Rotterdam 21 februari 1973, *Prig.* 1993, 849).

1966, 95; hof 's-Gravenhage 16 juni 1977, *NJ* 1979, 347).³⁶⁷ Hoofregel bij dienstverlening is dat de opdrachtgever loon verschuldigd is, ook al hebben de werkzaamheden niet tot het gewenste resultaat geleid. Uit de inhoud en strekking van de overeenkomst en het gebruik kan echter volgen dat betaling van loon afhankelijk is van het beoogde resultaat.³⁶⁸ De incasso-overeenkomst is met name in Nederland een dergelijke overeenkomst. Het is er gebruikelijk om incassoprovisie te berekenen over het geïncasseerde bedrag (Rb. Breda 10 januari 1995, *Prg.* 1995, 4246). Wordt niets geïncasseerd, dan is de opdrachtgever geen incassoprovisie of ten hoogste een klein bedrag aan dossier- of administratiekosten verschuldigd. In België geldt dit ook voor incassobureaus en het minnelijke incasso bij gerechtsdeurwaarders. Advocaten daarentegen berekenen een tarief dat niet afhankelijk is van het resultaat. Wel kan het resultaat aanleiding zijn om het loon te matigen. Maakt de opdrachtnemer een fout, dan blijft hij in beide landen recht op loon behouden (anders Ktg. Wageningen 12 juli 1995, *Prg.* 1995, 4353).³⁶⁹ Voor de fout is de opdrachtnemer echter tot schadevergoeding gehouden. In België kan de advocaat slechts aanspraak op loon maken voor zover de prestaties van nut zijn voor de opdrachtgever (Brussel 27 november 1887, *J.T.* 1898, 46; Rb. Charleroi 2 maart 1983, AR 33.226, Depuydt 1993, 91 (nr. 60)).³⁷⁰

³⁶⁷ Paulus en Boes 1978, 114 (nr. 185); Pitlo-Wolffensperger 1979, 363; Asser-Coehorst 1988, 40 (nr. 55); Merchiers 1995, 298; Tilleman 1997, 103-104 (nrs. 189-191).

³⁶⁸ Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 333-334; Paulus en Boes 1978, 115 (nr. 188); Asser-Kortmann 1994, 65-66 (nr.81); Pitlo-Croes 1995, 233.

³⁶⁹ Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), 334; Paulus en Boes 1978, 115 (nr. 190); Wessels 1992, 80-81; Wessels 1994a, 28-29; Merchiers 1995, 298; Tilleman 1997, 110 (nr. 203).

³⁷⁰ Indien de opdrachtgever het loon van de advocaat zonder enig voorbehoud betaalt, kan hij echter geen aansprakelijkheidsvordering meer tegen de advocaat instellen, zulks behoudens nieuwe elementen die de opdrachtgever niet kende (Rb. Brussel 4 december 1990, *R.W.* 1991-92, 823; Rb. Brussel 6 februari 1991, *De Verz.* 1991, 703, *T.B.B.R.* 1992, 265; Rb. Nivelles 26 februari 1991, AR 35.654, Depuydt 1993, 92, nr. 61; zie ook Paulus en Boes 1978, 108 (nr. 181); Merchiers 1995, 294-295; Tilleman 1997, 139-140 (nr. 273)).

5.4.3 De omvang van het loon

139 De omvang van het loon is het door partijen overeengekomen loon, het op gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon (art. 7:405 lid 2 BW). In België wordt in de doctrine en jurisprudentie hetzelfde aangenomen.³⁷¹ De hoogte van het loon kan echter bij wet zijn voorgeschreven. Hieraan zal de opdrachtnemer moeten voldoen. Is de omvang dwingend voorgeschreven dan kunnen partijen daarvan niet afwijken.

5.4.4 Wettelijk vastgesteld loon

140 In beide landen heeft de wetgever de tarieven voor de ambtelijke werkzaamheden van gerechtsdeurwaarders dwingend voorgeschreven.³⁷² De vaststelling daarvan is gedelegeerd aan de regering (Nederland: art. 57 lid 5 en art. 434a Rv.; België: art. 519 Ger. W), die de tarieven heeft voorgeschreven in een K.B. (Nederland: besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarder;³⁷³ België: K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van de gerechtsdeurwaarders in burgerlijke en handelszaken en van sommige toelagen³⁷⁴). De incasso-werkzaamheden in Nederland en het minnelijke incasso in België vallen daar niet onder. Alleen voor het gedwongen incasso in België bestaan

³⁷¹ Paulus en Boes 1978, 114 (nr. 185); Merchiers 1995, 298; Tilleman 1997, 109 (nrs. 201-202).

³⁷² In de relatie opdrachtgever-gerechtsdeurwaarder is met ingang van 15 juli 2001 de prijsvorming in Nederland volledig vrijgelaten.

³⁷³ *Stb* 2001, 325. Tot 15 juli 2001 waren de tarieven opgenomen in het per die datum ingetrokken Deurwaardersreglement (art 14 -17a).

³⁷⁴ *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*. In art. 2 wordt onder meer vermeld dat de gerechtsdeurwaarders niet van de tarieven mogen afwijken.

enkele tarieven, die op de schuldenaar verhaald kunnen worden.³⁷⁵ Zo zijn er tarieven voor 'aanmaning met dreiging' (art. 7), 'inningsrecht' en 'inningsrecht op afkorting' (art. 8). In Nederland zijn in de Wet tarieven in burgerlijke zaken voor advocaten en procureur tarieven opgenomen. De tarieven hebben betrekking op enkele verrichtingen en zijn sinds 1843 niet meer aangepast. De Hoge Raad (HR 24 juni 1938, *NJ* 1939, 419, met noot Meijers) heeft echter uitgemaakt dat deze tarieven niet dwingend zijn voorgeschreven. In de praktijk zijn ze dan ook van geen enkele betekenis.³⁷⁶ Wel van belang is de begrotingsprocedure van art. 32-40 Wet Tarieven in burgerlijke zaken. Het volgen van deze procedure is noodzakelijk als de opdrachtgever zich niet met de omvang van het loon van de advocaat kan verenigen (HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 28 met noot Heemskerk; HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 4 met noot Ras). In het geval de kwaliteit van de werkzaamheden wordt betwist is echter de civiele rechter bevoegd (zie RvD Arnhem 29 juni 1998, *Advocatenblad* 1999, 291). In België bestaat voor advocaten een soortgelijke begrotingsprocedure (art. 459 Ger. W; zie voor de Antwerpse orde het Reglement op de invordering van erelonen³⁷⁷).

Voor de overige incassanten zijn door de overheid geen tarieven voorgeschreven.

5.4.5 De overeengekomen incassoprovisie

141 Opdrachtgever en incassant kunnen vooraf een incassotarief overeenkomen. De afspraak kan nadrukkelijk zijn gemaakt, maar de incas-

³⁷⁵ Iets dergelijks zou voor de Nederlandse gerechtsdeurwaarders ook kunnen gaan gelden, als voor de niet-ambtelijke werkzaamheden die in het verlengde liggen van de ambtelijke werkzaamheden een wettelijke tarifiering zou komen (zie Ontwerp Gerechtsdeurwaarderswet, *TK 22775*, nr. 8, 7; zie ook § 5.6).

³⁷⁶ Art. 29 van de Wet Tarieven in burgerlijke zaken waarin met name de tarieven voor advocaten zijn opgenomen, is een duidelijk voorbeeld van een dode letter. De tarieven van f 1,80 (€ 0,82) per uur of f 3,60 (€ 1,63) per comparitie zijn duidelijk niet meer van deze tijd. De wetgever doet er beter aan de betreffende artikelen te laten vervallen.

³⁷⁷ *Courant Mededelingsblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen 2000-2001*, 9.

sant kan zijn opdrachtgever ook vooraf over de tarieven hebben geïnformeerd, bijvoorbeeld door middel van een offerte of een brochure. In Nederland is de gerechtsdeurwaarder verplicht de opdrachtgever te informeren over de tarieven die hij hanteert (art. 11 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders)³⁷⁸. In België zijn de leden van de Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) verplicht om het tarief schriftelijk aan de opdrachtgever bekend te maken (art. 7.2 Deontologische Code). Het opnemen van tarieven in de algemene voorwaarden is in Nederland niet geoorloofd (art. 6:231a BW; zie Ktg. Emmen 18 oktober 1995, *Prg.* 1995, 4430). Bovenmatige incassoprovisie kan eventueel door de rechter worden gematigd (57ab Rv; art 6:248 lid 2 BW; Cass. 6 maart 1980, *R.W.* 1981-1982, 442).³⁷⁹

5.4.6 Tarieven van de beroepsverenigingen

142 De tarieven kunnen zijn voorgeschreven of geadviseerd door de beroepsverenigingen van de incassanten.³⁸⁰ Zo schreef in Nederland de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) haar leden in het reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk, vaste tarieven voor. Deze tarieven vielen echter onder de reikwijdte van de Mededingingswet, waardoor horizontale prijsafspraken zonder dat daarvoor ontheffing is verleend, verboden zijn (art. 6 en 17). De Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) vroeg ontheffing van dit verbod.³⁸¹ Het

³⁷⁸ *Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

³⁷⁹ Ronse 1977, 215-216. In België wordt op basis van de bindende kracht van overeenkomsten (art. 1134 Belg. B.W.) door de doctrine betwist dat de rechter het overeengekomen loon kan matigen op grond van het feit dat lastgeving in principe kosteloos zou zijn waardoor slechts van een vergoeding en niet van winst sprake mag zijn. Als oplossing ziet de doctrine de leer der gekwalificeerde benadeling (onrechtmatige daad of misbruik van recht) of de goede trouw van art. 1134 lid 3 Belg. B.W. (Paulus en Boes (1978, 118 (nr. 197); Tilleman 1997, 119-123 (nrs. 217-222)).

³⁸⁰ De tarieven binden derden niet zonder meer, ook al zijn ze als verordening of reglement vastgesteld (Gent 11 mei 1984, *T.G.R.* 1985, 20; zie ook paragraaf 3.3).

³⁸¹ De Nederlandse orde van advocaten heeft het verzoek tot ontheffing ondersteund (algemene raad 1993, 527).

verzoek zou worden aangehouden tot de behandeling van het Ontwerp Gerechtsdeurwaarderswet zou zijn afgerond. Tot die tijd waren de tarieven nog bindend.³⁸² Door de inwerkingtreding van de Gerechtsdeurwaarderswet werd de KVG van rechtswege ontbonden en werd het reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk ingetrokken.³⁸³ Vanaf die tijd mogen de gerechtsdeurwaarders de tarieven vrij met hun opdrachtgevers overeenkomen (zie ook art. 11 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders³⁸⁴).

Advocaten hadden tot 1 januari 1997 te maken met het zogenaamde calculatieschema, een aanbeveling van de Nederlandse orde van advocaten. Hierin waren tarieven voor de diensten van advocaten opgenomen, waarin onder meer een incassotarief. Van horizontale prijsbinding was geen sprake, omdat advocaten niet verplicht waren het calculatieschema te volgen. Inmiddels wordt beoogd art. 25 van de gedragsregels voor advocaten te wijzigen en het calculatieschema daarin op te nemen.³⁸⁵ De Nederlandse Vereniging van Incassobureaus (NVI) en de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA) hebben voor haar leden in het geheel geen tarieven voorgeschreven of aanbevolen. Leden van de Nederlandse Vereniging van Incassobureaus dienen echter wel de tarieven schriftelijk aan de opdrachtgever kenbaar te maken (art. 6.2 Gedragscode).

In België worden tarieven voor diensten van advocaten door de plaatselijke ordes van advocaten gereguleerd. Wel is er een aanbeveling van de Belgische Nationale Orde van Advocaten.³⁸⁶ De Antwerpse

³⁸² Overigens weerhield dat de leden in de praktijk niet om afwijkende tarieven of kortingen met (groepen) opdrachtgevers af te spreken.

³⁸³ Zie ook noot 8.

³⁸⁴ *Stcr* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

³⁸⁵ *Advocatenblad* 1998, 35. Overigens wordt het tarief nog steeds door veel advocaten gehanteerd en op de website van de Nederlandse orde van advocaten (<<http://www.advocatenorde.nl/flatindex.html>> zoeken via 'declaratie', inzage 25 juli 2001) als voorbeeld van een incassotarief vermeld.

³⁸⁶ Aanbeveling Eerelonen van 24 juni 1991 van de nationale orde, *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.E. W/18.

orde heeft die aanbeveling praktisch geheel overgenomen in het Reglement inzake ereloon en kosten van 30 maart 1992.³⁸⁷ Er worden drie berekeningswijzen toegestaan. Een apart incassotarief is er niet. Het zogenaamde waardetarief komt voor incassozaken het meest in aanmerking. Het tarief lijkt op het incassotarief van het calculatieschema van de Nederlandse orde, echter met dit verschil dat het niet afhankelijk is van de hoogte van het geïncasseerde bedrag, maar van de waarde van de ingestelde schuldvordering.³⁸⁸ Bij gerechtsdeurwaarders wordt voor het minnelijke incasso een 'evenredig recht' aan de opdrachtgever berekend. Dit recht is een percentage van het geïncasseerde bedrag, afhankelijk van de hoogte van het bedrag en de verlopen tijd na het factureren.³⁸⁹ Het tarief is niet bindend voorgeschreven.

5.4.7 No cure, no pay

143 Partijen kunnen echter ook overeenkomen dat de opdrachtgever slechts een bepaald percentage over het geïncasseerde bedrag verschuldigd is. Wordt er niets geïncasseerd dan is de opdrachtgever geen loon, maar ook geen onkosten verschuldigd. Bereikt de incassant een positief incassoresultaat dan zal hij, afhankelijk van de overeenkomst, de onkosten aan de opdrachtgever doorberekenen of moeten putten uit de incassoprovisie. Deze wijze van berekenen wordt in de incassobranche *no cure, no pay* genoemd.³⁹⁰ Advocaten is het niet toegestaan om *no cure, no pay* toe te passen (art. 25 lid 2 en 3 gedragsregels voor advocaten

³⁸⁷ *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.3. E/3-19.

³⁸⁸ Tot een bedrag van f 6.500 (€2.949,57) bedraagt het percentage in België en in Nederland (volgens het calculatieschema) 15%. Daarboven treden er verschillen op. In België blijft 15% gelden tot een hoofdsom van 250.000 BEF (€6.197,34), terwijl in Nederland 10% vanaf f 6.500 (€ 2.949,57) tot f 13.000 (€ 5.899,14) wordt berekend.

³⁸⁹ Briers 1990, 5-7.

³⁹⁰ In feite is deze wijze van berekening een combinatie van *no cure, no pay* (indien geen resultaat wordt geen incassoprovisie in rekening gebracht) en *quota pars litis* (berekening van een percentage van het geïncasseerde).

1992).³⁹¹ Tot 15 juli 2001 gold dit eveneens voor gerechtsdeurwaarders die lid waren van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) (art 7.4 reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk).³⁹² Leden van de Nederlandse Vereniging van Incassobureaus kunnen daartegen *no cure, no pay* 'incidenteel' met de opdrachtgever overeenkomen (art. 6.2 van de Gedragscode van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen).

In België is *no cure, no pay* bij advocaten en gerechtsdeurwaarders niet toegestaan (art. 459 Ger. W; art 2 KB 30 november 1976³⁹³).

5.4.8 De gebruikelijke en redelijke incassoprovisie

144 Is er geen incassoprovisie tussen partijen overeengekomen, dan dient de gebruikelijke en bij gebreke daarvan de redelijke incassoprovisie berekend te worden. De vraag wat onder een gebruikelijke of redelijke incassoprovisie moet worden verstaan, is reeds uitgebreid bij het onderwerp incassokosten in § 5.3 aan de orde gekomen. Het door de orde van advocaten opgestelde calculatieschema wordt in de jurisprudentie in het algemeen als het gebruikelijke en/of redelijke tarief gezien.

Overigens doet de incassant er beter aan de incassoprovisie met de opdrachtgever overeen te komen, omdat hij anders het risico loopt dat bij een procedure een deel wordt afgewezen.³⁹⁴ Dit overkwam een advo-

³⁹¹ De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft bij voorlopig oordeel van 21 januari 1999 art. 25 lid 2 en 3 gedragsregels voor advocaten 1992 in strijd geacht met het kartelverbod van art. 6 van de Mededingingswet (zie ook Lindenbergh e.a. 2000, 37-38).

³⁹² Zie noot 8. Het is overigens de vraag of de gerechtsdeurwaarder bij het toepassen van de *no cure, no pay*-berekening niet in strijd komt met de onafhankelijkheid en ambtelijke onpartijdigheid van art. 2 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders (*Stcrt* 12 juli 2001, nr. 132, 13).

³⁹³ K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke- en handelszaken en van het tarief van sommige toelagen, *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*.

³⁹⁴ Aan deze afspraak is hij dan wel gehouden (zie Ktg. Eindhoven 9 december 1999, *Prg.* 2000, 5405).

caat in België van wie het honorarium van 1.650.000 BEF (€ 40.902,43), waarop het bedrag door de orde ook was begroot, werd betwist, omdat het ten opzichte van het voorschot veel hoger uitviel. Het hof vond dat de advocaat met zijn opdrachtgever over het honorarium afspraken had moeten maken of minstens informatie daarover had moeten verstrekken. Door dit niet te doen handelde de advocaat onzorgvuldig. De verrichte werkzaamheden stonden vast. Het hof wees echter op grond van de vertrouwensleer slechts de helft toe (Antwerpen 30 maart 1998 besproken in *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 1997-1998, 145; *R.W.* 1998-1999, 369; vgl. Antwerpen 29 mei 2000 rolnr. 99AR1811, <http://www.cass.be/cgi_juris/jurn.pl>, inzage 25 juli 2001; anders Rb. Liège 14 maart 1996, *J.L.M.B.* 1997, 807).³⁹⁵

5.4.9 Toetsing van de incassoprovisie

145 De vraag is *door wie* de redelijke incassoprovisie bepaald kan worden. Onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek maakte de Hoge Raad (HR 24 april 1987, *NJ* 1987, 792 met noot Van der Grinten; vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 15 oktober 1971, *NJ* 1973, 118) uit dat de rechter het redelijke loon diende vast te stellen indien partijen daar niet uit kwamen, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen dienden te worden. In het huidige Burgerlijk Wetboek

³⁹⁵ Volgens de huidige wetgeving in België dient de advocaat de opdrachtgever over het honorarium vooraf te informeren (art. 2.1-2.2 Wet Onrechtmatige Bedingen Vrije Beroepen). Deze wet is alleen van toepassing bij overeenkomsten met consumenten. Bij incasso-overeenkomsten zal meestal van een bedrijf of vrije beroepsbeoefenaar sprake zijn.

lijkt de wetgever hier ook voor te hebben gekozen.³⁹⁶ Tuchtrechtelijk wordt echter alleen ingegrepen in het geval excessief is gedeclareerd (HvD 18 januari 1993, *Advocatenblad* 1993, 529; zie ook HvD 13 december 1993, *Advocatenblad* 1994, 720; vgl. HvD 24 april 1995, *Advocatenblad* 1996, 131; landelijke tuchtkamer 20 januari 1997, *De Gerechtsdeurwaarder* 1997, 104). In België bepaalt de rechter in het algemeen bij een geschil het redelijke loon. Een uitzondering vormt de advocaat, omdat de vaststelling van het honorarium door een advocaat een bij de wet ingestelde partijbeslissing is, zij het met de begrenzing van de begrotingsprocedure van art. 459 Ger. W. De rechterlijke toetsing is bij een geschil over het gevorderde honorarium marginaal, hetgeen meebrengt dat de rechter enkel kan optreden wanneer het vastgestelde honorarium overdreven is (Rb Hasselt 21 februari 1983, *R.W.* 1985-1986, 1646; Gent 17 september 1996, *R.W.* 1997-1988, 916).³⁹⁷ Het is gebruikelijk dat de rechter, indien de vordering nog niet is begroot (art. 459 Ger.W.) advies inwint bij de Raad van de orde van advocaten (Gent 17 september 1996, *R.W.* 1997-1988, 916; vgl. Liège 5 februari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 931; anders Gent 11 mei 1984, *T.G.R.* 1985, 20; Vred. Saint-Gilles 8 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 934).³⁹⁸

5.4.10 Conclusie

146 In de praktijk is het de incassant die de hoogte van de incassopro-

³⁹⁶ Brunner 1974, 787; Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. Boek 3, 4 en 6), 334; Asser-Kortmann 1994, 68; Wessels 1994a, 28. In het Ontwerp Meijers was gekozen voor bepaling van het loon door de opdrachtnemer met marginale toetsing door de rechter. Na kritiek van Brunner werd deze bepaling in het Ontwerp van Wet ingetrokken met verwijzing in de Memorie van Toelichting naar Brunner. Van der Grinten (1993, 21) meent echter dat de wetgever zich in zoverre bij de visie van Brunner heeft aangesloten, dat de wet thans niet meer rept over de loonvaststelling door de lasthebber. Hij acht de mening van Brunner in strijd met de opvattingen van de praktijk en neemt aan dat de lasthebber het loon bepaalt en baseert deze bevoegdheid op gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

³⁹⁷ Ronse 1977, 215-216; Stevens 1990, 372 (nr. 721); vgl. Kruithof 1994, 463.

³⁹⁸ Stevens 1990, 396 (nr. 774).

visie of het honorarium bepaalt. Heeft de overheid de tarieven dwingend voorgeschreven, zoals bij het gedwongen incasso bij de gerechtsdeurwaarders in België, dan dient de incassant die toe te passen. In de andere gevallen zal hij de incassoprovisie overeenkomstig afspraak met de opdrachtgever of de gebruikelijke incassoprovisie moeten berekenen. In Nederland is het incassotarief volgens het calculatieschema gebruikelijk. In de praktijk hanteren advocaten en ook de meeste andere incassanten dit tarief. Dit tarief wordt ook door de rechter als redelijk beschouwd. Het tarief dat gerechtsdeurwaarders in Nederland hanteren, valt voor hogere bedragen ongunstiger uit dan het incassotarief van het calculatieschema. In het geval partijen over de hoogte van de incassoprovisie niets zijn overeengekomen, is het incassotarief van het calculatieschema het op de gebruikelijke wijze berekende loon; eventueel het redelijke loon waaraan de rechter kan toetsen. In België zal wanneer partijen van mening verschillen, de rechter het redelijke loon dienen vast te stellen, waarbij advocaten de begrotingsprocedure moeten invoeren. In het laatste geval zal de rechter slechts marginaal kunnen toetsen.

5.5 Incassoprovisie bij voortijdige beëindiging

5.5.1 Inleiding

147 Bij de voortijdige beëindiging van de opdracht zal de incassant niet het gehele bedrag aan incassoprovisie kunnen berekenen. Hij heeft immers zijn werkzaamheden niet voltooid. Daarentegen kan een opdrachtgever door intrekking van de opdracht proberen onder een deel van de incassoprovisie uit te komen. Hierna wordt nagegaan wat de incassant bij voortijdige beëindiging kan berekenen.

5.5.2 Regelgeving

148 Volgens art. 7:411 lid 1 BW heeft de opdrachtnemer in Nederland, indien de overeenkomst tussentijds wordt beëindigd, recht op een naar redelijkheid vast te stellen *deel* van het loon.³⁹⁹ Bij de bepaling hiervan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de lastgever daarvan heeft, en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd. Volgens lid 2 heeft de opdrachtnemer recht op het volledige loon indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag van het loon worden de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht. Lid 3 zegt dat hiervan niet kan worden afgeweken indien de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet een beroep of bedrijf uitoefent. Dit is bij incasso van weinig praktische betekenis, omdat de meeste opdrachtgevers rechtspersonen of natuurlijk personen zijn die een beroep of bedrijf uitoefenen.

³⁹⁹ Zie ook Asser-Coehorst 1988, 84 (nr. 112); Asser-Kortmann 1994, 95 (nr. 122); De Vries 2000, 84-89.. Onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek is in de jurisprudentie en literatuur maar weinig belangstelling voor deze materie geweest (Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6, Boek 7, 376).

Er is in België geen wetsartikel gewijd aan het loon bij voortijdige beëindiging van de lastgeving. In de literatuur wordt aangenomen dat de lasthebber recht heeft op loon voor de reeds uitgevoerde prestaties of een loon naar rato.⁴⁰⁰ Bij dit laatste kan worden gedacht aan een vooraf vastgesteld loon, zoals de incassoprovisie. Bij advocaten moet bij een geschil gebruik worden gemaakt van de begrotingsprocedure (art. 459 Ger. W; zie voor de Antwerpse orde het Reglement op de invordering van erelonen⁴⁰¹).

149 In de beroeps- en gedragsregels van de beroepsbeoefenaren die zich met incasso bezig houden, wordt nauwelijks aandacht besteed aan de berekening van het loon bij voortijdige beëindiging van de opdracht. Alleen in Nederland werd in het oude reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk⁴⁰² (art. 7.5) bepaald dat een gerechtsdeurwaarder aan zijn opdrachtgever de incassoprovisie over het ter incasso gegeven bedrag in rekening kan brengen in het geval de laatste "buiten het lid [van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG)] om met de schuldenaar een regeling of een schikking treft, de opdracht tot incasso intrekt of het lid ondanks ingebrekestelling zonder bericht laat". Om effect te sorteren moest het reglement deel uitmaken van de overeenkomst (Ktg. Haarlem 16 maart 1979, *Prg.* 1980, 1458). Bovendien was de bepaling opgenomen om te voorkomen dat een opdrachtgever, indien de schuldenaar aanbod rechtstreeks te betalen, de opdracht introk om betaling van de incassoprovisie te voorkomen.⁴⁰³

5.5.3 Jurisprudentie

150 De kantonrechter te Maastricht (17 januari 1968, *NJ* 1969, 34)

⁴⁰⁰ Paulus en Boes 1978, 116 (nr. 194); Tilleman 1997, 110 (nr. 204); zie ook Merchiers 1995, 312.

⁴⁰¹ *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 2000-2001, 9.

⁴⁰² Zie noot 8.

⁴⁰³ Teekens 1968, 129-134; Van Gorkum 1990, 59-61; vgl. Teekens 1970, 30-36.

kreeg te oordelen over een declaratievordering van een gerechtsdeurwaarder die overeenkomstig het reglement niet-ambtelijke rechtspraak 10% van de gehele schuldvordering in rekening had gebracht, nadat de opdrachtgever de incassozaak had teruggevraagd. De kantonrechter vond dat het reglement slechts interne werking had en derden niet bond. De rechter ging zelfs nog verder door te overwegen dat mocht het reglement in de toekomst de opdrachtgever toch binden dan zou het tarief bij het intrekken van de schuldvordering nog niet van toepassing zijn, omdat de betreffende bepaling in strijd was met art. 1850 en 1851 BW (oud) waarin uitdrukkelijk was bepaald dat de lastgever de last kon herroepen. Ook de Arbitragecommissie van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) deed over de voortijdige beëindiging een uitspraak. De opdrachtgever had namelijk, nadat door de gerechtsdeurwaarder diverse werkzaamheden waren verricht, gevraagd de werkzaamheden te staken, omdat er naar zijn idee geen verhaal meer was. De gerechtsdeurwaarder zag dit als een voortijdige beëindiging en bracht de opdrachtgever de volledige incassoprovisie in rekening. De opdrachtgever vond deze berekening niet redelijk en wendde zich tot de Arbitragecommissie. Deze gaf in haar uitspraak aan dat het de bedoeling van de bepaling was te voorkomen dat een opdrachtgever, wanneer de schuldenaar aanbiedt rechtstreeks te betalen, de opdracht intrekt en daardoor niet zou behoeven te betalen. Wanneer echter de opdrachtgever in het geheel niets ontvangt en de kans op het met succes incasseren niet (meer) bestaat, is de gerechtsdeurwaarder niet gerechtigd zonder meer het anders bij incasso gehanteerde percentage te vorderen. Een andere zienswijze zou volgens de Commissie tot onaanvaardbare conclusies leiden. De commissie wees dan ook een redelijk en billijk tarief toe.⁴⁰⁴ In een civiele procedure (Rb. Breda 10 januari 1995, *Prg.* 1995, 4246) had een incassobureau na voortijdige beëindiging door de opdrachtgever de incassoprovisie gebaseerd op het volledig te incasseren bedrag hoewel er veel minder was geïncasseerd. De rechtbank wees slechts de incasso-

⁴⁰⁴ Van Gorkum 1990, 59-61.

provisie over het geïncasseerde bedrag toe.

5.5.4 Conclusie

151 In Nederland zal de incassant, afhankelijk van de reden van de voortijdige beëindiging, recht hebben op een redelijk loon. De omvang hangt af van de omstandigheden. De ene maal zal een procentueel deel van de volledige incassoprovisie en de andere maal het aantal bestede uren redelijk zijn. Dit loon zal echter nooit hoger mogen uitvallen dan de volledige incassoprovisie. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarbij volledige berekening van de incassoprovisie redelijk is. Te denken valt aan een opdrachtgever die de incasso-overeenkomst beëindigt, nadat naar aanleiding van de incassowerkzaamheden een betalingsregeling of schikking is getroffen. Als maatstaf voor de berekening van het incassotarief zal de hoogte van het bedrag dat de schuldenaar zal betalen, gehanteerd moeten worden. Enige matiging van de incassoprovisie is op zijn plaats in het geval er sprake is van een langlopende betalingsregeling, omdat de incassant geen werkzaamheden meer behoeft te verrichten en het bovendien onzeker is dat de regeling wordt nagekomen. De wetgever spreekt in art. 7:411 lid 2 BW van besparingen waarmee rekening gehouden moet worden. Een en ander is eveneens het geval indien de opdrachtgever de incasso-overeenkomst had voortgezet, omdat het niet redelijk is om incassoprovisie over het oorspronkelijke bedrag te rekenen terwijl minder is geïncasseerd of de betalingsregeling door de opdrachtgever zelf wordt afgewikkeld.

In België heeft de incassant recht op loon voor de reeds uitgevoerde prestaties of een bedrag naar rato over het vooraf vastgestelde loon. Voor gerechtsdeurwaarders liggen de wettelijke tarieven vast en zijn afhankelijk van verrichte werkzaamheden. Bij de minnelijke incasso kan een keuze worden gemaakt uit vergoeding van de gemaakte uren of een bedrag naar rato van de incassoprovisie. Ook bij advocaten is er de

keuzemogelijkheid van het urentarief of het naar rato waardetarief toe passen. Mocht de opdrachtgever het niet eens zijn met de bepaling van het honorarium dan zal deze door de Raad van de orde van advocaten moeten worden begroot, eventueel op verzoek van de rechter die over een declaratiegeschil dient te oordelen.

5.6 Afwikkelingskosten

5.6.1 Inleiding

152 In afwijking van de incassoprovisie brachten gerechtsdeurwaarders in Nederland die lid waren van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG), opdrachtgevers die zich beroepsmatig met incasso bezighouden een apart, lager tarief in rekening, de zogenaamde afwikkelingskosten. Deze afwikkelingskosten werden naast de exploitkosten en verschotten, voor het incasseren van de schuldvordering in rekening gebracht. Deze werkzaamheden liggen met name in het verlengde van de ambtelijke werkzaamheden.

5.6.2 De ontwikkeling van de afwikkelingskosten

153 De afwikkelingskosten waren tot 15 juli 2001 opgenomen in het reglement niet-ambtelijke rechtspraak en dateerden van 24 september 1966.⁴⁰⁵ De afwikkelingskosten waren in het leven geroepen om de incassowerkzaamheden die bij een ambtelijke opdracht worden verricht, te vergoeden.⁴⁰⁶ Dit leidde vooral na de invoering tot kritiek, met name vanuit de advocatuur en van de rechtskundige adviseurs. De afwikkelingskosten konden immers niet op de schuldenaar worden verhaald en gingen ten koste van een deel van de incassoprovisie of moesten aan de opdrachtgever in rekening worden gebracht. Aan de andere kant was berekening van de afwikkelingskosten op zich niet onredelijk, omdat de gerechtsdeurwaarder bij de ambtelijke werkzaamheden incassowerkzaamheden moest verrichten. Hierdoor en gezien de relatief lage

⁴⁰⁵ Zie noot 8.

⁴⁰⁶ Opvallend is dat de kantonrechter te Rotterdam de afwikkelingskosten in strijd met de wet vond. De gerechtsdeurwaarder zou bij de tenuitvoerlegging van een vonnis alleen ambtelijke tarieven mogen berekenen (Ktg. Rotterdam 21 februari 1973, *Prg.* 1973, 849; vgl. Ktg. Maastricht 17 januari 1968, *NJ* 1969, 34).

afwikkelingskosten verstomde de kritiek.⁴⁰⁷ Er was tot 1992 eenzelfde tarief voor advocaten, collega-gerechtsdeurwaarders, rechtskundige adviseurs en (bonafide) incassobureaus. Met ingang van 1 januari 1992 kwam daar echter verandering in en werden er twee soorten tarieven ingevoerd: de afwikkelingskosten voor ‘tussenpersonen’, waaronder nu alleen advocaten, procureurs en collega-gerechtsdeurwaarders vallen (art. 4), en een apart tarief voor ‘adviseurs’, onder meer voor incassobureaus en rechtskundige adviseurs (art. 5). Dit tarief bedraagt 10% van het geïncasseerde bedrag. De gerechtsdeurwaarder kan hiervan afwijken en het tarief van de afwikkelingskosten toepassen (art. 5.3). Het hoge adviseurstarief was controversieel, zoals hierna zal blijken.

5.6.3 Mededingingswetgeving

154 Naast de uitbreiding met het adviseurstarief deed zich nog een andere - tijdelijke - ontwikkeling voor. Anticiperend op het verbod van horizontale prijsbinding gingen steeds meer gerechtsdeurwaarders eigen - vrijwel altijd hogere - tarieven rekenen.⁴⁰⁸ Hierdoor konden de bedragen die advocaten en incassobureaus in rekening werden gebracht, de incassokosten evenaren of zelfs overtreffen. In de literatuur werd de vraag gesteld of de afwikkelingskosten niet via art. 56 lid 5 Rv op de schuldenaar verhaald konden worden⁴⁰⁹ en er werd voor gepleit om de afwikkelingskosten in de Gerechtsdeurwaarderswet op te nemen.⁴¹⁰ In slechts twee gepubliceerde uitspraken werden die kosten toegewezen (Rb. Zwolle 22 september 1993, *Prg.* 1994, 4109; Rb. Almelo 9 augustus 1995, *Prg.* 1995, 4367).

⁴⁰⁷ Dit afwikkelingstarief was afhankelijk van de hoogte van het ontvangen bedrag onder aftrek van de kosten en bedroeg ongeveer 4%.

⁴⁰⁸ Zie paragraaf 5.4.6.

⁴⁰⁹ Van Rijswijk 1993, 126.

⁴¹⁰ Van der Molen 1993, 322-324.

5.6.4 Hoger tarief redelijk?

155 De toepasselijkheid en redelijkheid van het adviseurstarief kwamen aan de orde in een procedure die in eerste instantie voor de kantonrechter diende en waarvan in cassatie werd gegaan (HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 314)⁴¹¹. Een gerechtsdeurwaarder had aan een incassobureau het hoge adviseurstarief berekend. Het incassobureau was het daarmee niet eens en ontkende in de procedure dat het reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk van toepassing zou zijn. De kantonrechter overwoog dat in het geval het reglement niet van toepassing zou zijn, het de gerechtsdeurwaarder vrij stond elk gewenst bedrag in rekening te brengen, mits hij daartoe de grenzen van de redelijkheid en billijkheid niet zou overschrijden, hetgeen volgens hem niet het geval was. Verder overwoog de kantonrechter dat het incassobureau "weliswaar de toepasselijkheid van het reglement had betwist, maar niet had gesteld dat de daarin vervatte tariefstelling tot onredelijke of onbillijke uitkomsten zou leiden, en dat derhalve ervan moest worden uitgegaan dat de tarieven berekend op grond van het reglement de redelijkheidstoets zou kunnen doorstaan." Het Hoge Raad achtte de lezing van de kantonrechter niet onbegrijpelijk en verwierp het beroep.⁴¹²

⁴¹¹ Zie ook Van Gorkum 1994, 67-71; Thiry 1994, 517-526.

⁴¹² De uitspraak van de Hoge Raad lijkt mij juist, maar toch heb ik moeite met de uitkomst. Het lijkt mij niet redelijk bij de tenuitvoerlegging van een vonnis een professioneel incassobureau meer dan het lage tarief van de afwikkelingskosten in rekening te brengen. Het incassobureau is immers gedwongen gebruik te maken van de diensten van een gerechtsdeurwaarder. Weliswaar kan het incassobureau de incassowerkzaamheden die in het verlengde van de ambtelijke werkzaamheden liggen zelf verrichten, maar de meeste gerechtsdeurwaarders voelen daar weinig voor. Dit laatst is ook erg onpraktisch en betekent dat steeds na elke ambtelijke verrichting de stukken teruggezonden moeten worden. Feitelijk betekent dit dat het incassobureau *geen* keuze heeft, zeker niet in het geval er maar één gerechtsdeurwaarder in een standplaats is, zoals in casu het geval was. Een argument waarom het hoge tarief niet redelijk is, is het gelijkheidsbeginsel (vgl. Ktg. Utrecht 28 november 1995 en 10 april 1996, *Prg.* 1996, 4567). Waarom zou een incassobureau voor dezelfde werkzaamheden meer in rekening gebracht moeten worden dan aan een advocaat of gerechtsdeurwaarder?

5.6.5 Verwarring bij ambtelijke werkzaamheden van gerechtsdeurwaarders

156 Dicht bij de problematiek van de afwikkelingskosten ligt de vergoeding van de incasso- of extra werkzaamheden van de gerechtsdeurwaarder bij een ambtelijke opdracht *in het algemeen*. Voor het publiek is het niet altijd duidelijk dat een gerechtsdeurwaarder naast de vergoeding voor de ambtelijke werkzaamheden die meestal op de schuldenaar verhaald kan worden, een vergoeding voor incasso- of extra werkzaamheden kan berekenen. Dit mondt soms zelfs uit in een procedure. Zo had een particuliere schuldeiser in een *strafzaak* tegen een verdachte een civiele vordering toegewezen gekregen van f 400 (€181,51). De vordering werd niet voldaan, zodat de schuldenaar zich tot een bevoegde gerechtsdeurwaarder wendde. De grosse werd niet betekend, maar toch slaagde de gerechtsdeurwaarder erin het bedrag te incasseren en wikkeld onder aftrek van incassoprovisie af. De opdrachtgever was het daarmee niet eens en vorderde het bedrag van de gerechtsdeurwaarder terug. De kantonrechter oordeelde dat er sprake was van een incasso en dat de gerechtsdeurwaarder gerechtigd was die kosten in rekening te brengen (Ktg. Enschede 13 december 1979, *Prg.* 1981, 1568). In een andere zaak gaf een opdrachtgever een incasso-opdracht aan een gerechtsdeurwaarder en verzocht hem zo spoedig mogelijk conservatoir beslag te leggen op een auto van de schuldenaar. Daarvoor moest regelmatig bij het woonhuis van de schuldenaar worden gecontroleerd. De auto werd tevens gesekwestreerd. In de procedure die daarna volgde kwam een schikking tot stand. De gerechtsdeurwaarder rekende met de opdrachtgever af en bracht, naast de incassoprovisie, een extra bedrag in rekening voor de bemoeiingen rond de beslaglegging, de kosten van een sommatie-exploot, de kosten van de ingeschakelde procureur, de kosten van vervoer en stalling van de auto. Al deze kosten werden door het hof afzonderlijk van de incassoprovisie gezien en toegewezen (Rb. 's-

Hertogenbosch 10 maart 1995 en hof 's-Hertogenbosch 25 februari 1997, *Prg.* 1997, 4767)

5.6.6 Situatie in België

157 In België bestaat geen vergoeding voor de gerechtsdeurwaarder die vergelijkbaar is met de afwikkelingskosten. De incassowerkzaamheden bij de ambtelijke opdracht worden gehonoreerd met enkele rechten die de schuldenaar dient te betalen (K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van de gerechtsdeurwaarders in burgerlijke en handelszaken en van sommige toelagen)⁴¹³. Er zijn rechten voor 'aanmaning met dreiging' (art. 7), 'inningsrecht' en 'inningsrecht op afkorting' (art. 8). Deze rechten laten het schadebeding waarbij de gefixeerde schadevergoeding bij wanprestatie kan worden gevorderd, onverlet.

5.6.7 Conclusie

158 Afwikkelingskosten hebben in Nederland in het verleden tot kritiek aanleiding gegeven, omdat ze betrekking hadden op werkzaamheden die in het verlengde lagen van de ambtelijke opdracht. De kritiek verstomde, omdat er sprake was van een redelijke vergoeding voor werkzaamheden die duidelijk buiten de ambtelijke werkzaamheden lagen. Het bestaan van twee soorten tarieven voor opdrachtgevers die zich met incasso bezig houden en een beroep moeten doen op de ambtelijke taak van de gerechtsdeurwaarder, viel echter niet goed te begrijpen. Waarom zouden aan incassobureaus en rechtskundige adviseurs bij dezelfde werkzaamheden een hoger tarief mogen worden berekend dan aan advocaten en collega-gerechtsdeurwaarders? Met ingang van 15 juli 2001 zijn de

⁴¹³ B.S. 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, B.S. 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*. In art. 2 wordt onder meer vermeld dat de gerechtsdeurwaarders niet van de tarieven mogen afwijken.

afwikkelingskosten vervallen. Waarschijnlijk zal hierdoor de praktijk van het in rekening brengen van de (verschillende) afwikkelingskosten niet veranderen (zie Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders).⁴¹⁴ Het lijkt dan ook gewenst dat er een (vast) tarief komt dat aan de schuldenaar doorberekend kan worden. De vraag is dan hoe dit tarief zich zal verhouden tot de incassokosten. Wellicht is het systeem dat voor gerechtsdeurwaarders in België wordt gehanteerd bruikbaar. Bepaalde incassohandelingen zouden aan de schuldenaar doorberekend kunnen worden door middel van een apart tarief of eventueel (in combinatie met) een hoger ambtelijk tarief, waarbij niets extra's aan de schuldenaar en opdrachtgever mag worden berekend. Hierdoor zou het bestaande systeem van de incassokosten gehandhaafd kunnen blijven.

⁴¹⁴ De commissie tarieven gerechtsdeurwaarder ingesteld door de Staatssecretaris van Justitie op 11 januari 2000 (*Stcrt* 2000, nr.16, 19) was in haar advies van oordeel dat het innen van gelden, tenzij als onderdeel van de executie-opbrengst, geen ambtshandeling is (*Schuldenaarstarieven; ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders* (Den Haag 2001: SDU).

5.7 Onkosten

5.7.1 Inleiding

159 De incassoprovisie heeft in het algemeen alleen betrekking op het loon van de incassant. Naast het loon moet de opdrachtgever ook de onkosten vergoeden die de incassant heeft moeten maken en die niet onder de incassoprovisie vallen.⁴¹⁵ Hierbij valt te denken aan de proceskosten en exploitkosten. Veelal zullen deze onkosten op de schuldenaar verhaald kunnen worden. Daarnaast zijn er nog andere onkosten die voor rekening van de opdrachtgever zijn. Hierna zal worden onderzocht welke dat zijn.

5.7.2 Regelgeving

160 In Nederland wordt in art. 7:406 BW vermeld dat de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht moet vergoeden, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen (zie ook art. 1845 BW (oud)). Alleen die onkosten die voor de opdracht redelijk verantwoord zijn, komen daarvoor in aanmerking (zie HvD 1 mei 1995, *Advocatenblad* 1996, 131⁴¹⁶).⁴¹⁷ De overeenkomst kan inhouden dat er voor vergoeding van de onkosten geen plaats is, omdat deze zijn begrepen in het loon van de opdrachtnemer.⁴¹⁸ Daarnaast is voor advocaten de begrotingsprocedure van art. 32-40 Wet Tarieven in burgerlijke zaken, van belang. Deze moet bij een geschil over de onkos-

⁴¹⁵ Door advocaten en gerechtsdeurwaarders in Nederland worden de onkosten soms *verschotten* genoemd.

⁴¹⁶ De Tuchtrecter kreeg een klacht te behandelen over de advocaat die loon en onkosten had gedeclareerd in een verkeerd ingestelde procedure. De tuchtrecter vond dat de bestede uren en onkosten niet aan de opdrachtgever doorberekend hadden mogen worden.

⁴¹⁷ Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6 (Boek 7), 337; Asser-Coehorst -De Leede-Thunnissen 1988, 69 (nr, 86).

⁴¹⁸ Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6 (Boek 7), 338.

ten gevolgd worden (Rb. Breda 7 oktober 1997, *NJkort* 1997, 87). In art. 7 administratieverordening staat vermeld dat gerechtsdeurwaarders slechts verschotten kunnen declareren indien daar facturen tegenover staan dan wel daarvoor wettelijke tarieven gelden.

In België kunnen de onkosten van de lasthebber eveneens op de opdrachtgever worden verhaald, zelfs in het geval de zaak mislukt en de kosten geringer hadden kunnen zijn (art. 1999 Belg. B.W.; zie Cass. 23 februari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-1989, 713). Grote verschillen in uitgaven vallen daar echter niet onder.⁴¹⁹ In het geval de lasthebber een fout begaat, heeft hij geen recht op betaling van de kosten die op de fout betrekking hebben.⁴²⁰ Advocaten dienen bij een geschil de begrotingsprocedure te volgen (art. 459 Ger. W; zie voor de Antwerpse orde het Reglement op de invordering van erelonen⁴²¹).

161 In Nederland staat in de gedragsregels van de leden van de Nederlandse Vereniging van Incassobureaus vermeld dat de leden 'in principe' alleen de kosten en provisie voor rekening van de opdrachtgever brengen die niet op de schuldenaar verhaald kunnen worden (art. 6.4). In België heeft het honorarium bij advocaten slechts betrekking op het deel van de 'intellectuele' diensten (art. 2.1-2.6 Reglement inzake ereloon en kosten)⁴²². Onkosten kunnen daarnaast aan de opdrachtgever worden doorberekend. Deze zijn te onderscheiden in specifieke en algemene kosten. De eerste worden geheel en de laatste worden door middel van een opslag per dossier of getypte bladzijde doorberekend. Voor de gerechtsdeurwaarders wordt in het K.B. 30 november 1976⁴²³ onderscheid gemaakt in kosten (art. 14-15) en 'uitschotten' (art. 16-17). De

⁴¹⁹ Paulus en Boes 1978, 120 (nr. 205).

⁴²⁰ Paulus en Boes 1978, 120 (nr. 205); Merchiers 1995, 297.

⁴²¹ *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen* 2000-2001, 9.

⁴²² *Vademecum van de orde van advocaten te Antwerpen*, II.D.3. E/3-19.

⁴²³ K.B. 30 november 1976, houdende vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke- en handelszaken en van het tarief van sommige toelagen, *B.S.* 8 feb. 1977; gewijzigd bij K.B. van 12 augustus 1998, *B.S.* 29 december 1998; *Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement*.

eerste omvatten uitgiften van afschriften en uittreksel van akten, exploten of proces-verbaal van verkoop, vertalingen en de verplaatsing. De tweede hebben betrekking op de door de gerechtsdeurwaarder gedane verschotten die hij heeft moeten maken voor de betekening van de akte, de kosten van het transport van meubelen en die van de verkoop daarvan, alsmede de kosten van de aanplakbiljetten en de advertentie. De uitschotten worden terugbetaald op vertoon van kwijtschriften of facturen of op vermelding onderaan de akte.

5.7.3 Onkosten begrepen in het loon

162 Het onderwerp onkosten trekt weinig belangstelling in de literatuur in Nederland en België. Na de invoering van Boek 7 van het huidige Burgerlijk Wetboek in Nederland zijn enkele auteurs summier op die problematiek ingegaan. Volgens Croes zou aan de hand van de inhoud, aard en strekking van de overeenkomst en hetgeen gebruikelijk is, bepaald moeten worden of de onkosten in het loon zijn begrepen.⁴²⁴ Algemene kosten, zoals kantoorkosten vallen volgens hem vaak onder het loon, maar specifieke kosten, zoals een advertentie doorgaans niet. Van der Grinten gaat ervan uit dat bij professionele lastgeving naast het loon veelal geen plaats is voor onkosten.⁴²⁵ Coehorst en Kortmann nemen dit aan in het geval de overeenkomst of het gebruik daar geen uitsluitel over geven.⁴²⁶ Het zou in ieder geval op de weg van de opdrachtnemer liggen om waar te maken dat de onkosten niet in het loon zijn begrepen. Verder worden door Wessels als voorbeeld van onkosten genoemd de "kosten van incasso van ten behoeve van een lastgever ontvangen bedragen, waaronder proceskosten".⁴²⁷ In België is het

⁴²⁴ Pitlo-Croes 1995, 233.

⁴²⁵ Van der Grinten 1993, 22.

⁴²⁶ Asser-Coehorst 1988, 68-69 (nr. 84); Asser-Kortmann 1994, 68-69 (nr. 83).

⁴²⁷ Wessels 1992, 81; Wessels 1994a, 29; zie ook Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6 (Boek 7), 338.

uitgangspunt dat alle onkosten door de opdrachtgever worden betaald.⁴²⁸
De onkosten zijn dan ook meestal niet begrepen in het loon.

5.7.4 Jurisprudentie over het doorberekenen van onkosten

163 De rechtbank te Breda (Rb. Breda 10 januari 1995, *Prg.* 1995, 4246) heeft een uitspraak gedaan in een zaak waarin onder meer doorberekening van een nota van een door het incassobureau ingeschakelde advocaat aan de orde was. De rechtbank ging ervan uit, omdat daar niets over was bedongen, dat die kosten in de gefixeerde incassoprovisie waren begrepen en niet apart als onkosten aan de opdrachtgever in rekening konden worden gebracht (vgl. Ktg. Apeldoorn 5 juli 2000, *Prg.* 2000, 5549). In een andere procedure (hof 's-Hertogenbosch 25 februari 1997, *Prg.* 1997, 4767) waren de onkosten die een gerechtsdeurwaarder bij een incasso-opdracht had gemaakt aan de orde. Op verzoek van de opdrachtgever had hij met spoed beslag gelegd op een personenauto en deze gesekwestreerd. In de daaropvolgende procedure werd een bedrag tegen finale kwijting afgesproken en de procedure geroyeerd. De gerechtsdeurwaarder bracht incassoprovisie, een extra bedrag aan bemoeiingen en onkosten in rekening. De onkosten hadden betrekking op een sommatie-exploot, het beslag, de procureurskosten, de kosten van bewaring e.d. De opdrachtgever wilde de extra bemoeiingen en de kosten niet voldoen. Het hof achtte echter de extra bemoeiingen en de kosten voor rekening van de opdrachtgever, omdat ze buiten de incassoprovisie vielen.

5.7.5 Conclusie

164 De wettelijke regels en gedragsregels bieden in Nederland weinig houvast om te bepalen welke kosten wel of niet voor rekening van de

⁴²⁸ Paulus en Boes 1978, 119 (nrs. 220-203); Merchiers 1995, 297; Tilleman 1997, 123 (nr. 223).

opdrachtgever komen. De algemene kosten zijn duidelijk begrepen in het loon. Uit de parlementaire geschiedenis en de literatuur valt op te maken dat de specifieke kosten die ten behoeve van de opdrachtgever worden gemaakt, doorberekend kunnen worden. Als voorbeeld worden de proceskosten bij incasso genoemd. Uit het vonnis van de rechtbank te Breda blijkt dat niet alle gemaakte kosten doorberekend kunnen worden. Van belang is wat partijen zijn overeengekomen. Anders zal het gebruik of de redelijkheid en billijkheid uitsluitel moeten geven. In dat geval lijken de specifieke onkosten die gewoonlijk aan de schuldenaar doorberekend worden, de onkosten die duidelijk buiten het eigenlijke terrein van het incasseren liggen, alsmede de onkosten die door de rechter bij wijze van uitzondering of de door de schuld van de opdrachtgever zijn afgewezen, voor doorberekening in aanmerking te komen. Proceshonorarium bij een verstekprocedure - naast het al toegewezen proces-salaris - en afwikkelingskosten vallen daar niet onder. De incassant zal in twijfelgevallen aannemelijk moeten maken dat de onkosten niet in de incassoprovisie zijn begrepen.

In België is doorberekening van de onkosten van gerechtsdeurwaarders wettelijk geregeld. Algemene kosten vallen onder het loon. Specifieke onkosten kunnen doorberekend worden. Bij minnelijke incasso vallen de eventuele onkosten onder de incassoprovisie. Voor advocaten is een uitvoerige regeling voor de onkosten voorgeschreven. In het algemeen zullen de meeste onkosten aan de opdrachtgever doorberekend kunnen worden, tenzij deze betrekking hebben op een fout. Is de opdrachtgever het niet met de onkosten eens dan zal de begrotingsprocedure uitkomst moeten bieden.

5.8 Tot besluit van dit hoofdstuk

165 Dit hoofdstuk ging over de afrekening. In de afrekening moet de incassant rekening en verantwoording aan de opdrachtgever afleggen. De rekening houdt onder meer in dat hij een specificatie van alle ontvangsten, uitgaven en in rekening gebrachte kosten verstrekt, de stukken meestuurt die op het incasso betrekking hebben, alsmede - in het geval de schuldvordering niet geheel werd geïncasseerd - de van belang zijnde afspraken en eventuele stuitingen van verjaring. Verantwoording zal blijken uit eerdere correspondentie of uit de afrekening zelf. De afrekening zal eveneens de incassokosten inhouden die de schuldenaar in rekening werden gebracht.

De berekening van die kosten en de omvang als zodanig waren in Nederland tot de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek controversieel. Thans worden de incassokosten vrijwel altijd toegewezen.⁴²⁹ De incassokosten moeten echter wel aan een dubbele redelijkheidstoets voldoen, waarbij *het maken* en *de omvang* redelijk dienen te zijn. Incassokosten berekend conform het calculatieschema van de Nederlandse orde van advocaten voldoen aan het laatste criterium.

In België werd geprobeerd om het honorarium van advocaten via een beding in zijn geheel of deels door te berekenen aan de schuldenaar. Een dergelijke clause werd uiteindelijk door het Hof van Cassatie niet geldig bevonden. Wel is een schadebeding rechtsgeldig waarbij een gefixeerde schadevergoeding wordt bedongen in het geval de schuldenaar wanprestatie pleegt. De omvang van het schadebeding mag echter niet te hoog zijn. Een percentage van 10 à 15% wordt door de rechter niet onredelijk geacht.

Incassokosten zijn ook van belang voor de hoogte van de incassoprovisie, het bedrag dat de incassant voor zijn werkzaamheden aan de opdrachtgever in rekening brengt. Meestal zal dit bedrag even hoog zijn als de incassokosten. Partijen kunnen een ander tarief overeenkomen. Is

⁴²⁹ Vgl. paragraaf 5.3.16.

dat niet het geval dan is dit het incassotarief van het calculatieschema, het op de gebruikelijke wijze berekende loon of het redelijke loon dat door de rechter wordt vastgesteld.

Gerechtsdeurwaarders in België zullen zich bij de gedwongen incasso aan de wettelijke tarieven moeten houden. Bij minnelijke incasso en bij de andere incassanten gelden de overeengekomen tarieven of die zoals door de beroepsverenigingen zijn voorgeschreven. De Rechter kan eventueel het redelijke loon vaststellen, zij het dat voor advocaten slechts een marginale toetsing mogelijk is.

Incassoprovisie dient te worden gematigd in het geval de opdracht voortijdig wordt beëindigd. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarbij volledige berekening van de incassoprovisie redelijk is zoals bij een opdrachtgever die de incasso-opdracht beëindigd nadat een betalingsregeling of schikking is getroffen. Als maatstaf voor de berekening van de incassoprovisie zal het bedrag gehanteerd moeten worden dat de schuldenaar zal gaan betalen. Bij een langlopende regeling is enige matiging op zijn plaats, omdat de incassant minder werkzaamheden behoeft te verrichten en daarmee besparingen in de zin van art. 7:411 lid 2 BW heeft.

In afwijking tot de incassoprovisie die gerechtsdeurwaarders in Nederland aan hun opdrachtgevers in rekening brengen, werd aan advocaten, collega-gerechtsdeurwaarders, rechtskundige adviseurs en incassobureaus een apart tarief in rekening gebracht voor de incassowerkzaamheden die in het verlengde van een ambtelijke opdracht liggen. Dit tarief kon niet worden doorberekend aan de schuldenaar. Tot 1 januari 1992 was het tarief van de zogenaamde afwikkelingskosten voor genoemde opdrachtgevers gelijk. Na die tijd werd een afzonderlijk - veel hoger - tarief, het zogenaamde adviseurstarief ingesteld voor de rechtskundige adviseurs en incassobureaus. Het tarief geldt niet meer, maar waarschijnlijk zal de praktijk van het in rekening brengen van de (verschillende) afwikkelingskosten niet veranderen. Het is dan ook wense-

lijk dat er één wettelijk tarief komt voor incassowerkzaamheden bij de ambtelijke opdracht die op de schuldenaar verhaald kan worden. In België is dit reeds het geval. Voor sommige incassohandelingen geldt een tarief dat de schuldenaar moet voldoen.

In beide landen zijn naast het loon van de incassant de onkosten van belang. Veel van de onkosten, zoals proceskosten en exploitkosten worden aan de schuldenaar doorberekend. Er zijn echter kosten die of voor rekening van de incassant blijven, of voor rekening van de opdrachtgever komen. De overeenkomst, het gebruik of de redelijkheid en billijkheid zullen uitsluitend daarover moeten geven. In België zullen de meeste onkosten aan de opdrachtgever worden doorberekend. Bij advocaten kunnen de kosten bij een geschil worden begroot.

6 De beroepsaansprakelijkheid

6.1 Inleiding

166 Degene die door een gebeurtenis schade lijdt zal die schade in beginsel zelf moeten dragen, tenzij er een bijzondere regel bestaat waardoor de schade op een ander afgewenteld kan worden.⁴³⁰ De belangrijkste situaties waardoor de schade op een ander afgewenteld kan worden, zijn wanprestatie en onrechtmatige daad. Bij wanprestatie is dit wegens het niet vervullen van een contractuele verplichting en bij onrechtmatige daad wegens overtreding van een wettelijke gedragsnorm. Bij incasso lijkt alleen wanprestatie van toepassing. Of dit zo is, zal hierna worden gezien. Om tot wanprestatie of onrechtmatige daad te concluderen, is in het algemeen bij beroepsaansprakelijkheid een maatstaf van zorgvuldigheid nodig waaraan de gedraging van de beroepsbeoefenaar getoetst kan worden. Die maatstaf is in de rechtsleer en rechtspraak nader ontwikkeld. Nadat de aansprakelijkheid is bepaald, zal bekeken worden welke schade voor vergoeding in aanmerking komt alsmede de omvang daarvan. Niet alle geleden schade komt in alle gevallen voor vergoeding in aanmerking. Zo zal er voldoende causaal verband moeten bestaan tussen de fout en de schade. Bovenstaande aspecten zullen hierna worden bekeken.

⁴³⁰ Schut 1997, 2; Asser-Hartkamp 1998, 13-15 (nrs. 12-15). Volgens Schut wordt de grondgedachte dat een ieder in beginsel zijn eigen schade moet dragen, door een veelheid van ontwikkelingen ondermijnd. Als factoren noemt hij: a. de toename van het aantal gevallen waarin de schade dekking vindt uit hoofde van een particuliere of sociale verzekering; b. de groeiende mogelijkheid om een beroep te doen op een overheidsfonds of de staatskas indien andere bronnen ontbreken; c. het sterker wordende algemeen gevoelen dat bij grote rampen op een tegemoetkoming uit de gemeenschapskas mag worden gerekend; d. de verzakelijking van het maatschappelijk leven die meebrengt dat bij schadeveroorzaking door vrienden of verwanten ook deze personen worden aangesproken. Zie ook artikelenreeks over dit onderwerp in het *NJB*: Verburgh 1980, 173-174; Bloembergen 1980, 174-183; De Groot 1980, 269-276; De Leede 1980, 397-404; Peeters 1980, 493-504; Tak 1980, 653-667; Stein 1980, 707-719; Mackaay 1980, 813-825; Hoekema 1980, 977-1000.

6.2 Wanprestatie of onrechtmatige daad

6.2.1 Wanprestatie of onrechtmatige daad

167 Tussen opdrachtgever en incassant bestaat een contractuele band die uit meer verbintenissen bestaat. Voor de incassant staat de verbintenis om incassowerkzaamheden te verrichten centraal. Begaat de incassant daarbij een fout dan dient hij de daaruit ontstane schade aan de opdrachtgever te vergoeden. In Nederland wordt in de wet gesproken over "iedere [toerekenbare] tekortkoming in de nakoming van een verbintenis" (art. 6:74 lid 1 BW). In plaats van de toerekenbare tekortkoming werd ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek gesproken van *wanprestatie* (art. 1279 BW (oud)).⁴³¹ In België wordt de incassant aansprakelijk in het geval hij een verbintenis niet nakomt (art. 1146 Belg. B.W.), aangeduid met contractuele fout. Slechts de voorzienbare schade komt voor vergoeding in aanmerking, hetgeen niet betekent dat hij de omvang ten tijde van het sluiten van de overeenkomst heeft kunnen voorzien (art. 1150 Belg. B.W.; zie Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745).⁴³²

Indien er *geen* contractuele band bestaat, berust in beide landen de aansprakelijkheid op onrechtmatige daad, ook buitencontractuele fout of aansprakelijkheid genoemd (art. 6:162 e.v. BW; art. 1382 e.v. Belg. B.W.);⁴³³ zie ook art. 1401 e.v. BW (oud)). Als onrechtmatige daad wordt in Nederland aangemerkt: 1. een inbreuk op een recht, 2. een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en 3. een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschap-

⁴³¹ De term toerekenbare tekortkoming van art. 6:74 lid 1 BW is ruimer en neutraler dan wanprestatie (Parl. Gesch. Boek 6, 258; Asser-Hartkamp 2000, 229 en 232 (nrs. 307 en 309); Olthof (T&C), art. 6:74 BW, aant. 2.

⁴³² Ronse 1988, 169-170 (nr. 225).

⁴³³ Overeenkomstig de Franse Code Civil wordt in art. 1382 van het Belgische Burgerlijk Wetboek de term onrechtmatig niet gebruikt.

pelijk verkeer betaamt, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigheidsgrond (art. 6:162 lid 2 BW). Een onrechtmatige daad kan de dader worden aangerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of krachtens de wet of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:162 lid 3 BW). Bij onrechtmatige daad is tevens het relativiteitsbeginsel van belang (art. 6:163 BW). Krachtens dit beginsel bestaat geen verplichting tot schadevergoeding in het geval de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.⁴³⁴

In België is sprake van een onrechtmatige daad als de schade is veroorzaakt door een fout, nalatigheid of onvoorzichtigheid (art. 1382-1383 Belg. BW). De schuldenaar is aansprakelijk als de schade door zijn schuld is veroorzaakt (art. 1382 Belg. B.W.) of volgens de wet voor zijn risico komt (zie art. 1384 lid 2, 3 en 4 Belg. B.W.).⁴³⁵ Als vereisten voor de onrechtmatige daad is tevens de redelijke voorzienbaarheid van schade van belang (zie Mechelen 18 maart 1987, *R.W.* 1987-1988, 1483; Brussel 6 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 1135; Mons 28 juni 1994, *J.L.M.B.* 1996, 91).⁴³⁶ Het relativiteitsbeginsel werd door het Hof van Cassatie slechts eenmaal toegepast (Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 205).⁴³⁷ Het relativiteitsbeginsel is dan ook bij onrechtmatige

⁴³⁴ Vgl. Van Dunné 1997, 207-211. De auteur vindt dat in het onrechtmatige daadsrecht naast het vereiste causaal verband geen plaats is voor het gebruik van 'relativiteit' of 'Schutznorm'. Dat zou des te meer gelden voor het huidige recht, omdat de toerekening naar redelijkheid de heersende leer voor het causaal verband is. Bovendien zou de van oorsprong Duitse theorie in Nederland verkeerd zijn toegepast.

⁴³⁵ Aansprakelijkheid door schuld wordt foutaansprakelijkheid genoemd. Bij objectieve aansprakelijkheid (risicoaansprakelijkheid) is bijv. de werkgever (art. 1384 lid 3 Belg. B.W.) aansprakelijk voor zijn bedienden en aangestelden, zonder de mogelijkheid zich hieraan te onttrekken. De aansprakelijkheid van art. 1384 lid 2 en 4 Belg. B.W. ligt tussen de foutaansprakelijkheid en de objectieve aansprakelijkheid in en wordt aangeduid met het vermoeden van aansprakelijkheid, bijv. ouders en onderwijzers. Deze moeten bewijzen dat zij voldoende toezicht hadden uitgeoefend en dat zij een goede opvoeding gaven, hetzij dat zij de schade niet hadden kunnen voorkomen.

⁴³⁶ De redelijke voorzienbaarheid geldt niet voor de *omvang* van de schade (Ronse 1988, 168 (nr. 224); zie ook De Boeck 2000, 184 (nr. 421)).

⁴³⁷ Ronse 1988, 25 (nr. 20).

daad in België geen vereiste. De te beschermen belangen worden door middel van de afwezigheid van onrechtmatigheid of het ontbreken van causaal verband opgelost.⁴³⁸

Bij incasso zal bij een fout van de incassant in de verhouding met de opdrachtgever bijna altijd sprake zijn van wanprestatie. Van onrechtmatige daad is sprake indien de contractuele band ontbreekt, zoals dat het geval is bij de schuldenaar (zie HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 (Bierbrouwerij De Ridder/Moszkowicz)) of bij ieder ander jegens wie de incassant een fout begaat (zie Cass. 20 juni 1997, *R.W.* 1998-1999, 435). Toch kan ook de opdrachtgever met wie een contractuele band bestaat, de incassant in sommige gevallen op grond van onrechtmatige daad aanspreken. Er is dan sprake van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad.

6.2.2 Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in Nederland

168 In Nederland wordt bij beroepsfouten in de inleidende dagvaarding de aansprakelijkheid vaak gebaseerd op wanprestatie subsidiair onrechtmatige daad, of deze wordt in het geheel niet vermeld (zie voor dit laatste HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 58). Rechtspraak en rechtsleer zijn dan ook algemeen van mening dat een beroepsfout die wanprestatie oplevert, tevens een onrechtmatige daad tegenover de contractuele wederpartij kan inhouden.⁴³⁹ Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan alleen van een vordering uit onrechtmatige daad sprake zijn, indien er onafhankelijk van de schending van de contractuele verplichtingen onrechtmatig is

⁴³⁸ Ronse 1988, 26 (nr. 21); Bocken 1988, 285.

⁴³⁹ Zie conclusie A.G. Mok bij HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 58; Onrechtmatige daad oud (De Groot), III, 18a (nr. 14); Van Dunné 1993 (deel 2), 4; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, 15; Bolt en Spier 1996, 119; vgl. Wijshoff-Vogelzang 1985, 112-113;

gehandeld.⁴⁴⁰ Bij incasso zal hiervan niet vaak sprake zijn, omdat de meeste fouten die worden gemaakt te doen hebben met de directe uitvoering van de incasso-overeenkomst. Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad treedt bijvoorbeeld op bij het door de incassant verduisteren van gelden, die door de schuldenaar op de schuldvordering van de opdrachtgever zijn betaald.

6.2.3 Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in België

169 In België wordt bij beroepsfouten in de dagvaarding hoofdzakelijk op grond van wanprestatie gevorderd, tenzij de contractuele band ontbreekt. Rechtsleer en rechtspraak gaan er dan ook van uit dat in de contractuele verhouding slechts aansprakelijkheid uit wanprestatie mogelijk is. Alleen als de fout een schending inhoudt van een algemene zorgvuldigheidsplicht *en* dan alleen nog voor de buitencontractuele schade, kan deze op onrechtmatige daad worden gebaseerd.⁴⁴¹ Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zonder dat aan de voorwaarde van samenloop moet zijn voldaan, is wel mogelijk in het geval op de contractuele wanprestatie een strafrechtelijke sanctie staat (Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244). Vorderingen die op onrechtmatige daad zijn gebaseerd en waarbij sprake is van een contractuele band en die niet aan het vorenstaande voldoen, worden dan ook in bijna

⁴⁴⁰ HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476; HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157; HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290; HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235 met noot Stein.

⁴⁴¹ Cass. 7 december 1973, *R.W.* 1973-1974, 1597; Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 88; Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-1991, 244; Cass. 4 juni 1993, *R.W.* 1993-1994, 302; Cass. 23 mei 1997, *R.W.* 1998-1999, 681.

alle gevallen afgewezen.⁴⁴²

6.2.4 Verschillen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad

170 Het belangrijkste verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad komt voort uit de aard van de verbintenis die eraan ten grondslag ligt. Partijen kunnen bij een overeenkomst de gevolgen tevoren regelen, bij de onrechtmatige daad moet de wet daarvoor zorg dragen.⁴⁴³ Bij de beoordeling van de aansprakelijkheidsvordering zal de rechter hiermee rekening (moeten) houden (zie art. 6:98 BW; art. 6:101 BW; art. 6:109 BW). Bij overeenkomsten kunnen bijvoorbeeld ook exoneratieclausules worden toegepast; clausules die in het algemeen slechts tussen contractuele partijen gelden (zie Liège 19 januari 1989, *R.G.A.R.* 1992, 12065). Er bestaan echter uitzonderingen op dit laatste (zie HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 met noot Scholten(vergaste uien)).⁴⁴⁴ De meeste bepalingen van het overeenkomstenrecht zijn van regeland recht, zodat hiervan afgeweken kan worden. Ook als partijen bij een overeenkomst niet van de wet afwijken, blijven er verschillen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad bestaan. In Nederland zijn de verschillen met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek kleiner geworden. Zo is thans de schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad op dezelfde wijze geregeld (art. 6:95 e.v. BW). In België is alleen de schadevergoeding bij

⁴⁴² Rb. Mons 4 maart 1987, AR 70.223; Mons 9 februari 1988, AR 11.130; Brussel 15 juni 1988 AR 296/87; Rb. Mons 13 september 1989 AR 76.092; Rb. Antwerpen 16 november 1993 AR 54.660; anders Arbeidshof Brussel 27 maart 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 339; Dirix en Van Oevelen 1993, 1226-1227; Depuydt 1994, 12-13; Kruithof 1994, 489.

⁴⁴³ Zie ook Schut 1997, 15; Krans 1999, 33-34.

⁴⁴⁴ In deze procedure had een zekere De Klerk aan de Reinigingsdienst van de gemeente Rotterdam opdracht gegeven om de in zijn loods opgeslagen uien met methyl-bromide te behandelen. Partijen kwamen overeen dat de gemeente niet aansprakelijk zou zijn voor eventuele schadelijke gevolgen. De behandeling mislukte en de uien moesten worden vernietigd. Een deel van de uien was van een derde en deze stelde tegen de gemeente een vordering in op grond van onrechtmatige daad. De vordering werd afgewezen, omdat de afspraak ook voor de derde gold.

wanprestatie wettelijk geregeld, die bij onrechtmatige daad niet (art. 1146-1155 Belg. B.W.). De regeling bij wanprestatie wordt niet bij onrechtmatige daad toegepast.⁴⁴⁵ Bij onrechtmatige daad wordt in beginsel alle schade vergoed, bij wanprestatie slechts de schade die voorzienbaar was bij het sluiten van de overeenkomst (Cass. 11 april 1986, *R.C.J.B.* 1990, 79 met noot Cornelis).⁴⁴⁶ Een ander verschil is de aansprakelijkheid van personen van wie bij uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt. In Nederland is de schuldenaar bij wanprestatie aansprakelijk voor de fout van *hulppersonen* van wie hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt (art. 6:76 BW; zie ook HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 met noot Stein; HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420; hof Amsterdam 23 januari 1997, *NJ* 2000, 504; HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 733). Bij onrechtmatige daad is hij aansprakelijk voor de hulp-persoon die in zijn dienst is (art. 6:170 lid 1 BW; zie ook art. 1403 lid 3 BW (oud)). Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 is deze uitgebreid met de aansprakelijkheid voor een zelfstandige ondernemer die een bedrijf uitoefent én voor diegene die als zijn vertegenwoordiger fungeert (art. 6:171 en 172 BW).⁴⁴⁷ Beoefenaren van een vrij beroep vallen hier niet onder, tenzij het beroep bedrijfsmatig wordt uitgevoerd, bijvoorbeeld door middel van een besloten vennootschap.⁴⁴⁸ In België is de schuldenaar bij wanprestatie eveneens aansprakelijk voor diegene van wie hij bij de uitvoering gebruik maakt (zie Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 125). Bij onrechtmatige daad kan de schuldenaar daarentegen slechts aansprakelijk worden gesteld voor de daden van diegenen die in zijn dienst zijn (art. 1384 lid 3 Belg. B.W.). In beide landen bestaan verschillen bij de stelplicht- en bewijslast. Zo zal de opdrachtgever in het algemeen moeten stellen en zonedig bewijzen dat

⁴⁴⁵ Ronse 1988, 165-167 (nr. 222); Smits en Stijns 2000, 117; vgl. Simoens 1999, 67 (nr. 35).

⁴⁴⁶ De Boeck 2000, 184 (nr. 421).

⁴⁴⁷ Parl. Gesch. Boek 6, 712-713; Asser-Hartkamp 1998, 151 (nr. 153); zie ook HR 19 februari 1993, *NJ* 1996, 318.

⁴⁴⁸ Parl. Gesch. Boek 6, 729-730, Asser-Hartkamp 1998, 152 (nr. 153).

de incassant wanprestatie of een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Bij wanprestatie kan hij, anders dan bij een inspanningsverbintenis, bij een resultaatsverbintenis volstaan met te stellen en zonodig te bewijzen dat een verwacht resultaat niet tot stand is gekomen. Dat bewijs valt gemakkelijker te leveren dan het bewijs van wanprestatie, hetgeen de kans op het winnen van een proces vergroot.⁴⁴⁹ In de praktijk kan een verschil ook optreden in de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de beroepsbeoefenaar. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een arrest van het Gerechtshof Antwerpen. In deze procedure had een plastisch chirurg bij een medische ingreep een tampon in de borst van een patiënt achtergelaten. Met deze patiënt had de arts een contractuele band. Hij bleek slechts voor buitencontractuele aansprakelijkheid verzekerd te zijn, zodat de verzekeringsmaatschappij niet behoefde uit te keren en de arts de schade zelf moest dragen (Antwerpen 1 maart 1995, *T. Gez.* 1995-96, 221).⁴⁵⁰

6.2.5 Conclusie

171 Bij een beroepsfout van de incassant zal de juridische grondslag van de vordering tot schadevergoeding berusten op wanprestatie of onrechtmatige daad. Van wanprestatie is sprake indien partijen een contractuele band hebben en van onrechtmatige daad indien deze ontbreekt. Ondanks dit op het eerste gezicht duidelijke onderscheid is in de rechtsbetrekking tussen opdrachtgever en incassant samenloop mogelijk. Tussen wanprestatie en onrechtmatige daad bestaan verschillen in de gevolgen. Deze kunnen liggen in de aard van de verbintenis, de personen die aansprakelijkheid gesteld kunnen worden, de stelplicht en bewijslast en

⁴⁴⁹ Vgl. Giesen 1999, 30.

⁴⁵⁰ Een ander verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in België is de verjaringstermijn. Zo verjaart de vordering uit wanprestatie in het algemeen na tien jaar (art. 2262bis lid 1 Belg. B.W.; anders art. 2271-2277 Belg. B.W.) en die uit onrechtmatige daad na vijf jaar na de kennisname van de schade en de identiteit van de dader; in ieder geval na verloop van twintig jaar na de gebeurtenis (art. 2262bis Belg. B.W.).

de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Het belangrijkste verschil is de aard van de verbintenis. Bij een overeenkomst kunnen partijen de gevolgen regelen. Exoneratieclausules kunnen bijvoorbeeld worden toegepast of er kan worden afgeweken van de bepalingen van het overeenkomstenrecht. Bij onrechtmatige daad regelt de wet uitsluitend de gevolgen. Een ander belangrijk verschil is de bewijslast. Bij een overeenkomst die een resultaatsverbintenis inhoudt, zal de opdrachtgever gemakkelijk bewijs van de wanprestatie kunnen leveren. Bij een inspanningsverbintenis of onrechtmatige daad zal de fout bewezen moeten worden. In de meeste gevallen zal de juridische grondslag van de vordering tot schadevergoeding bij een beroepsfout van de incassant berusten op wanprestatie. Er is slechts sprake van samenloop met onrechtmatige daad als de incassant een algemene zorgvuldigheidsplicht schendt die los staat van de contractuele verplichtingen. In tegenstelling tot Nederland kan in dat geval in België slechts de buitencontractuele schade worden gevorderd, tenzij op de zorgvuldigheidsplicht een strafrechtelijke sanctie staat. In de praktijk van het incasso zal het dan ook niet of nauwelijks voorkomen dat een beroepsfout van de incassant gebaseerd is op onrechtmatige daad, tenzij de rechtsvordering wordt ingesteld door een derde, bijvoorbeeld de schuldenaar.

6.3 Maatstaf voor zorgvuldigheid

6.3.1 Inleiding

172 Soms ligt wanprestatie zonder meer vast. Dit is het geval bij een zogenaamde resultaatsverbintenis, een verbintenis waarbij een bepaald resultaat werd toegezegd. In het algemeen echter is meer nodig om tot wanprestatie of onrechtmatige daad te concluderen. Daarvoor is een maatstaf van zorgvuldigheid nodig waaraan het gedrag van de beroepsbeoefenaar getoetst kan worden. Deze maatstaf wordt in de praktijk voor een groot deel door de beroepsbeoefenaar zelf ingevuld. Rechtsleer en rechtspraak hebben een maatstaf ontwikkeld waaraan de beroepsbeoefenaar behoort te voldoen. Hierna zullen deze nader worden onderzocht.

6.3.2 Inspanningsverbintenis

173 Zowel in Nederland als in België zal in de meeste gevallen bij een overeenkomst met een beroepsbeoefenaar sprake zijn van een zogenaamde inspanningsverbintenis, waarbij de beroepsbeoefenaar bij de werkzaamheden voldoende inspanningen zal moeten verrichten. Bij een inspanningsverbintenis kan dan ook niet zonder meer tot wanprestatie worden geconcludeerd als de beroepsbeoefenaar bij zijn werkzaamheden een fout heeft begaan. Er is een maatstaf van zorgvuldigheid nodig waaraan getoetst kan worden of de beroepsbeoefenaar zich voldoende heeft ingespannen. De rechtspraak gaat ervan uit dat de overeenkomst met een advocaat een inspanningsverbintenis is (zie § 3.2.1). Bepaalde deelverplichtingen kunnen echter resultaatsverplichtingen inhouden. Hierbij hoeft de fout niet aan de maatstaf van zorgvuldigheid worden getoetst en staat wanprestatie zonder meer vast.

6.3.3 Zorgvuldigheid in de praktijk

174 De zorgvuldigheid wordt in de praktijk door de beroepsbeoefenaar ingevuld. De maatstaf die hij daarbij hanteert, zal voor een groot deel van de beroepsgroep komen waartoe hij behoort. Het meeste daarvan is echter niet beschreven. Door middel van gedragsregels, tuchtrecht en literatuur komt een deel schriftelijk tot uitdrukking. Zo maken sommige gedragsregels melding van een zorgplicht, maar verder dan een algemene formulering gaat dit niet (art. 4 van de gedragsregels voor advocaten 1992; art 1 beroeps- en gedragsregels Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG); art. 2.3 van de Gedragscode van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI); art 5 Gedragscode voor de leden van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA)). Het tuchtrecht is een belangrijke bron van groepsopvattingen. Voorts vormen praktijkvoorbeelden of reacties op bepaalde handelwijzen in de vakbladen een indicatie over opvattingen in de beroepsgroep. Hierbij dient ook rekening gehouden te worden met binnen die groep levende tegenstrijdige opvattingen. Deze moeten echter wel op het betreffende terrein door een belangrijk deel van de beroepsgroep worden gevolgd (vgl. Rb. Gent 6 november 1987, *T.B.B.R.* 1989, 83).⁴⁵¹ Groepsopvattingen zijn soms ook direct van invloed op civiele rechtspraak. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij een deskundigenbericht (zie hof Arnhem 29 mei 1973, *NJ* 1975, 201 na verwijzing HR 29 april 1971, *NJ* 1971, 347). Een enkele keer wordt de door de beroepsgroep algemeen gehanteerde maatstaf door de rechter opzij gezet. Een voorbeeld hiervan is het zogenaamde Baarns beslag dat voor nogal wat opschudding in notariële kringen zorgde. Een notaris had na het verlijden van de koopakte maar voor de inschrijving de koopsom aan de verkoper en de hypotheekhouder doorbetaald. Voor de inschrijving echter legde de fiscus beslag. De koper kon niet anders doen dan de schuldvordering van de fiscus betalen. Hij vorderde op zijn beurt het

⁴⁵¹ Bolt en Spier 1996, 129.

bedrag terug van de notaris. De notaris verdedigde zich met de stelling dat hij overeenkomstig het notariële gebruik had gehandeld. Desondanks werd hij aansprakelijk bevonden, omdat de notaris het risico had kunnen vermijden door enkele dagen later uit te betalen (HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56).

6.3.4 Maatstaf volgens de rechtspraak

175 In Nederland heeft de Hoge Raad de maatstaf bepaald om te beoordelen of een beroepsbeoefenaar een beroepsfout heeft gemaakt. Volgens de Raad moet hij de zorgvuldigheid in acht nemen die onder de omstandigheden van het concrete geval van *een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot* mag worden verwacht (HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26; HR 26 november 1991, *NJ* 1991, 455). De maatstaf heeft zowel betrekking op de vordering die op grond van wanprestatie als op onrechtmatige daad is ingesteld.⁴⁵² De rechter toetst *volledig* aan de maatstaf. De rechtspraak van voor deze uitspraken luidt soms anders (zie Rb. Maastricht 22 november 1979, *NJ* 1980, 655)⁴⁵³. De volledige toetsing doet geen afbreuk aan de beleidsvrijheid van de beroepsbeoefenaar, waardoor hij achteraf gezien een onjuiste beslissing genomen kan hebben (zie HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455). Het gaat erom dat die beslissing onder dezelfde omstandigheden redelijkerwijs door een (ieder) andere beroepsbeoefenaar genomen zou kunnen zijn.⁴⁵⁴

⁴⁵² Giesen 1999, 13.

⁴⁵³ Deze uitspraak had betrekking op een gynaecoloog die wegens complicaties slechts één van de eileiders steriliseerde. Volgens de rechtbank was hem daar geen verwijt van de maken, maar het was zijn plicht om na de ingreep dit aan de vrouw mee te delen. Uit de overweging "dat aan gedaagde van zijn beslissing dienaangaande geen verwijt kan worden gemaakt, behoudens in het geval dat geen redelijk handelende gynaecoloog in de gegeven omstandigheden tot die beslissing had kunnen komen" bleek dat de rechtbank marginaal toetste. Opvallend is dat het vonnis mede is geweest door Michiels van Kessenich-Hoogendam die in die tijd een voorstander was van marginale toetsing (Michiels van Kessenich-Hoogendam 1982, 17).

⁴⁵⁴ Zie ook AG Hartkamp in zijn conclusie bij het arrest van 9 november 1990 (*NJ* 1991, 26).

In België wordt de maatstaf anders verwoord, maar deze komt op hetzelfde neer.⁴⁵⁵ De maatstaf wordt meestal aangeduid met de zorgvuldigheid die een *normaal bekwaam en voorzichtig* beroepsbeoefenaar in dezelfde omstandigheden in acht dient te nemen.⁴⁵⁶ Door de rechter wordt in het algemeen volledig aan de maatstaf getoetst. Een uitzondering vormt de eerder aangehaalde uitspraak, waarbij onder meer werd overwogen dat de advocaat bij het bepalen van de algemene strategie in de behandeling van de zaak beleidsvrijheid heeft. De rechtbank gaf uitdrukkelijk aan hierbij marginaal te toetsen en vond dat de beleidsvrijheid niet was overschreden, omdat de strategie niet onredelijk was geweest, noch dat de opdrachtgever een buitensporig risico had gelopen (Rb. Brussel 4 december 1990, *R. W.* 1991-92, 823).

6.3.5 Maatstaf bestaat in beide landen uit twee elementen

176 In beide landen bestaat de maatstaf van zorgvuldigheid uit twee elementen: *bekwaamheid* en *zorg*.⁴⁵⁷ In de meeste uitspraken worden deze beide elementen ook genoemd. Het een hoeft immers het ander niet in te sluiten. Zo kan een incassant die de nodige zorg besteedt aan de incassowerkzaamheden - door op tijd zijn opdrachtgever te informeren over de stand van zaken, de geïncasseerde gelden tussentijds af te dragen alsmede gegeven instructies op te volgen - desondanks over onvoldoende bekwaamheid beschikken om de werkzaamheden goed te verrichten. Omgekeerd kan een incassant die voldoende bekwaam is, toch onvol-

⁴⁵⁵ Van Hassel 1996, 92.

⁴⁵⁶ Cass. 14 mei 1981, *R.W.* 1981-82, 2473; Liège 26 maart 1991, *R.G.A.R.* 1994, 12327; Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-94, 23; Gent 22 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1995, 46; Gent 15 maart 1994, *R.W.* 1995-96, 1374; Antwerpen 14 september 1994, *R.W.* 1995-1996, 1313; Antwerpen 2 december 1997, *R.W.* 1997-1998, 980; zie ook Mons 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830; Mons 6 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 432.

⁴⁵⁷ Michiels van Kessenich-Hoogendam 1982, 22-24; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, 24-26. De auteur geeft aan dat de toetsing van een redelijk handelend vakgenoot uit twee momenten bestaat, het objectieve moment (bekwaamheid) en het subjectieve moment (zorg). De auteur was, voor zover ik kan nagaan, de eerste die dit onderscheid maakte.

doende zorg bij de incassowerkzaamheden betrachten.

6.3.6 Bekwaamheid

177 In de rechtspraak is bekwaamheid een enkele maal onderwerp geweest van een geschil. Zo mag volgens de tuchtrechter van een advocaat gevergd worden dat hij zich met voldoende zorg vergewist van de geldende rechtsregels. Alleen als die rechtsregels weinig duidelijk of moeilijk op te sporen zijn, kan dit de advocaat achteraf niet worden verweten (HvD 14 januari 1991, *Advocatenblad* 1991, 403 en 1992, 525; zie ook RvD 's-Gravenhage 16 juni 1997, *Advocatenblad* 1998, 444). Ook de civiele rechter huldigt een dergelijk standpunt.⁴⁵⁸ Is dat niet het geval dan is hij voor de schade aansprakelijk. Dit overkwam twee advocaten (patroon en stagiaire) die tot schadevergoeding aan de opdrachtgever werden veroordeeld, omdat de stagiaire er ten onrechte van uit ging dat er geen conservatoir beslag gelegd kon worden (HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809). Mocht een advocaat niet voldoende thuis zijn op een bepaald terrein dan dient hij zijn opdrachtgever naar een gespecialiseerde advocaat te verwijzen of zich ten minste door hem te laten bijstaan (hof Amsterdam 14 maart 1996 *NJ* 1997, 263; Rb. Brussel 6 februari 1991, *De Verz.* 1991, 703; zie ook Rb. Turnhout 12 september 1994, *T.B.B.R.* 1995, 249. Hij kan niet verplicht worden de zaak zelf in behandeling te nemen (hof Amsterdam 14 maart 1996 *NJ* 1997, 263).

6.3.7 Zorg

178 Het tweede element van de maatstaf van zorgvuldigheid heeft betrekking op de zorg die de incassant bij de werkzaamheden in acht dient te nemen. Hieronder valt ook de aandacht voor de opdrachtgever.

⁴⁵⁸ HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455; vgl. HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 47; zie voor België Antwerpen 17 maart 1997, 1994/AR/972, *Courant Mededelingenblad van de Orde van Advocaten te Antwerpen*, 1996-1997, 18; zie ook Rb. Brussel 7 september 1980, AR 14.432; Rb. Brussel 29 april 1986, *Depuydt* 1993, 76-77.

De meeste aspecten van die zorg zijn reeds bij de zorgplicht in hoofdstuk vier onderzocht. Ten aanzien van het zelfstandig maatregelen nemen, werd onder meer geconcludeerd dat de incassant bij de aanvang van het incasso moet nagaan of de schuldvordering op het oog juist is, of hij voldoende gegevens heeft en of het adres van de schuldenaar juist is. Ook zal hij rente en incassokosten moeten meevorderen en tijdens het verloop van de incassoprocedure direct maatregelen moeten nemen indien dit nodig mocht blijken. Voorts bleek bij minnelijke incasso de beleidsvrijheid klein en het opvolgen van aanwijzingen van de opdrachtgever groot te zijn. Bij gerechtelijke incasso is dit ook het geval behalve voor de gerechtelijke procedure en de executiewerkzaamheden. Hierin zijn de incassanten betrekkelijk autonoom. De tussentijdse informatieplicht voor de incassant houdt in Nederland in dat hij uit eigen beweging zijn opdrachtgever periodiek informeert en op de hoogte houdt van belangrijke stappen in de incassoprocedure. In België moeten de incassanten de opdrachtgevers op de hoogte houden van de gerechtelijke procedure en informatieverzoeken beantwoorden. In beide landen heeft de incassant een tussentijdse afdrachtplicht. Incassoprovisie en gedane verschotten kunnen na overleg met de opdrachtgever van de geïncasseerde gelden worden afgetrokken of in rekening gebracht. Ten slotte kwam de voortgang van de werkzaamheden aan de orde. De incassant moet de werkzaamheden met voortvarendheid verrichten. Ziekte, drukte of andere argumenten zijn geen excuus om met de zaak te talmen.

6.3.8 Informatieplicht

Gevolgen van bepaalde acties

179 Een belangrijk deel van de zorg is de informatieplicht van de incassant. Deze houdt meer in dan de opdrachtgever tussentijds op de hoogte te houden van de stand van zaken in de incassoprocedure. Hij zal de

opdrachtgever ook moeten wijzen op de gevolgen van bepaalde acties.⁴⁵⁹ Zo had een notaris verzuimd de betrokkene te wijzen op het gevaar van de nietigheid van de onderhandse akte in plaats van gebruik te maken van de noodzakelijke notariële akte van schenking. De notaris kon zich volgens de rechter niet achter de opdracht verschuilen en had anders zijn medewerking moeten weigeren (Gent 15 maart 1994, *R.W.* 1995-96, 1374). Ook moet een notaris zijn opdrachtgever informeren over het risico van insolventie van een bepaalde transactie. Een zekere Franken die naar Canada wilde emigreren, verkocht zijn boerderij voor ruim 1 miljoen gulden (€ 453.780,22). De transactie vond plaats in twee overeenkomsten. De boerderij werd eerst voor bijna de helft van de prijs aan een Canadese vennootschap verkocht. Kort daarna verkocht de vennootschap de boerderij door voor de overeengekomen prijs. De tweede helft van de koopsom werd echter nooit aan de verkoper betaald. Beide transportakten werden voor dezelfde notaris verleden. Volgens de Hoge Raad had de notaris naar het prijsverschil moeten informeren en de verkoper moeten wijzen op het risico van insolventie van de Canadese vennootschap (HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (Dicky Trading I); zie ook HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766). Hetzelfde geldt voor de gerechtsdeurwaarder die ter plaatse constateert dat de tenuitvoerlegging weinig zal opleveren. Hij zal zijn opdrachtgever moeten informeren en hem instructies moeten vragen, ook al had deze aangegeven dat kost wat kost door moest worden gegaan (Mons 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830). De informatieplicht kwam ook aan de orde in de tuchtprocedure tegen een advocaat die verzuimd had zijn cliënt te wijzen op het risico van het voorzetten van de procedure en hem ervan te overtuigen dat gezien het vrij geringe bedrag van de schade een schikking de voorkeur had (HvD 9 juni 1997, *Advocatenblad* 1998, 320; zie ook HvD 8 maart

⁴⁵⁹ De opdrachtgever dient wel de moeite te nemen de correspondentie en bijlagen door te nemen. Dit valt op te maken uit twee uitspraken waarbij een verzekeringsmakelaar niet aansprakelijk werd geacht, omdat de verzekerde zelf de informatie uit de polisvoorwaarden had kunnen opmaken (Rb. Hasselt 17 juni 1997, *R.W.* 1998-1999, 336; Antwerpen 5 januari 1998, *R.W.* 1998-1999, 336).

1999, *Advocatenblad* 2000, 59).

Kosten die in rekening worden gebracht

180 De informatieplicht heeft ook betrekking op de kosten die in rekening zullen worden gebracht. Zo kreeg een gerechtsdeurwaarder de opdracht om f 1.218,53 (€ 552,94) te incasseren. De incassowerkzaamheden hadden echter geen succes, waarna een nota volgde van f 792,45 (€ 359,60) voor diverse kosten en salaris. De opdrachtgever betaalde dit bedrag niet. In rechte kwam hij onder meer met het verweer dat het bedrag te hoog was in verhouding tot het te incasseren bedrag. Dit verweer werd afgewezen. De kantonrechter overwoog wel dat de gerechtsdeurwaarder de opdrachtgever op de mogelijkheid van hoge kosten had moeten wijzen, maar de opdrachtgever had niet aangevoerd dat de gerechtsdeurwaarder hem daarvoor niet of onvoldoende had gewaarschuwd (Ktg. Leeuwarden 3 maart 1988, *Prg.* 1989, 3000). Anders liep de procedure af voor de gerechtsdeurwaarder die opdracht kreeg om een bedrag van f 385 (€ 174,71) te incasseren. Hij kwam met de opdrachtgever het gebruikelijke incassotarief van 15% overeen. De incassozaak liep moeizaam en uiteindelijk moest de gerechtsdeurwaarder tot verkoop van de inbeslaggenomen goederen overgaan. Na aftrek van de opbrengst kreeg de opdrachtgever een nota van f 216,50 (€ 98,24) in plaats van de overeengekomen 15%. Volgens de gerechtsdeurwaarder had de 15% slechts betrekking op de incassowerkzaamheden, de overige kosten moesten hem als gerechtsdeurwaarder worden vergoed. Tijdens de incassoprocedure was er weliswaar contact met de opdrachtgever geweest en gaf deze opdracht om verder te gaan, de financiële consequenties hiervan waren hem echter niet meegedeeld. Mede omdat de opdrachtgever voor de eerste maal een incasso-opdracht aan de gerechtsdeurwaarder had verstrekt, zou hij volgens de rechter niet hebben begrepen dat de gerechtsdeurwaarder uit andere hoofde kosten kon

vorderen. De vordering van de gerechtsdeurwaarder werd dan ook afgewezen (Rb. Amsterdam 6 oktober 1971, *Prg.* 1972, 712). Dit viel ook de gerechtsdeurwaarder te beurt die na een betaling het restant niet uitrekkende en voor een bedragje van 120 BEF (oftewel € 2,97) verdere rechtsmaatregelen tegen de schuldenaar ging nemen (Cass. 14 mei 1981, *R. W.* 1981-1982, 2473).

Risicovermijding en de persoon van de opdrachtgever

181 Onder de zorg die van een beroepsbeoefenaar verwacht mag worden, is ook begrepen dat hij het zekere voor het onzekere dient te nemen en risico's zoveel mogelijk dient uit te sluiten (HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 (Bierbrouwerij De Ridder/Moszkowicz); HR 29 november 1991, *NJ* 1992, 808; Gent 15 maart 1994, *R. W.* 1995-1996, 1374). De procedures voor de Hoge Raad hadden betrekking op het op de laatste dag indienen van een verzoekschrift, respectievelijk het in tegenstelling tot de algemene opvatting niet-ondertekenen van een verzoekschrift. Het arrest van het hof Gent had betrekking op de eerder aangehaalde procedure waarbij de notaris het risico nam dat een door hem geredigeerde akte later nietig bleek te zijn. De notaris verleende desondanks zijn medewerking (vgl. HR 4 september 1998, *NJ* 1998, 828; HR 9 juni

2000, *NJ* 2000, 460)⁴⁶⁰. Bij de zorg is ook de persoon van de opdrachtgever begrepen (zie HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766; Gent 15 maart 1994, *R. W.* 1995-1996, 1374). In de meeste gevallen is die opdrachtgever een leek. De beroepsbeoefenaar zal hiermee rekening moeten houden. Hij kan zich echter beperken met het opvragen van stukken die normaliter volstaan (Gent 22 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1995, 46).⁴⁶¹

6.3.9 Conclusie

182 Bij incasso bestaat het grootste deel van de verplichtingen die uit de verbintenis voortvloeien uit inspanningsverplichtingen. Alleen als de incassant een bepaald resultaat heeft toegezegd of als dat logischerwijze van hem verwacht kan worden, is er sprake van een resultaatsverplichting. Te denken valt aan het versturen van aanmaningen of bij gerechtelijke incasso aan het instellen van de procedure. In meeste gevallen van beroepsaansprakelijkheid zal echter bekeken moeten worden of de incassant voldoende inspanningen heeft verricht. Hiervoor is een maatstaf van zorgvuldigheid nodig. Dit is ook het geval indien de vordering wordt gebaseerd op onrechtmatige daad. Het grootste deel van de zorgvuldigheid zal door de incassant zelf worden ingevuld waarbij aan-

⁴⁶⁰ In de eerstgenoemde procedure had een belastingconsulent een aanvraag aan de overheid verzonden per gewone post. Deze was zoekgeraakt waardoor de opdrachtgever niet meer in zijn verzoek kon worden ontvangen. De Hoge Raad vond dat de beroepsbeoefenaar een methode had moeten kiezen waarbij hij een deugdelijk en gedateerd verzendbewijs of bewijs van ontvangst had verkregen. In de als tweede genoemde procedure werd de opdrachtgever van een advocaat niet-ontvankelijk verklaard, omdat het griffierecht niet tijdig, uiterlijk op 6 augustus 1990, was betaald. De advocaat had echter op dezelfde dag dat hij het geld van zijn opdrachtgever had gekregen, het griffierecht door middel van een normale overschrijving overgemaakt. Het bedrag werd op 2 augustus 1990 van zijn rekening afgeschreven. De opdrachtgever vond dat de advocaat een situatie in het leven had geroepen waarin het risico van niet-ontvankelijkheid zich kon voordoen en welke zich ook had verwezenlijkt. Het hof dat in hoger beroep hierover moest oordelen, was het daarmee niet eens. Op grond van de ervaringsregel dat onder normale omstandigheden niet meer dan 4 dagen ligt tussen de betalingsopdracht en de dag van bijschrijving, had de advocaat terecht geoordeeld dat de betaling op tijd zou zijn.

⁴⁶¹ Vgl. De Boeck 2000, 364-366 (nrs. 834-838).

sluiting wordt gevonden bij de beroepsgroep waartoe hij behoort. Soms stroken de opvattingen van de beroepsgroep niet met de opvattingen zoals die in de maatschappij leven en worden ze door de rechter gecorrigeerd. De rechtspraak in Nederland en België heeft een maatstaf van zorgvuldigheid geformuleerd waaraan het gedrag van de beroepsbeoefenaar getoetst kan worden. Deze komt in beide landen op hetzelfde neer: de incassant zal ten minste de zorgvuldigheid in acht moeten nemen die in dezelfde omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De maatstaf bestaat uit twee elementen: bekwaamheid en zorg. De incassant zal voldoende bekwaam dienen te zijn. Zo zal hij op de hoogte moeten zijn van de relevante rechtsregels en incassomethodieken. Mocht hij op een bepaalde gebied onvoldoende thuis zijn, dan dient hij te verwijzen of zich door een ander te laten bijstaan. De zorg is reeds uitvoerig in het hoofdstuk vier over de zorgplicht aan de orde geweest. De incassant heeft een aantal plichten ten opzichte van de opdrachtgever, bijvoorbeeld de tussentijdse afdrachten en informatieplicht. Daarnaast zal de incassant de opdrachtgever moeten wijzen op de mogelijke gevolgen van bepaalde acties met name de financiële consequenties hiervan (zie ook art. 11 verordening beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders)⁴⁶². Ook moeten hem onnodige risico's worden bespaard. Zo zal de incassant geen controversiële procedures en tenuitvoerleggingen met weinig verhaal moeten aanvangen of doorzetten en de opdrachtgever behoeden voor onnodige risico's.

⁴⁶² *Stcr* 12 juli 2001, nr. 132, 13.

6.4 Causaal verband

6.4.1 Inleiding

183 Niet alle schade die door wanprestatie of onrechtmatige daad ontstaat, dient vergoed te worden. Tussen schade en gebeurtenis moet een zogenaamd causaal of oorzakelijk verband bestaan. Immers niet alle schade heeft te maken met de gebeurtenis (art. 6:98 BW; art. 6:74 lid 1 BW; art. 6:162 lid 1 BW; 6:art. 1151 Belg. B.W.; zie ook 1283-1284 BW (oud)). Hierover is in Nederland veel geschreven, met name over het causaal verband als gevolg van onrechtmatige daad. Over het causaal verband bij wanprestatie heeft het onderwerp nauwelijks aandacht gekregen.⁴⁶³ Het causaal verband is sterk verweven met de aansprakelijkheidsvraag.⁴⁶⁴ Hoe ernstiger de fout des te eerder causaal verband wordt aangenomen. Hierna zal het causaal verband worden onderzocht.

6.4.2 Problemen oplossen met het causaal verband

184 Meestal kan het causaal verband tussen gebeurtenis en schade op logische wijze worden vastgesteld. Zo bestaat de schade bij een aanrijding uit de schade aan het voertuig van de benadeelde. Moeilijker wordt het als hij door de schrik van de aanrijding enige tijd niet meer kan werken. Kan de schade die hij daardoor lijdt op de veroorzaker worden verhaald? Bij incasso doen zich dezelfde problemen voor. Zo heeft het laten verlopen van een verjaringstermijn tot gevolg dat de schuldvordering niet meer op de schuldenaar verhaald kan worden. Uitgaande van voldoende verhaal bij de schuldenaar zijn het bedrag van de schuldvordering en de gemaakte kosten de schade die de schuldeiser heeft geleden. Het wordt problematischer als er weinig verhaal bij de schuldenaar is of als het een gerechtelijke procedure betreft waarvan de afloop onvoor-

⁴⁶³ Van Schellen 1972, 156-157; Krans 1999, 123.

⁴⁶⁴ Bolt en Spier 1996, 86; Akkermans 1997a, 6.

spelbaar is. Een voorbeeld van het laatste is de procedure waarin een advocaat verzuimd had een verzetsdagvaarding aan te brengen en zich procureur te stellen. De advocaat beweerde dat de vordering toch aan de tegenpartij toegewezen zou zijn als hij de zaak had aangebracht. Hij werd met het bewijs van die stelling opgezadeld (hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1953, *NJ* 1953, 665). In een andere procedure tegen een advocaat werd het causaal verband niet vastgesteld, omdat het verstrekte advies niet doorslaggevend zou zijn geweest. De schade zou door een andere factor zijn veroorzaakt (HR 4 maart 1966, *NJ* 1966, 268).

Om problemen met het causaal verband op te lossen, zijn door de rechtsleer en rechtspraak diverse theorieën ontwikkeld en toegepast (HR 3 februari 1927, *NJ* 1927, 636; HR 18 februari 1927, *NJ* 1927, 658; HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251).⁴⁶⁵ Sinds 1970 past de Hoge Raad de zogenaamde toerekening naar redelijkheid toe (HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251 (Waterwingebied); voor wanprestatie⁴⁶⁶ HR 13 november 1988, *NJ* 1988, 210; HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 670). Deze werd in het huidige Burgerlijk Wetboek overgenomen (art. 6:98 BW).⁴⁶⁷

6.4.3 Toetsingsmaatstaf

185 Rechtspraak en literatuur zijn algemeen van mening dat de eerste toetsingsmaatstaf van het causaal verband het *conditio sine qua non*-verband is (HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 108; zie HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 832).⁴⁶⁸ Hierbij wordt nagegaan of de schade ook zou zijn

⁴⁶⁵ Zie Van Schellen 1972, 39-162; Van Schellen 1979, 333-358; Nieuwenhuis 1982, 480-483; Van Schellen 1985, 1-22; Asser-Hartkamp 2000, 342-374 (nrs. 424-441b); Van Dunné 1997, 303-317; Kerkmeester en Visscher 1999, 835-840

⁴⁶⁶ Asser-Hartkamp 2000, 348 (nr. 429) en 360-361 (nr. 435).

⁴⁶⁷ Parl. Gesch. (Boek 6), 345.

⁴⁶⁸ Parl. Gesch. (Boek 6), 340; Schut 1990, 79; Onrechtmatige daad oud (De Groot en Bloembergen), I, 306B (nr. 300); Hartlief en Tjittes 1994, 30; Asser-Hartkamp 2000, 265 (nr. 437); Bolt en Spier 1996, 142; Jansen 1996, 39-40; Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 9. De Hoge Raad noemt het *conditio sine qua non*-verband vrijwel nooit uitdrukkelijk.

ingetreden als de gebeurtenis niet had plaatsgevonden. In uitzonderlijke gevallen kan dit criterium niet worden toegepast. In de parlementaire geschiedenis werd als voorbeeld genoemd een onrechtmatige executie door een peloton waarbij elk schot op zich dodelijk was.⁴⁶⁹ Hoewel de dood ook zou zijn ingetreden als het schot van één dader wordt weggedacht, spreekt het voor zich dat er sprake is van een causaal verband tussen die gebeurtenis en de dood (zie ook art. 6:99 BW; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535).

Na het vaststellen van het *conditio sine qua non*-verband moet het causaal verband nader worden getoetst. In art. 6:98 BW staat dat bij de toerekening van de schade, rekening gehouden moet worden met de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Bij het eerste valt te denken aan een onderscheid in aansprakelijkheid uit wanprestatie of onrechtmatige daad en in het onderscheid in verkeersaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid, produktaansprakelijkheid, enz., bij het tweede aan een onderscheid in letsel-, zaak- of vermogensschade (zie hof Amsterdam 27 mei 1986, *NJ* 1987, 712). Daarnaast kunnen andere factoren van belang zijn, zoals de voorzienbaarheid van de schade, de aard van de overtreden norm, de persoon van diegene die de schade veroorzaakt en diegene die de schade lijdt, en de mogelijkheid om de schade te verzekeren.⁴⁷⁰ Het is aan de rechter om deze factoren te wegen.

De voorzienbaarheid van de schade kwam ter sprake in de zaak waarbij een draglinemachinist bij graafwerkzaamheden een gasleiding beschadigd had waardoor een nabij gelegen fabriek produktieschade had geleden. Volgens de Hoge Raad is de voorzienbaarheid één van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden, waarbij gelet moet worden op de andere omstandigheden van de gebeurtenis (HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84; zie ook HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831). In dit

⁴⁶⁹ Parl. Gesch. (Boek 6), 340.

⁴⁷⁰ Köster 1963, 14-20; Parl. Gesch. (Boek 6), 342-345; Brunner 1981, 212-217 en 233-235; Van Schellen 1985, 33-37; Hartlief en Tjittes 1994, 31-33; Bolt en Spier 1996, 86, 120-125; Asser-Hartkamp 2000, 355-357 (nr. 434); Schut 1997, 77-91; Asser-Hartkamp 1998, 27-30 (nr. 22-25).

laatste arrest waarbij eveneens sprake was van beschadigde leidingen bij graafwerk, werd de aannemer belast met het bewijs dat de schade in een zodanig verwijderd verband stond tot de beschadiging dat daardoor het causaal verband doorbroken is. De aannemer was tekortgeschoten in de nakoming van zijn onderzoeksplicht. In de conclusie gaat AG Spier ervan uit dat er in zulke gevallen in feite sprake is van gevaarzetting. "Het komt immers bij gevaarzetting ... mede aan op de kans dat schade zich zal verwezenlijken en de aard daarvan." Bij gevaarzetting is het uitgangspunt dat wanneer iemand een bijzonder gevarenfactor inbrengt, hij daarvoor het risico moet dragen.⁴⁷¹

De Hoge Raad neemt gevaarzetting aan bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen. In beginsel is hierbij het causaal verband gegeven, tenzij wordt gesteld en bewezen dat het causaal verband is doorbroken (zie HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175; HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 730; HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584: Sint Willibrord).

6.4.4 Beroepsaansprakelijkheid

186 Bij beroepsaansprakelijkheid lijkt gevaarzetting meestal niet aan de orde, tenzij er veiligheidsnormen zijn overtreden (zie voor dit laatste HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175).⁴⁷² In de jurisprudentie waarin het causaal verband van belang is, kwam reeds het arrest van het hof 's-Hertogenbosch (8 januari 1953, *NJ* 1953, 665) ter sprake. De advocaat had verzuimd verweer te voeren en werd met het bewijs belast dat de vordering aan de tegenpartij zou zijn toegewezen. In een andere zaak had een advocaat eveneens verzuimd verweer te voeren, zodat zijn cliënt tot betaling werd veroordeeld. De advocaat ging zelfs nog in verzet. De opdrachtgever werd van een en ander niet op de hoogte gesteld. De vor-

⁴⁷¹ Algra en Gokkel 1997, 188.

⁴⁷² Bij dit arrest was een patiënt kort na een operatie uit bed gevallen. Het ziekenhuis was tekortgeschoten in het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van de patiënt.

dering die de opdrachtgever tegen de advocaat instelde, had betrekking op: 1. het bedrag waartoe hij veroordeeld was, 2. de eigen bijdrage in verband met de kosteloze rechtsbijstand en 3. f 500 (€ 226,89) aan immateriële schade wegens tijdverlies en ergernis. De advocaat werd niet in de eerste vordering veroordeeld, omdat niet vast stond dat gegrond verweer gevoerd had kunnen worden. Bovendien was er nage-laten bewijs aan te voeren. Van de tweede vordering diende eiser het bewijs te leveren dat dit bedrag was betaald, terwijl de immateriële schade direct werd toegewezen (Ktg. Amsterdam 27 juni 1986, *Prg.* 1986, 2599). In weer een andere procedure had een schuldenaar op grond van een nietige dagvaarding kosten voor een verzetprocedure moeten maken en vorderde dit terug van de gerechtsdeurwaarder. De gerechtsdeurwaarder had overigens niet de dagvaarding zelf uitgebracht maar had een collega ter plaatse die volgens zijn instructies handelde daarmee belast. De schade, de kosten van de gemachtigde, werd toege-wezen (Ktg. Deventer 18 mei 1989, *Prg.* 1989, 3101).

Ook de Hoge Raad kreeg te oordelen over een geval waarbij de opdrachtgever de advocaat aansprak voor vergoeding van de schade die hij leed, omdat de laatste het dossier niet wilde afgeven. De nieuwe advocaat zou daardoor de memorie van grieven niet hebben kunnen opstellen. De vordering werd echter afgewezen, omdat de schade niet was ontstaan door het niet-verstrekken van het dossier. De opdrachtge-ver had immers alle relevante stukken (HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 58). In een andere zaak had een notaris verzuimd tijdig een verzoek tot ver-lenging van een pachtovereenkomst in te dienen waardoor de pach-ter de grond moest ontruimen. De pachter eiste van de notaris schade-vergoeding. De notaris verweerde zich met de stelling dat de verlen-gingsovereenkomst toch niet toegewezen zou zijn, omdat het de bedoe-ling van partijen was dat na afloop van de termijn de grond door de pachter gekocht zou worden of dat hij anders zou vertrekken. Volgens de Hoge Raad ligt bij een beroepsfout als deze de bewijslast van de

schade bij de eisende partij en niet bij de beroepsbeoefenaar, te meer omdat volgens het hof de stelling van de notaris meer voor de hand liggend was (HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 747; zie ook hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth)⁴⁷³).

6.4.5 Gevaarstelling bij beroepsaansprakelijkheid⁴⁷⁴

187 Bij beroepsaansprakelijkheid wordt in enkele gevallen door de Hoge Raad een strengere maatstaf gehanteerd. In het eerder aangehaalde Dicky Trading I-arrest waarbij Franken, die naar Canada wilde emigreren, zijn boerderij in twee transacties had verkocht, had de notaris volgens de Hoge Raad naar de oorzaak van het prijsverschil moeten informeren en hem moeten wijzen op het risico van mogelijke insolventie van de betrokken Canadese vennootschap. De zaak werd terugverwezen (HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91; zie ook HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766). In de vervolprocedure die eveneens bij de Hoge Raad belandde, formuleerde het college een algemene regel: "dat, indien, zoals hier, door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan" (HR 26 januari 1996, *NJ*

⁴⁷³ Deze zaak had betrekking op een beroepsfout van een arts die een patiënt, een baby, naar huis stuurde, terwijl een nader onderzoek nodig was. Later bleek dat de baby een hersenbloeding had. Volgens deskundigen was de kans groot dat ook bij een eerdere behandeling restverschijnselen waren gebleven. De schade bestaande uit het verlies van de kans van een beter resultaat werd op 25% begroot. De rechtbank (de eerste instantie) oordeelde dat er geen omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband was.

⁴⁷⁴ Vgl. Giesen 1999, 66-70.

1996, 607 (Dicky Trading-II).⁴⁷⁵ In een ander arrest had de behandelende arts bij een operatie verzuimd opnieuw een spiraaltje te plaatsen waardoor de vrouw later ongewenst zwanger raakte. Zij vorderde van de arts schadevergoeding waaronder de aanschaf van de babyuitzet, loonderving, kosten van opvoeding en immateriële schade. Ook in deze procedure geeft de Hoge Raad dezelfde algemene regel over het causaal verband: "Voorts moet ter zake van het wettelijk kader waarin deze vraag beantwoording behoeft, naar het oordeel van de Hoge Raad het volgende in het oog worden gehouden. Het gaat hier om een medische fout van de arts die aldus op hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis. In verband met art. 6:74, 6:96 en 6:98 BW, in onderlinge samenhang gelezen, brengt dit mee dat de arts aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met de fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier onmiskenbaar voorgedaan, nu de door de arts niet meegedeelde afwezigheid van het spiraaltje heeft geleid tot een doorkruising van de

⁴⁷⁵ Vanuit de literatuur is kritiek gekomen op het Dicky Trading II-arrest, omdat gevreesd werd dat het een uitbreiding van de omkering van de bewijslast tot alle vrije beroepsbeoefenaren zou betekenen (Bolt en Spier 1996, 364; zie ook Giesen 1999, 67-70; Giesen 2001, 117-119 en 251-252). Sommigen zien hierin zelfs een regel voor de hele linie van het aansprakelijkheidsrecht (conclusie A.G. Hartkamp HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584: (Sint Willibrord); Asser-Hartkamp 2000, 357-358 (nr. 434a); Drion 2000, 1957). Drion schreef dat hij bij het Dicky Trading II-arrest van HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 nog twijfelde of de Hoge Raad hiermee een algemene regel had gegeven, doch met het Sint Willibrord-arrest (HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584) leek het volgens hem vast te staan dat de Hoge Raad deze regel als een algemene regel beschouwt. Ik ben het met die conclusie niet eens. De Hoge Raad past die regel tot nu toe slechts toe bij de overtreding van normen waarbij een *aanmerkelijk* gevaar of risico is geschapen. Het onderhavige arrest had betrekking op het wegsturen van een patiënt door verpleegkundigen van een psychiatrische inrichting zonder een psychiater te raadplegen. Later die nacht stak de patiënt een huis in brand. Het is duidelijk dat door de fout van de verpleegkundigen een aanmerkelijk gevaar of risico op schade werd geschapen. Ik zie niet in dat de Hoge Raad met dit arrest een breder gebied van het aansprakelijkheidsrecht heeft willen voorstaan, ook al laat de Hoge Raad zich (weer) in algemene bewoordingen uit.

gezinsplanning die met het aanbrengen van een spiraaltje werd beoogd" (HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145: (wrongful birth); zie ook hof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJ* 1997, 644).

6.4.6 Causaal verband in België

188 In België dient bij wanprestatie en onrechtmatige daad eveneens een causaal verband tussen de gebeurtenis en schade te bestaan (art. 1151 Belg. B.W.). De omvang en voorzienbaarheid van de schade vallen echter niet onder het causaal verband (zie Cass. 27 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 527; Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745).⁴⁷⁶ Om het causaal verband vast te stellen wordt in de Belgische rechtspraak het *conditio sine qua non*-verband gehanteerd (zie Cass. 29 september 1948, *J.T.* 1949, 68; Cass. 20 december 1996, *R.W.* 1998-1999, 681).⁴⁷⁷ Hierbij wordt de vraag gesteld of de schade ook zou zijn opgetreden zonder de gebeurtenis. Deze toets moet zelfs uitdrukkelijk door de rechter worden uitgevoerd (zie Cass. 15 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1180; Cass. 14 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 603). De concrete toepassing van het *conditio sine qua non*-verband op de schade wordt aangeduid met de equivalentie-leer.⁴⁷⁸ In beginsel valt hier alle schade onder (Cass. 6 januari 1993, *Verkeersrecht.* 1993, 166). Volgens de rechtsleer en rechtspraak zou de rechter soms op grond van concrete omstandigheden die eigen zijn aan de zaak, kunnen beslissen dat niet alle verwickelingen van deze schade het gevolg zouden zijn van de fout. Een voorbeeld hiervan is de procedure waarbij de patiënt die na een ongeval een bloedtransfusie krijgt toegediend en later seropositief blijkt te zijn. Volgens de equivalentieleer zou de schade hiervan aan de veroorzaker van het ongeval toegerekend moeten worden (Brussel 4 mei 1994, *R.G.A.R.* 1996,

⁴⁷⁶ Ronse 1988, 168-169 (nr. 224).

⁴⁷⁷ Smits 1996, 364; Wissink 1996, 384; Lindenbergh 1996, 396; Cornelis 2000, 578 (nr. 460).

⁴⁷⁸ Bocken 1988, 270.

12671). Rechtspraak en rechtsleer zijn echter niet tot een duidelijk samenhangende doctrine voor uitzonderingen op de equivalentieleer gekomen.⁴⁷⁹

6.4.7 Beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders

189 In de jurisprudentie over beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders komt het causaal verband zo nu en dan aan de orde. Zo had een advocaat een eerstejaars stagiaire naar het hof van beroep gestuurd om uitstel te krijgen. Dit werd geweigerd en de zaak werd behandeld. Volgens de rechter die over de aansprakelijkheid van de advocaat moest oordelen, was er geen sprake van causaal verband, omdat de opdrachtgever toch geen kans had om de procedure te winnen (Rb. Brussel 12 april 1988, AR 159.749, Depuydt 1993, 40; vgl. Brussel 24 november 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 200). Ook werd het causaal verband niet aangenomen in de zaak waarin door de onzorgvuldigheid van een advocaat een gerechtelijk akkoord was vertraagd, omdat de schuldeiser anders toch niet meer zou hebben ontvangen (Rb. Brussel 16 mei 1989, AR 54.956, Depuydt 1993, 40). Interessant is de zaak waarbij een gerechtsdeurwaarder aan de hand van een betalingsbewijs er vanuit ging dat de schuldvordering was betaald. Van een causaal verband met de schade, het verlies van de schuldvordering, was geen sprake, omdat de schuldeiser niet had aangetoond dat hij er alles aan had gedaan om tot het innen daarvan te komen (Antwerpen 25 oktober 1989, AR 637/84, Depuydt 1993, 36). Causaal verband werd ook niet aangenomen in de zaak waarin de advocaat achter de rug van de opdrachtgevers om en in strijd met hun instructies, een regeling met de tegenpartij aanging. Volgens de rechter zou de advocaat de opdrachtgever niet "in een werkelijk onomkeerbare situatie" hebben gebracht (Gent 16 januari 1990, AR 30.863/87, Depuydt 1993, 41). Evenmin was cau-

⁴⁷⁹ Bocken 1988, 271.

saal verband aanwezig in de zaak waarbij de advocaat te laat beroep tegen een vonnis had ingesteld, waardoor geen schadevergoeding na een dodelijk ongeval aan de weduwe werd toegekend. De gevorderde schade van 500.000 BEF (€ 12.394,68) had betrekking op het in slechte omstandigheden moeten verkopen van de gemeenschappelijke woning. Uit de stukken bleek dat de beslissing reeds voor het ongeval was genomen en dat er niet was aangetoond dat financiële moeilijkheden de verkoop noodzakelijk maakten (Rb. Brussel 7 september 1990, AR 14.432, Depuydt 1993, 40). In een andere zaak had de gerechtsdeurwaarder verzuimd tijdig een aanvraag tot handelshuurvernieuwing te betekenen. Om de zaak te redden ging de opdrachtgever in cassatie. Ook de cassatiedagvaarding werd - dit maal door een andere gerechtsdeurwaarder - te laat betekend. Dit doorbraak echter het causaal verband van de eerste fout niet, omdat volgens de rechter van de schuldeiser in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij van een buitengewoon en kostbaar rechtsmiddel als cassatie gebruik moet maken om zijn gelijk te krijgen (Rb. Antwerpen 23 oktober 1985, AR 55.872, Depuydt 1994, 35). Het causaal verband werd ook niet doorbroken in de zaak waarbij de advocaat ten onrechte de raad had gegeven om het werk niet te hervatten. De advocaat stelde dat zijn opdrachtgeefster hoe dan ook niet van plan was geweest het werk te hervatten. Volgens de rechtbank was dit louter een veronderstelling die door geen enkel bewijs werd gestaafd (Rb. Brussel 28 april 1986, Depuydt 1993, 41). Meer succes had de gerechtsdeurwaarder met het verweer dat nadat de nietigheid van de dagvaarding was opgeworpen er voldoende tijd was geweest om een nieuwe dagvaarding uit te brengen (Rb. Brussel 30 december 1985 AR 177.380, in hoger beroep bevestigd door Brussel 30 juni 1987, AR 385/86, Depuydt 1993, 35). Iets dergelijks was ook aan de orde in de zaak tegen een gerechtsdeurwaarder die stelde dat de advocaat ruim een week voor het ingaan van de verjaring de opdracht tot een nieuwe dagvaarding had gegeven zonder de spoedeisendheid te vermelden. De gerechtsdeurwaarder kreeg

van de rechtbank gelijk. In hoger beroep werd hij alsnog veroordeeld, omdat de gerechtsdeurwaarder "klaarblijkelijk bijzonder slecht functioneerde" en "een eerder... instrueren evenmin reactie zou hebben uitgelokt" (Rb. Brussel 25 september 1987, AR 7242; in hoger beroep Brussel 20 september 1990, AR 4.018/87, Depuydt 1993, 35-36).

6.4.8 Conclusie

190 In Nederland wordt vanaf 1970 door de Hoge Raad de toerekening naar redelijkheid toegepast. Deze toerekeningstheorie werd in het huidige Burgerlijk Wetboek overgenomen. Uitgangspunt hierbij is het *conditio sine qua non*-verband, waarbij wordt nagegaan of de schade ook zou zijn ingetreden als de gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Is dit vastgesteld, dan zal aan de hand van de afweging van diverse factoren het causaal verband nader worden getoetst. Uit de jurisprudentie valt op te maken dat bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen de veroorzaker een bijzonder gevaar heeft geschapen, waarvoor hij het risico moet dragen, de zogenaamde gevaarzetting. Het causaal verband is dan in dat geval behoudens tegenbewijs gegeven. Dit is ook het geval bij de notaris en de arts die aansprakelijk werden gesteld waarbij zij een risico hadden geschapen dat zich vervolgens had verwezenlijkt (HR 18 december 1992 (Dicky Trading I), *NJ* 1994, 91; HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145). Ook bij het leiding-arrest van 2 oktober 1998 wordt deze maatstaf gehanteerd (HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831). Overigens blijft de grens wanneer door de gebeurtenis een risico wel of niet is geschapen bij met name beroepsaansprakelijkheidszaken vrij vaag. De term 'gevaarzetting' maakt dit geenszins duidelijker, omdat bij gevaar eerder wordt gedacht aan gevaarlijke situaties, die het gevolg zijn van overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen, dan aan het gevaar in de zin van risico. Het zal in ieder geval om aanmerkelijke verhoging van het risico op het ontstaan van de schade moeten gaan. Bij de aangesproken

notaris was dit het risico van schade door insolventie, bij de arts het risico van vermogensschade door zwangerschap en bij de leidingzaak het risico van bedrijfsschade door het uitvallen van gas- of electriciteit. Wordt geen gevaar of risico geschapen, zoals bij incassozaken het geval is, dan dient getoetst te worden aan de andere factoren van het causaal verband, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de voorzienbaarheid van de schade, de persoon van benadeelde en de mogelijkheid om schade te verzekeren.

In België heeft het causaal verband een beperktere strekking dan in Nederland. Omvang en voorzienbaarheid van de schade vallen hier niet onder. Om het causaal verband vast te stellen is het *conditio sine qua non*-verband voldoende. In beginsel moet alle schade worden vergoed, zij het dat de rechter kan beslissen dat onder bepaalde omstandigheden de schade niet het gevolg van de fout is. Duidelijk omliggende criteria zijn hier echter niet voor.

6.5 Schadevergoeding

6.5.1 Uitgangspunt: schade volledig vergoed

191 Schade kan bestaan uit vermogensschade en immateriële schade (art. 6:95 BW). Bij incasso komt slechts de vermogensschade voor vergoeding in aanmerking (art. 6:106 BW; zie ook art. 1151 Belg. B.W.).⁴⁸⁰ Vermogensschade omvat het verlies dat de opdrachtgever heeft geleden en de winst die hij heeft moeten derven (art. 6:96 lid 1 BW; art 1149 Belg. B.W.). De eerste heeft bij incasso betrekking op de vermogensvermindering, zoals de niet-geïncasseerde hoofdsom en kosten die de opdrachtgever heeft moeten maken, de tweede op de te derven interesten. Bij het vaststellen van de schade moet de opdrachtgever zoveel mogelijk in de toestand worden gebracht waarin hij zou verkeren als de wanprestatie of onrechtmatige daad achterwege was gebleven. In begin-

⁴⁸⁰ In België komt het een enkele maal voor dat een advocaat of gerechtsdeurwaarder bij wanprestatie in een bedrag aan 'morele' schade op grond van aantasting van de gezondheid (shockschade) wordt veroordeeld (Rb. Brussel 12 september 1984, AR 148.771 en Rb. Dendermonde 29 april 1993, AR 39.316, Depuydt 1994, 31(nr. 18)). In beide gevallen kwamen betrokkenen door het niet instellen van de gerechtelijke procedure (een arbeids- respectievelijk echtscheidingsprocedure) in psychische problemen. Soms wordt het verlies van een kans om de zaak (opnieuw) voor de rechter te brengen op zich zelf als morele schade gezien (Rb. Liège 24 juni 1991, Depuydt 1993, 23). In Nederland heb ik dergelijke uitspraken niet gevonden. In andere soorten procedures is shockschade soms aan de orde. Zo vorderde een belastingplichtige vergoeding van de immateriële schade tegen de Ontvanger der directe belastingen, omdat hij door een onjuiste belastingaanslag en beslaglegging enige malen in een psychiatrisch ziekenhuis was opgenomen en zelfs geprobeerd had zelfmoord te plegen. Ofschoon het geestelijke letsel sterk aanwezig was, werd de vordering toch afgewezen. De belastingplichtige was er niet in geslaagd aanneemelijk te maken dat hij zodanig onder het optreden van de ontvanger had geleden dat sprake was van geestelijk letsel dat aangemerkt kon worden als een aantasting van zijn persoon die recht gaf op vergoeding van immateriële schade (HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366). Meer succes had de oprichter van een bedrijf die onder druk van de bank zijn aandelen tegen een te lage prijs moest verkopen. De gang van zaken was dermate traumatisch voor hem dat hij zich onder psychiatrische behandeling moest stellen. Hij vorderde een bedrag aan immateriële schade (HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662). In het algemeen staat de rechtspraak echter afwijzend tegenover shockschade, tenzij deze het directe gevolg is van de onrechtmatige gedraging, zoals bij een ongeval (HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136 en 137; noot onder HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366; zie ook Kottenhagen 1996, 119-127; Lindenbergh 1997, 185-186; Verheij 1999, 1409-1416; Verheij 2000, 43).

sel dient de werkelijk geleden schade volledig te worden vergoed (zie Cass. 13 april 1995, *R. W.* 1997-1998, 25). De rechter heeft echter een grote mate van vrijheid om de schade vast te stellen (art. 6:97 BW).⁴⁸¹ In de Nederlandse rechtspraak worden twee methoden toegepast, de abstracte of objectieve en de concrete of subjectieve schadeberekening. Bij toepassing van de abstracte berekening gaat de rechter uit van de schade van een schuldeiser in gelijke positie (zie HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286; HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 43). Bij de concrete berekening wordt daarentegen rekening gehouden met de omstandigheden van het betreffende geval (zie HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255; HR 20 september 1985, *NJ* 1986, 211). Beide berekeningswijzen kunnen bij beroepsaansprakelijkheid worden toegepast, doch gezien de aard van de schade lijkt de concrete berekening de meest aangewezen wijze.⁴⁸² In België wordt als regel van de concrete berekeningswijze uitgegaan (zie Cass. 13 april 1995, *R. W.* 1997-1998, 25; Cass. 14 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 605).⁴⁸³ Mocht dit niet mogelijk zijn dan wordt de abstracte of forfaitaire berekening toegepast (zie Cass. 23 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 180).

6.5.2 Schade niet altijd vergoed

192 Geleden schade komt niet altijd voor vergoeding in aanmerking. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de procedure waarin een advocaat verzuimd had zich voor zijn opdrachtgever, de gedaagde in de procedure, te stellen. De opdrachtgever werd daardoor tot betaling veroordeeld. De daarna uitgebrachte verzetdagvaarding werd ook al niet tijdig aangebracht. De opdrachtgever sprak de advocaat aan voor vergoeding van het bedrag waartoe hij veroordeeld was. In cassatie werd onder meer

⁴⁸¹ Ronse 1988, 179 (nr. 238).

⁴⁸² Volgens Krans is de concrete berekeningsmethode het uitgangspunt. De abstractie methode zou tot een minimum bedrag leiden (Krans 1999, 72 en 95).

⁴⁸³ Ronse 1988, 178 (nr. 238); vgl. Dirix 2001, 1329-1335.

aangevoerd dat de schade veroorzaakt door het verstekvonnis steeds ten minste het toegewezen bedrag zou moeten belopen. Dit middel leidde echter niet tot cassatie. De Hoge Raad overwoog dat er een reële kans was dat er aan het vonnis niet voldaan zou worden, zodat de opdrachtgever geen schade zou lijden (HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255 met noot Brunner).⁴⁸⁴ De kans dat aan een vonnis niet wordt voldaan, geldt des te meer voor een schuldvordering die door een fout van de incassant niet meer geïncasseerd kan worden. Ook hier kan de aangesproken incassant aanvoeren dat de schuldvordering mogelijk nooit geïncasseerd had kunnen worden. Het probleem is in feite gelijk aan de vraag of een procedure gewonnen had kunnen worden of de kans op een volledig herstel bij een foutieve medische ingreep.

6.5.3 'Alles of niets-benadering'

193 De rechtspraak in Nederland lost de vraag of een procedure gewonnen had kunnen worden of een herstel van een medische ingreep volledig had kunnen zijn, zich meestal op door de bewijslast van het causaal verband bij de opdrachtgever/patiënt dan wel bij de advocaat/arts te leggen. Dit bewijs is in de praktijk dikwijls niet te leveren. Door deze 'alles of niets-benadering' wordt de vordering tot schadevergoeding geheel toegewezen of afgewezen. Een voorbeeld is het reeds eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad tegen de notaris die zijn opdrachtgever op het risico van insolventie had moeten wijzen (HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (Dicky Trading I); zie ook HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766). In dit geval sloeg de weegschaal van de causaliteitsonzekerheid door in het voordeel van de benadeelde opdrachtgever en werd de

⁴⁸⁴ In zijn noot was Brunner het daarmee niet eens, omdat hij vond dat economisch gezien de schuld zou blijven bestaan of deze nu wel of niet voldaan zou worden. Ik ben het met de zienswijze van de Hoge Raad eens. De voormalige opdrachtgever zou zich kunnen vrijmaken indien de advocaat was veroordeeld en de schuldeiser om welke reden dan ook zijn vordering niet op hem zou (kunnen) incasseren. Bovendien was de echtgenote met wie de opdrachtgever buiten gemeenschap van goederen was gehuwd, terecht tot betaling veroordeeld.

notaris uiteindelijk tot schadevergoeding veroordeeld. In veel gevallen zal de opdrachtgever echter het causaal verband moeten bewijzen. Met name is dat het geval indien er geen sprake is van gevaarzetting. Een voorbeeld is de eveneens eerder aangehaalde procedure waarbij de notaris verzuimd had een verzoek tot verlenging van een pachtovereenkomst te vragen. De opdrachtgever moest bewijzen dat hij en de verpachter de bedoeling hadden de overeenkomst na afloop door te laten lopen. De notaris had namelijk aangevoerd dat het in de bedoeling lag dat de opdrachtgever het gepachte zou kopen of anders zou vertrekken (HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 747).

6.5.4 Het verlies van een kans

194 In plaats van de 'alles of niets-benadering' kan het verlies van een kans als vermogensschade worden gewaardeerd, een benadering die reeds geruime tijd onder meer in België gebruikelijk is (zie § 6.5.7-6.5.13).⁴⁸⁵ Hierbij wordt het verlies van een kans gewaardeerd op een

⁴⁸⁵ Het verlies van een kans dient te worden onderscheiden van de toerekening naar kansbepaling (De benaming werd voor het eerst geïntroduceerd door Frenk (1995, 482-491)). Beide worden onder de proportionele benadering of aansprakelijkheid begrepen. Bij de toerekening naar kansbepaling valt te denken aan de kans van aansprakelijkheid van een fabriek jegens een persoon voor de schade van zijn product of voor milieuschade en aan de kans dat door de fout van een werkgever een werknemer een bepaalde ziekte heeft opgelopen. Bij dit soort zaken ligt de nadruk op het probleem van het causaal verband, waarbij de grondslag volgens de benadering van de toerekening naar kansbepaling wordt gebaseerd op art. 6:98 BW of een combinatie van art. 6:99 en 6:101 BW. Deze benadering is echter controversieel (Hartlief 2000, 19-22). Voorstanders van de proportionele benadering zijn onder meer Akkermans (1997a, 1-510; 1997b, 105-115; 2000, 85-134), Faure 2000 (161-196), Kerkmeester (2000, 170). Tegenstander van de proportionele benadering zijn onder meer Van Maanen (2000, 43-57) en Peeperkorn (2000, 59-83). De toerekening naar kansbepaling zou volgens de tegenstanders kunnen leiden tot een minder zorgvuldig onderzoek naar het *conditio sine qua non*-verband, uitnodigen tot het wijzen van bemiddelende vonnissen, leiden tot 'hocus pocus' en haaks staan op de volledige vergoeding van de schade (Hartlief 2000, 19). Hoe dit ook zij, bij het verlies van een kans ligt het *conditio sine qua non*-verband niet onder druk, omdat het verlies van een kans wordt gezien als vermogensschade waarbij de grondslag wordt gebaseerd op art. 6:97 BW. Overigens zijn niet alle tegenstanders van de toerekening naar kansbepaling tegenstander van het verlies van een kans (Van Maanen 2000, 43-57).

bepaald bedrag of op een percentage van de totale schade. De lagere rechtspraak in Nederland paste een dergelijke constructie ook een enkele maal toe. In 1942 schatte de rechter de kans op het winnen van een procedure op 50%, omdat gegevens ontbraken (Rb. Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231; vgl. Ktg. 's-Gravenhage 18 september 1944, *NJ* 1946, 447). Dit was ook het geval in de procedure waarbij de rechtbank kreeg te oordelen over het slagen van een kans van hoger beroep van een zaak die deze rechtbank zelf had behandeld. Uit respect voor haar eigen vonnis en voor de hogere instantie achtte de rechtbank zich niet in staat de kans van slagen aan te duiden en werd de schadevergoeding in redelijkheid en billijkheid geschat op 50% (Rb.⁴⁸⁶ Zwolle 12 oktober 1994, *Advocatenblad* 1995, 341-342). In de procedure waarbij een arts de diagnose een dag eerder had kunnen stellen, werd 25% als kans op een betere behandeling bepaald (hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth)). In een andere zaak waarbij een arts bij een operatie een fout had gemaakt was geen volledige genezing te verwachten. Desondanks werd de kans op een beter resultaat naar redelijkheid en billijkheid geschat op 10% (Rb. Middelburg, 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; zie ook Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406: 25%; Hof Arnhem 24 juni 1997 en 14 december 1999, *NJ* 2000, 742: 331/3%; Rb. Zwolle 31 mei 2000, *NJkort* 2000, 89: 20%).⁴⁸⁷ In de eerder aangehaalde procedure bij de rechtbank te Roermond van 6 juli 2000 (nr. 75; Elro-nr. AA6449, <<http://www.rechtspraak.nl/default.asp>> zoeken via 'Belangrijke uitspraken', inzage 25 juli 2001). had een opdrachtgever een huis gekocht dat hij niet wilde afnemen. Er volgden acht procedures, die de opdrachtgever alle verloor. Bovendien werd hij veroordeeld in het verbeuren van dwangsommen. De opdrachtgever verweet de advocaat dat hij hem niet goed had geadviseerd. Vaststond dat de advocaat niets op papier had gezet en zelfs geen aantekeningen had gemaakt van de gesprekken met de opdrachtgever. De rechtbank vond

⁴⁸⁶ Aldaar ten onrechte aangeduid met Ktg. Zwolle (Akkermans 1997b, 105).

⁴⁸⁷ Op het gebied van incasso heb ik geen uitspraken kunnen vinden.

dat belangrijke adviezen of afspraken schriftelijk vastgesteld hadden moeten worden. Toch had de opdrachtgever door zijn houding het grootste deel van de schade aan zich zelf te wijten. Hij wilde kost wat kost het huis voor een lagere prijs verkrijgen. Op een punt kreeg hij echter gelijk. De advocaat had hem uitdrukkelijk moet wijzen op het oplopen van de dwangsommen. De rechter veroordeelde de advocaat tot het betalen van 20% van de verbeurde dwangsommen. Dit was de kans die hij inschatte dat de opdrachtgever bij een schriftelijk deugdelijk advies tot eerdere medewerking zou zijn overgegaan.

6.5.5 Het standpunt van de Hoge Raad over het verlies van een kans

195 Het verlies van een kans kwam ter sprake in een arrest waarin het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Heesch aan een zekere Reijs een toezegging had gedaan om een stuk grond te ruilen en voor de bouw van woningen een gunstig advies te geven aan de gemeenteraad. Het College kwam echter deze toezegging niet na. Reijs vorderde schadevergoeding wegens gederfde winst. De gemeente ontkende de schade, omdat noch het College van Burgemeester en Wethouders noch het College van Gedeputeerde Staten ooit met het voorstel ingestemd zouden hebben. Dit laatste kon echter niet meer met zekerheid worden vastgesteld. Voor het verloren gaan van de kans werd de schadevergoeding *ex aequo et bono* vastgesteld. De Hoge Raad liet in cassatie dit oordeel als feitelijk in stand (HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456).

Sinds zijn arrest van 24 oktober 1997 houdt de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid voor het verlies van een kans open.⁴⁸⁸ De Hoge Raad verwoordde dit als volgt: "Het gaat in een geding als het

⁴⁸⁸ Akkermans 1998, 560; Haak 1998, 139; Stein in zijn noot onder het arrest; Giesen 1999, 73; anders Pals 2000, 394-396. Volgens Pals zou in HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584 (Sint Willibrord) in alle duidelijkheid beslist zijn dat van proportionele toerekening geen sprake kan zijn.

onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij de cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appèlrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad. Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding - de cliënt en diens voormalige advocaat - aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appèlprocedure aan de orde zouden zijn gekomen. Voor wat de cliënt betreft, betekent dit dat hij in het geding tegen zijn voormalige advocaat de mogelijkheid dient te hebben zich zoveel mogelijk op te stellen op de wijze als hij in het achterwege gebleven hoger beroep zou hebben verkozen. Voor de advocaat betekent het dat hij in het door zijn voormalige cliënt tegen hem aangespannen geding de vrijheid moet hebben zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij de positie die, zo hoger beroep ware ingesteld, door de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij zou zijn ingenomen." De Hoge Raad maakt daarbij geen keuze voor de grondslag voor de aansprakelijkheid (HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 met noot Stein; zie ook HR 23 februari 2001, *JOL* 2001, 153).⁴⁸⁹

6.5.6 Het waarden van de kans

196 Het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat het waarden van een kans op een gunstiger resultaat bij een procedure waarbij een advocaat verzuimd heeft hoger beroep in te stellen, mogelijk is geworden. Dit

⁴⁸⁹ Frenk 1999, 27.

geldt eveneens voor andere fouten van een advocaat (zie hof 's-Gravenhage 24 februari 1999, *JOL* 1999, 166). Het waarden van een kans is wenselijker dan de 'alles of niets-benadering', omdat de advocaat bij de laatste benadering ondanks de gemaakte fout, door bewijsproblemen aan de kant van de opdrachtgever, meestal vrijuit gaat. Bovendien is het niet redelijk dat bij een waarschijnlijke kans van (iets) meer dan 50% de advocaat in de gehele schade wordt veroordeeld en bij een kans van (iets) minder dan 50% in het geheel niet. Het waarden van de kans op een bedrag of percentage van de schade werkt naar beide partijen toe veel redelijker en druist minder in tegen het rechtsgevoel van de opdrachtgever dan de 'alles of niets-benadering'.⁴⁹⁰ Zoals de Hoge Raad het nu heeft verwoord, is echter het praktische nadeel dat de opdrachtgever en advocaat afhankelijk zijn van de gegevens van de andere partij die in de aansprakelijkheidsprocedure geen partij is.

6.5.7 Verlies van een kans in België

197 In België wordt sinds het principe-arrest van het Hof van Cassatie van 19 januari 1984 algemeen aangenomen dat het verlies van een kans voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁹¹ De procedure voor het Hof van Cassatie had betrekking op een arts die bij een beenbreuk verzuimd had naar klachten van de patiënt te luisteren en bepaalde symptomen te onderkennen. Later moest het been van de patiënt worden geamputeerd. De arts verweerde zich met de stelling dat de kans groot was dat het been toch geamputeerd had moeten worden. Die kans werd echter gering geacht en de vordering werd tot 80% van de schade toegewezen (Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585).⁴⁹²

⁴⁹⁰ Zie ook Akkermans 1999, 67.

⁴⁹¹ Ronse 1988, 83-93 (nrs. 103-118); De Ridder 1996, 67-68; Vansweevelt 1997, 374 (nr. 498); Akkermans 1997a, 133-137; Haak 1998, 144; Faure 2000, 163-193.

⁴⁹² Zie ook Faure 2000, 178.

6.5.8 Beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders in België

198 Met name bij beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders wordt het verlies van een kans toegepast. De meeste procedures hebben betrekking op het voorbij laten gaan van termijnen.⁴⁹³ Bij het verzuim om tijdig hoger beroep in te stellen, bestaat de schade uit het verlies van de redelijke kans die de opdrachtgever had om bij de hoger beroep-rechter gelijk te krijgen (Rb. Brugge 14 mei 1991, *R.W.* 1993-1994, 266; Antwerpen 1 april 1992, *R.W.* 1994-1995, 817). In de procedure waarbij achtereenvolgens twee advocaten een vervaltermijn hadden laten verlopen werd het verlies van een kans "met een zekere, doch voldoende graad van waarschijnlijkheid" beoordeeld. Beiden advocaten werden hoofdelijk tot betaling van in redelijkheid en billijkheid begrootte bedrag van 3.000.000 BEF (€ 74.368,06) veroordeeld. Uit de publicatie is het niet op te maken wat het gevorderde bedrag was (Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-1994, 23). Zelfs zonder een termijn te laten verlopen, kan de kans op succes kleiner worden. Dit was het geval bij een advocaat die talmde met de voortgang van de zaak, zodat uiteindelijk het aanvangen van een procedure wegens faillissement van de schuldenaar, geen zin meer had. Hierbij was de schade de kans op een beter resultaat (Rb. Brussel 5 mei 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1014). Ook een verkeerd advies kan leiden tot het verlies van kans (Mons 6 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 432).

6.5.9 Beoordeling van het verlies van een kans

199 In de rechtspraak en rechtsleer worden twee voorwaarden genoemd waaraan het verlies van een kans dient te voldoen. In de eerste plaats moet het verlies van de kans vaststaan. Er moeten dan ook geen mogelijkheden meer zijn om alsnog tot een vergelijkbaar resultaat te komen.

⁴⁹³ Depuydt 1993, 118-119 (nr. 82); Depuydt 1994, 168-169 (nr. 123).

De tweede voorwaarde die wordt genoemd is dat de kans zeker moet zijn (Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; *Arbh.* Antwerpen 15 februari 1988, *R.W.* 1987-1988, 1370; *Rb.* Mechelen 13 maart 1989, *T.B.B.R.* 1990, 85; Liège 14 december 1993, *J.L.M.B.* 1994, 137).⁴⁹⁴ Dit is het geval als de kans voldoende "ernstig" of "reëel" is en de moeilijkheid om de omvang te bepalen vergoeding niet in de weg staat. Een hypothetisch verlies van een kans komt dan ook niet voor vergoeding in aanmerking. De heersende leer is dat het verlies van kans slechts te vergoeden is indien de kans duidelijk hoger ligt dan 50%.⁴⁹⁵ De rechtspraak blijkt zich daar echter niet aan te houden (zie § 6.5.11).⁴⁹⁶

Bij de beoordeling van het verlies van een kans waarbij indien de termijnen in acht waren genomen een gerechtelijke procedure gevoerd had moeten worden, mag volgens vaste rechtspraak de rechter die over de aansprakelijkheid krijgt te oordelen, zich niet in plaats stellen van de rechter die de procedure had moeten voeren (Gent 17 maart 1983, *R.G.A.R.* 1984, 10774; *Rb.* Mechelen 13 maart 1989, *T.B.B.R.* 1990, 85; *Rb.* Brugge 14 mei 1991, *R.W.* 1993-1994, 266; *Rb.* Antwerpen 29 november 1994, *R.W.* 1996-1997, 1029; Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745).⁴⁹⁷ Toch zal die rechter er niet aan ontkomen om over de niet-gevoerde procedure in zekere mate te oordelen om het verlies van een kans te kunnen berekenen (Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745). Daarbij kan hij bijvoorbeeld te rade gaan bij vergelijkbare uitspraken (*Rb.* Nivelles 2 oktober 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11209).

6.5.10 Jurisprudentie over het verlies van een kans

200 Er is tamelijk veel jurisprudentie over het verlies van een kans bij

⁴⁹⁴ Depuydt 1983, 33 (nr. 28); Depuydt 1993, 22 (nr. 9); Depuydt 1994, 19-20 (nr. 11); Akkermans 1997a, 133; Haak 1998, 144; Vansweevelt 1997, 370-372 (nr. 498); Simoens 1999, 54-55 nr. 26); Faure 2000, 164-166.

⁴⁹⁵ De Ridder 1996, 71; Vansweevelt 1997, 390 (nr. 530); Haak 1998, 145.

⁴⁹⁶ De Ridder 1996, 71; Vansweevelt 1997, 393 (nr. 534).

⁴⁹⁷ Depuydt 1983, 35 (nr. 29).

advocaten en gerechtsdeurwaarders. Veel van die jurisprudentie is echter niet gepubliceerd, maar wordt wel besproken door Depuydt.⁴⁹⁸ Interessant is de jurisprudentie over gerechtsdeurwaarders, met name de rechtspraak die betrekking heeft op het gebrek aan zorgvuldigheid bij de tenuitvoerlegging. Zo had een gerechtsdeurwaarder ondanks uitdrukkelijke opdracht de verkoop uitgesteld. Hierna ging de schuldenaar failliet. De opdrachtgever vorderde 80% van de schuldvordering als verlies van een kans. Zowel de rechtbank als in hoger beroep het hof kende niets toe, omdat de opdrachtgever de opbrengst toch had moeten delen met andere schuldeisers en/of de curator hoogstwaarschijnlijk het bedrag van de verkoop had opgeëist (Rb. Leuven 10 september 1986, AR 24.442 en Brussel 15 juni 1988 AR 296/87, Depuydt 1994, 26 (nr. 16)). Ook in de zaak waarin de gerechtsdeurwaarder met de tenuitvoerlegging had getalmd werd de vordering afgewezen, omdat de financiële situatie van de schuldenaar dermate twijfelachtig was (er was sprake van meer beslagen) dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid gesteld kon worden dat indien de tenuitvoerlegging onmiddellijk een aanvang had genomen, er toch niets geïncasseerd had kunnen worden (Gent 2 maart 1987, AR 25864/85, Depuydt, 27 (nr. 16); zie ook Mons 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830).

In andere procedures werden gerechtsdeurwaarders daarentegen veroordeeld, omdat de kans groot was dat de schuldvordering geheel of voor een deel was geïncasseerd indien de zaak met bekwame spoed ter hand was genomen. Zo werd de schade gelijk gesteld aan de gehele schuldvordering in de zaak waarin de schuldenaar zonder achterlating van een ander adres was vertrokken (Rb. Charleroi 21 december 1983, *J.T.* 1984, 199). In een andere zaak was de schade gelijk aan het bedrag dat vermoedelijk geïncasseerd had kunnen worden minus het bedrag dat tijdens het faillissement was uitgekeerd (Rb. Charleroi 26 januari 1988, *J.T.* 1988, 736). De schade werd volledig toegewezen in de zaak waarin het onroerend goed van de schuldenaar voldoende was geweest om de

⁴⁹⁸ Depuydt 1993, 22-39 (nrs. 9-17); Depuydt 1994, 19-34 (nrs. 11-20).

gehele schuldvordering te voldoen (Rb. Leuven 15 juni 1993 AR 49.269, Depuydt 1994, 29 (nr. 16)). In de eerder aangehaalde procedure waarin de gerechtsdeurwaarder de ontruiming en verkoop bij een schroothandelaar uitstelde, werd deze onder meer veroordeeld in een bedrag gelijk aan zes maanden huur, de duur van de vertraging (Rb. Huy 27 november 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11188).

6.5.11 Omvang van het verlies van een kans

201 In sommige procedures wordt de gehele schade als verlies van een kans toegewezen⁴⁹⁹ of kan de schade eenvoudig door de rechter worden berekend (Rb. Huy 27 november 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11188; Cass. 28 april 1986, *R.W.* 1986-1987, 1907; Brussel 15 juni 1987, *R.G.A.R.* 1989, 11557; Rb. Charleroi 26 januari 1988, *J.T.* 1988, 736). In het geval het verlies van een kans niet kan worden vastgesteld, zal de rechter de schadevergoeding *ex aequo et bono* moeten toekennen (Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439; Rb. Antwerpen 29 november 1994, *R.W.* 1996-1997, 1029; Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745).⁵⁰⁰ Een percentage wordt niet altijd genoemd en uit de publicatie valt ook niet altijd op te maken welk bedrag was gevorderd (zie Gent 29 januari 1993, *R.W.* 1993-1994, 23). In het geval de kans zeer klein is, wordt de vordering afgewezen (Rb. Mechelen 13 maart 1989, *T.B.B.R.* 1990, 85; Cass. 21 juni 1990, *R.W.* 1990-1991, 1199; Mons 22 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 830; zie ook de hierboven besproken uitspraken). In sommige gevallen wordt slechts een symbolisch bedrag van 1 BEF (€ 0,02) toegewezen. Het betreft hier gevallen met een duidelijke onzorgvuldigheid aan de kant van de advocaat of gerechtsdeurwaarder

⁴⁹⁹ Rb. Charleroi 21 december 1983, *J.T.* 1984, 199; Rb. Nivelles 28 mei 1985, *R.G.A.R.* 1986, 11091; Rb. Nivelles 2 oktober 1985, *R.G.A.R.* 1987, 11209; Rb. Charleroi 29 maart 1988, *J.T.* 1989, 79; Rb. Namur 31 mei 1990, *J.L.M.B.* 1991, 533; Rb. Leuven 15 juni 1993 AR 49.269, Depuydt 1994, 29 (nr. 16); Rb. Brussel 9 oktober 1995, *T.B.B.R.* 1996, 71.

⁵⁰⁰ Ronse 1988, 85 (nr. 105); Faure 2000, 172-173.

en waarbij de kans op toewijzing van schadevergoeding zeer gering is.⁵⁰¹ Er zijn echter ook uitspraken waarbij een verlies van een kans tot een bepaald deel van de gevorderde hoofdsom werd toegewezen (zie Rb. Brussel 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 435: 75%; Rb Brussel 24 juni 1999, *J.T.* 2000, 169: 90 en 50%). Daarbij worden ook regelmatig vorderingen toegewezen die ver onder de 50% liggen.⁵⁰²

6.5.12 Het verlies van een kans in België: conclusie

202 In België wordt het verlies van een kans bij beroepsaansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders algemeen door de rechtspraak toegepast. Het verlies van een kans is op geld waardeerbaar en kan alleen worden toegewezen als de kans vaststaat en voldoende zeker is. Uit de rechtspraak blijkt dat de vergoeding van die kans meestal wordt toegewezen of afgewezen. Opvallend zijn daarbij de 'principiële' gevallen waarbij 1 BEF (€ 0,02) wordt toegewezen. Er zijn echter op dit terrein van de beroepsaansprakelijkheid voldoende uitspraken waarbij onder de 50% van de gevorderde hoofdsom wordt toegewezen. In veel gevallen betreft het een percentage dat daar behoorlijk onder ligt.

6.5.13 Conclusie bij incasso

203 Bij beroepsaansprakelijkheid van de incassant zal de schade van de opdrachtgever uit de gederfde hoofdsom en de gemaakte kosten bestaan. Niet altijd staat vast dat de schuldvordering geïncasseerd had

⁵⁰¹ Liège 31 juli 1984, *J.L.* 1984, 492; Huy 16 oktober 1986, *Ann. Dr. Liège*, 1987, 430; Rb. Liège 23 maart 1990, *R.G.A.R.* 1992, 12064; Antwerpen 1 april 1992, *R.W.* 1994-1995, 817; KH Antwerpen 25 februari 1997, *Eur. Vervoerr.* 1999, 243.

⁵⁰² Mons 16 februari 1981, *R.G.A.R.* 1982, 10479: 6,25% (Faure 2000, 171); Gent 26 februari 1981, *R.W.* 1982-1983, 439: 12%; Gent 17 maart 1983, *R.G.A.R.* 1984, 10774: 28%; Rb. Brugge 14 mei 1991, *R.W.* 1993-1994, 266: 30%; Rb. Liège 24 juni 1991, *J.L.M.B.* 1992, 1457, nr. 13: 38%; Antwerpen 1 april 1992, *R.W.* 1994-1995, 817: 23%; Rb. Brussel 5 mei 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1014: 12 en 20% (Faure 2000, 174); Gent 26 maart 1997, *R.W.* 1999-2000, 745: 41%.

kunnen worden. In Nederland zal de vordering van de opdrachtgever in dat geval meestal wegens problemen met het bewijs van het causaal verband, stranden. In België wordt dit opgelost door het verlies van een kans als vermogensschade te waarderen. Het is wenselijk dat het verlies van een kans ook in Nederland algemeen toegepast gaat worden.⁵⁰³ De toepassing hiervan geeft redelijker resultaten dan de 'alles of niets-benadering'. Met name bij incasso is het verlies van een kans op eenvoudige wijze te schatten. Het is immers in de incassobranche niet ongebruikelijk om schuldvorderingen tegen een bepaald percentage te kopen. De kans op succes wordt in dat geval van tevoren geschat. Bij de bepaling van de kans bij aansprakelijkheid kan gebruik worden gemaakt van de abstracte of de concrete berekeningswijze. Bij de eerste wordt nagegaan wat de kans op incasso is bij soortgelijke schuldvorderingen van dezelfde leeftijd. Deze methode kan alleen worden toegepast bij schuldvorderingen waarin nauwelijks incassowerkzaamheden zijn verricht en wanneer het om meer schuldvorderingen gaat. In de andere gevallen is de concrete berekeningswijze meer aangewezen. Hierbij wordt uitgegaan van de specifieke omstandigheden van het geval. Niet alleen bovenstaande facetten zijn van belang, maar vooral de historie van het innen van de betreffende schuldvordering en daarbij de verhaalspositie van de schuldenaar. Aan de hand van inlichtingen van een informatiebureau, informatie die tijdens het incassotraject niet ongebruikelijk is, zou de kennis over de verhaalspositie van de schuldenaar aangevuld kunnen worden. Het is wel wenselijk dat de rechter die het verlies van een kans toepast, inzicht geeft van zijn gedachtengang over de bepaling van de hoogte.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Overigens betekent dit niet dat de causaliteitsproblemen worden vermeden. Tussen de kans die waardeerbaar is in geld en de fout dient wel degelijk causaal verband te bestaan (zie Liège 14 december 1993, *JL M.B.* 1994, 137).

⁵⁰⁴ Van Dijk 2000, 41.

6.6 Tot besluit van dit hoofdstuk

204 Bij incasso zal in het geval van een beroepsfout de rechtsvordering in bijna alle gevallen gebaseerd zijn op wanprestatie. Slechts indien een algemene zorgvuldigheidsplicht wordt geschonden die los staat van de contractuele verplichtingen, kan ook op grond van onrechtmatige daad worden gevorderd. Er is dan sprake van samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. In tegenstelling tot Nederland kan in België in dat geval alleen de buitencontractuele schade op grond van onrechtmatige daad worden gevorderd, tenzij er sprake is van een zorgvuldigheidsplicht waar een strafrechtelijke sanctie op staat. De verschillen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad kunnen van invloed zijn op de toewijzing van een rechtsvordering. Het verschil kan liggen in de aard van de verbintenis, de personen die aansprakelijk zijn, de stel- en bewijsplicht en de aansprakelijkheidsverzekering van de incassant.

Bij sommige verbintenissen staat de wanprestatie zonder meer vast. Dit is het geval bij een resultaatsverbintenis waarbij van tevoren een bepaald resultaat is toegezegd of dat logischerwijze uit de opdracht blijkt. Bij incassanten zal er meestal sprake zijn van een inspanningsverbintenis waarbij een bepaalde inspanning moet worden verricht. Bij het bepalen van de beroepsaansprakelijkheid zal nagegaan moeten worden of de inspanning van de beroepsbeoefenaar voldoende is geweest. De maatstaf wordt in de praktijk door de beroepsbeoefenaar zelf ingevuld en zal zijn ingegeven door wat in de beroepsgroep leeft. Soms wordt de maatstaf van de beroepsgroep door de rechter gecorrigeerd. Om de zorgvuldigheid van de beroepsbeoefenaar in een gerechtelijke procedure te kunnen toetsen, heeft de rechtspraak de maatstaf van *een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot* geformuleerd. In België wordt dit op een andere manier verwoord, maar het komt op hetzelfde neer. De maatstaf wordt namelijk meestal aangeduid met de zorgvuldigheid die een *normaal en voorzichtig* beroepsbeoefenaar in dezelfde

omstandigheden in acht dient te nemen. De maatstaf in beide landen waaraan de rechter volledig toetst, bestaat uit twee elementen: bekwaamheid en zorg. De bekwaamheid van de incassant zal onder meer moeten blijken uit het op de hoogte zijn van relevante rechtsregels en incassomethodieken. Bij de zorg is de zorgvuldigheid die de incassant bij zijn werkzaamheden in acht moet nemen, aan de orde. Aspecten zoals zelfstandig maatregelen nemen, beleidsvrijheid, opvolgen van aanwijzingen, tussentijdse informatie- en afdrachtplicht en voortgang van de werkzaamheden zijn reeds in het hoofdstuk over de zorgplicht aan de orde geweest. Daarnaast dient de incassant de opdrachtgever te informeren over de gevolgen van bepaalde acties en de kosten die in rekening zullen worden gebracht. Bovendien zal hij de opdrachtgever onnodige risico's moeten besparen.

Als wanprestatie of onrechtmatige daad vaststaat, zal de opdrachtgever het causaal verband tussen de gebeurtenis en de schade aannemelijk dienen te maken of aan te tonen. Niet alle schade is immers het gevolg van de gebeurtenis. In Nederland heeft het causaal verband nogal wat stof in de literatuur doen opwaaien. Verschillende theorieën deden hun intrede. Vanaf 1970 past de Hoge Raad de theorie van de toerekening naar redelijkheid toe. Deze theorie is in het huidige Burgerlijk Wetboek als toerekeningstheorie overgenomen. Uitgangspunt is het *conditio sine qua non*-verband, waarbij wordt nagegaan of de schade ook zou zijn ingetreden als de gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Is dit vastgesteld, dan kan de schade aan verdere factoren van het causaal verband worden getoetst, zoals de voorzienbaarheid, de aard van de overtreden norm, de aard van de schade, de betrokken personen en verzekering. Uit de jurisprudentie blijkt dat bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen door de veroorzaker een bijzondere gevarenfactor wordt ingebracht waarvoor hij het risico moet dragen. Het causaal verband is dan behoudens tegenbewijs gegeven. Ook bij notarissen en artsen kan dat het geval zijn indien het om een aanmerkelijke verhoging

van een risico gaat. In de behandelde arresten was dit bij de notaris het risico van insolventie en bij de arts het risico van zwangerschap. In bijna alle gevallen zal het bewijs van het causaal verband bij beroepsaansprakelijkheid aan de zijde de opdrachtgever liggen. In België heeft het causaal verband een beperktere strekking. Omvang en voorzienbaarheid van de schade vallen hier niet onder. Het causaal verband dient te voldoen aan het *conditio sine qua non*-verband, zij het dat de rechter onder bepaalde omstandigheden hiervan kan afwijken.

Voor de vergoeding van schade komt bij incasso de vermogensschade in aanmerking. Deze kan bestaan uit de niet-geïncasseerde hoofdsom en de kosten die de opdrachtgever heeft moeten maken. Het is echter niet altijd zeker of de schuldvordering volledig op de schuldenaar verhaald had kunnen worden. De rechtspraak in Nederland lost dit op door de bewijslast van het causaal verband bij de opdrachtgever, dan wel bij de beroepsbeoefenaar te leggen. Slechts in gevallen van gevaarzetting is het causaal verband gegeven en ligt de bewijslast bij de beroepsbeoefenaar. In de meeste andere gevallen zal de opdrachtgever het bewijs dienen te leveren. In België wordt het verlies van een kans algemeen als vermogensschade gewaardeerd, een methode die meer redelijke uitkomsten geeft dan de 'alles of niets-benadering' van Nederland. In enkele uitspraken in Nederland is een dergelijke methode eveneens toegepast. Desondanks blijft het waarden van het verlies van een kans een uitzondering. De Hoge Raad heeft echter met name met haar arrest van 24 oktober 1997 (*NJ* 1998, 257) het waarden van een verlies op een kans mogelijk gemaakt. Het is te hopen dat deze door de rechtspraak algemeen toegepast gaat worden. Met name bij incasso zou dit logisch en wenselijk zijn. Schuldvorderingen en de kans op het incasseren valt steeds goed in te schatten en daardoor te waarden.

7 Samenvatting en conclusie

7.1 Inleiding

205 Incasso is het nemen van (rechts-)maatregelen om een geldvordering op de schuldenaar te innen. Ofschoon incasso door de schuldeiser zelf kan worden verricht, is het hier gericht op het incasseren door een derde, de incassant genoemd. Meestal is dit een advocaat, gerechtsdeurwaarder of incassobureau. Centraal in dit onderzoek staat de vraag naar de verplichtingen die voortvloeien uit de rechtsverhouding van de incassant met de opdrachtgever, alsmede de mogelijke beroepsaansprakelijkheid die hieruit kan voortvloeien. Daarbij wordt een rechtsvergelijking gemaakt met België.

7.2 De praktijk van incasso

206 Om een goed beeld van incasso te krijgen zijn diverse praktijkaspecten van belang: de omstandigheden waaronder incasso plaatsvindt, de incassomethoden en de beroepsbeoefenaren die zich met incasso bezig houden. In vergelijking met de zestiger jaren van de vorige eeuw blijkt incasso zakelijker en anoniemer geworden te zijn en vinden schuldenaren het minder erg om schulden te hebben. Incasso daarentegen wordt nog steeds als negatief ervaren. Een belangrijke reden daarvoor is het gedrag van sommige malafide incassobureaus. Er zijn geen specifieke regels waaraan incassobureaus moeten voldoen, zodat iedereen een incassobureau kan beginnen. Het is dan ook gewenst dat de overheid in Nederland en België regels opstelt voor incasso. De regels zouden betrekking moeten hebben op de toelatingseisen tot het beroep van incassant en de gedragsregels waaraan incassanten zich moeten houden. Ook advocaten en gerechtsdeurwaarders zouden zich op het gebied van incasso (ten minste) aan die regels moeten houden. Speciale aandacht

zou daarbij de positie van de gerechtsdeurwaarder moeten krijgen. Hij zou het onderscheid met zijn ambtelijke praktijk zuiver moeten houden. Een oplossing zou kunnen zijn dat de incassopraktijk van de gerechtsdeurwaarder gescheiden van de ambtelijke praktijk zou worden gehouden. Dit onderscheid zou naar buiten toe duidelijk moeten worden gevoerd. Alleen incasso als direct gevolg van de tenuitvoerlegging van het vonnis kan als ambtelijk worden gezien.

In België hebben enkele leden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel ingediend om de wanpraktijken van sommige incassobureaus aan banden te leggen. Bepaalde onoorbare handelingen zouden niet (meer) verricht mogen worden en incasso zou alleen voorbehouden zijn aan advocaten, gerechtsdeurwaarders en houders van een erkenning van de Minister van Economische Zaken.

Incassanten hanteren in de praktijk globaal twee incassomethoden: de minnelijke en de gerechtelijke incassomethode. Bij de minnelijke methode probeert de incassant door middel van aanmaningen, telefoontjes en bezoeken de schuldenaar tot betalen te bewegen. Bij de gerechtelijke methode wordt na aanmaning de rechter ingeschakeld en wordt het vonnis zonodig tenuitvoer gelegd. Op deze wijze wordt de schuldenaar tot betalen bewogen of wordt het verschuldigde op zijn goederen of inkomsten verhaald.

Een belangrijk verschil met België is de mogelijkheid die niet-advocaten in Nederland hebben om voor de kantonrechter zelf procedures te voeren. In België bestaat die mogelijk niet. Dit lijkt van invloed te zijn geweest op de incassopraktijk. Incassobureaus en gerechtsdeurwaarders hebben daardoor een veel kleiner deel van de incassomarkt in handen dan hun collega's in Nederland. Advocaten zijn er de belangrijkste incassanten. Mede door de strengere beroeps- en gedragsregels van deze beroepsgroep is het gerechtelijke incasso in de praktijk aan strengere regels gebonden dan in Nederland, maar daardoor minder flexibel en commercieel. In België maken de incassowerkzaamheden deel uit

van de andere werkzaamheden van advocaten en gerechtsdeurwaarders. Bij de advocaten vallen de incassowerkzaamheden onder de werkzaamheden om de procedures te behandelen, bij gerechtsdeurwaarders onder de werkzaamheden die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van vonnissen. Alleen de minnelijke incassowerkzaamheden van gerechtsdeurwaarders en incassobureaus kunnen worden onderscheiden.

In Nederland moeten advocaten en leden van de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) en in België advocaten, gerechtsdeurwaarders en leden van de Belgische Vereniging van Incasso-Ondernemingen (BVI) verzekerd zijn tegen beroepsaansprakelijkheid. Bij de overige incassanten gebeurt dit op basis van vrijwilligheid. Bonafide incassanten zijn echter meestal verzekerd.

7.3 De incasso-overeenkomst

207 De incasso-overeenkomst bestaat uit een verbintenis om de werkzaamheden te verrichten en een verbintenis om het loon te betalen. Bij de eerste is in het algemeen sprake van een inspanningsverbintenis. Er blijken echter ook verplichtingen te zijn waarbij de incassant in moet staan voor een bepaald resultaat, de zogenaamde resultaatsverplichtingen. Bij incasso valt te denken aan bepaalde acties die partijen zijn overeengekomen of acties die van de incassant verwacht mochten worden, zoals het versturen van de aanmaning en het tijdig aanvangen van de gerechtelijke procedure. Bij een overeenkomst hebben partijen contractsvrijheid. Deze mag echter niet in strijd komen met de wet, de goede zeden of de openbare orde. De partijafpraak is de basis voor de inhoud van de overeenkomst. Een deel daarvan kan zijn opgenomen in algemene voorwaarden. Advocaten en gerechtsdeurwaarders in België hanteren in de praktijk nauwelijks algemene voorwaarden. Alleen advocaten beperken zo nu en dan hun beroepsaansprakelijkheid tot het bedrag waarvoor zij verzekerd zijn. In Nederland hanteren daarentegen de

meeste incassanten algemene voorwaarden. In beide landen zijn consumenten beschermd tegen onredelijke algemene voorwaarden. Voor incasso is dit van weinig praktisch belang, omdat de meeste opdrachtgevers geen consumenten zijn. De incasso-overeenkomst kan zonodig aangevuld worden door de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid. De uitvoering van de overeenkomst dient redelijk en billijk - in België te goeder trouw genoemd - te zijn.

De incasso-overeenkomst kan nader worden gekwalificeerd. In Nederland wordt er sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek van uitgegaan dat de overeenkomst met een incassant een overeenkomst van opdracht is. Of sprake is van lastgeving, een species van opdracht, is minder duidelijk. Bij de overeenkomst met een advocaat zou dat niet en bij een overeenkomst met een incassobureau wel het geval zijn. In België zijn de problemen om de overeenkomst te kwalificeren nog groter. Er is geen aparte overeenkomst voor dienstverlening, terwijl de overeenkomsten met de advocaat, gerechtsdeurwaarder of incassobureau niet hetzelfde worden gekwalificeerd. De incasso-overeenkomst wordt bij advocaten en gerechtsdeurwaarders niet apart onderscheiden, terwijl bij een incassobureau sprake zou zijn van huur van nijverheid of aanneming van werk. In beide landen is dan ook aan de hand van het lastgevingsbegrip en de incassowerkzaamheden onderzocht hoe de incasso-overeenkomst te kwalificeren. Er is sprake van lastgeving als de plicht om voor een ander rechtshandelingen te verrichten essentieel is voor het bestaan daarvan. De meeste incassowerkzaamheden blijken hieraan te voldoen, zodat van lastgeving sprake is of op het incassodeel de bepalingen van lastgeving van toepassing zijn.

Een ander belangrijk aspect bij de incasso-overeenkomst vormen de beroeps- en gedragsregels. Beroepsregels hebben betrekking op de opleiding, benoeming, ordes/vereniging, tuchtrecht en dergelijke. Ze hebben geen invloed op de incasso-overeenkomst. Dit is anders met de

gedragsregels. Deze hebben onder meer betrekking op de zorgvuldige beroepsuitoefening en de verhouding met de opdrachtgever. De vraag is of de gedragsregels op enige wijze van toepassing zijn op de overeenkomst met de opdrachtgever. De literatuur geeft geen eenduidige antwoord. Sommige auteurs vinden de gedragsregels voor derden niet bindend. Alleen advocaten zouden er door worden gebonden. Anderen zien ze door de aanvullende werking deel uitmaken van de overeenkomst met de opdrachtgever. En weer anderen zien de gedragsregels als opgetekende groepsopvattingen of als voorschriften in de zin van de zorgplicht die de beroepsbeoefenaar bij de uitvoering van de overeenkomst in acht moet nemen. De civiele jurisprudentie geeft weinig uitsluitel en is bovendien controversieel. Het antwoord op de verbindendheid van de gedragsregels moet dan ook worden gezocht in de bevoegdheid van het opstellen en het doel van de regels. Gedragsregels die zijn opgenomen in reglementen of verordeningen zijn uitgevaardigd op grond van een gedelegeerde bevoegdheid van de overheid aan de orde. Hierbij is het legaliteitsbeginsel van belang. De orde heeft geen andere bevoegdheid dan door de wet is gegeven. In Nederland en België blijkt uit de wet dat de gedragsregels alleen voor de betreffende beroepsbeoefenaren gelden. Derden worden niet gebonden. Ook indirecte binding door middel van de aanvullende werking zou in strijd met het legaliteitsbeginsel zijn. De van verenigingswege opgestelde en ongeschreven gedragsregels zijn er om als leidraad te dienen bij de praktijkuitoefening. Ze zijn niet bestemd om deel uit te maken van de overeenkomst met de opdrachtgever. De conclusie is dan ook dat gedragsregels niet van toepassing zijn op de incasso-overeenkomst. Dit betekent niet dat zij geen invloed hebben op die overeenkomst. De meeste gedragsregels hebben betrekking op de uitvoering van de overeenkomst en geven inhoud aan de zorgplicht die de beroepsbeoefenaar in acht moet nemen.

7.4 Zorgplicht van partijen

208 Het merendeel van de verplichtingen die uit de incasso-overeenkomst voortkomen, is te scharen onder de zorgplicht die partijen hebben bij de uitvoering daarvan. De zorgplicht van advocaten en gerechtsdeurwaarders is nogal eens voorwerp van een civiele procedure of tuchtprocedure geweest. Civiel recht en tuchtrecht kunnen echter niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Overtreding van een tuchtnorm houdt niet automatisch overtreding van een civiele norm in. De doelstellingen van het civiele recht en tuchtrecht verschillen nogal. Tuchtrecht heeft betrekking op het publieke belang van een behoorlijke niveau van beroepsuitoefening en een bepaalde beroepsethiek, terwijl het civiele recht strekt tot opheffing van de schade die door de benadeelde is geleden. De civiele rechter toetst volledig en de tuchtrechter marginaal. Het verschil uit zich ook in de sancties. In het tuchtrecht worden maatregelen opgelegd zoals waarschuwing, berisping, schorsing of verwijdering uit het beroep, terwijl bij het civiele recht schadevergoeding wordt toegewezen. Ondanks de verschillen blijkt uit de jurisprudentie dat wanneer de tuchtnorm een zorgvuldigheidsnorm betreft die tevens de individuele belangen van de opdrachtgever beschermt, deze redelijk met de civiele zorgvuldigheidsnorm overeenkomt. Samen met de gedragsregels geven de uitspraken van de tuchtrechter dan ook een bruikbare invulling van de inhoud van de civiele zorgplicht weer. Ook kunnen uitspraken van de tuchtrechter en gedragsregels van andere incassanten mede inhoud geven aan de zorgplicht.

De zorgplicht van de incassant ligt in Nederland theoretisch voor alle incassanten gelijk. In de praktijk valt de zorgplicht voor advocaten en gerechtsdeurwaarders echter zwaarder uit, omdat de (algemene) gedragsregels en tuchtnormen ook voor de incassowerkzaamheden gelden. Sommige aspecten van de zorgplicht zoals informatievoorziening of financiële afwikkeling met de opdrachtgever zijn voor alle incassan-

ten gelijk. In België geldt hetzelfde voor minnelijke incasso. Voor gerechtelijke incasso kan geen vergelijking worden gemaakt, omdat advocaten zich uitsluitend bezig houden met incasso dat het gevolg is van een gerechtelijke procedure en gerechtsdeurwaarders van de tenuitvoerlegging van een vonnis.

Voor de incassanten is een aantal elementen van de zorgplicht aan de orde gekomen. Bij het zelfstandig maatregelen nemen kan de incassant zich niet beperken tot de opdracht, maar zal hij steeds maatregelen moeten nemen die van nut voor de zaak kunnen zijn, ook als de omstandigheden zich wijzigen. De beleidsvrijheid van de incassant is bij incasso klein en de ruimte voor het geven van nadere aanwijzingen door de opdrachtgever groot. Uitzonderingen zijn de werkzaamheden rond het voeren van een procedure en de tenuitvoerlegging van een vonnis. Hierbij heeft de incassant een grote mate van beleidsvrijheid. Een ander belangrijk element van de zorgplicht is de tussentijdse informatieplicht die de incassant heeft en waarmee de opdrachtgever op de hoogte gehouden wordt van de gang van zaken. Uitgangspunt is schriftelijke informatie. De incassant zal de opdrachtgever periodiek en uit eigen beweging moeten informeren. Van belangrijke stappen in het incassoverloop, zoals het eventueel aanvangen van een gerechtelijke procedure en een getroffen betalingsregeling zal de opdrachtgever ook op de hoogte moeten worden gebracht. Aan deze informatieplicht zullen alle incassanten in Nederland zich minimaal dienen te houden. In België is de informatieplicht minder zwaar. Incassanten behoeven de opdrachtgever niet routinematig te informeren, tenzij er afwijkende of belangrijke stappen in het incassoverloop zijn te melden. Redelijke verzoeken van de opdrachtgever moeten altijd worden beantwoord. Alle incassanten hebben een tussentijdse afdrachtplicht. Het maken van afspraken daarover met de opdrachtgever is van belang. In het algemeen dienen incassanten alle ontvangsten binnen een maand aan de opdrachtgever door te betalen waarbij in overleg met hem de gedane verschotten en incasso-

provisie in rekening kunnen worden gebracht. Het zonder toestemming van de opdrachtgever inhouden van bedragen voor toekomstige kosten is onjuist. Een element van de zorgplicht dat in het verlengde van de zelfstandig maatregelen nemen ligt, is de voortgang van de werkzaamheden. Incassanten dienen de zaken met de nodige voortvarendheid te behandelen. Drukke, ziekte of andere argumenten zijn geen excuus. De incassant zal tijdig maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat hij in een dergelijke situatie raakt of om deze op te lossen.

De zorgplicht van de opdrachtgever bleek minder zwaar te zijn dan die van de incassant. Bij twijfel zal de incassant zijn opdrachtgever moeten raadplegen. Desondanks zal de opdrachtgever bepaalde spelregels in acht moeten nemen. Hij moet tijdens het incasso rechtstreeks gedane betalingen en afspraken doorgeven en zelf geen contact met de schuldenaar zoeken.

7.5 De afrekening bij het einde van de incasso-overeenkomst

209 In de afrekening die de incassant aan het einde van de incasso-overeenkomst opmaakt, dient hij rekening en verantwoording af te leggen. De rekening houdt onder meer in een specificatie van de ontvangsten, uitgaven en kosten en het meesturen van belangrijke stukken. Verantwoording zal blijken uit de eerder gevoerde correspondentie of uit de toelichting in de afrekening zelf. De afrekening zal eveneens de incassokosten inhouden die de schuldenaar in rekening werden gebracht. De berekening van de incassokosten is in Nederland lange tijd controversieel geweest. Ten tijde van het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek werden de incassokosten nogal eens door de rechter afgewezen of gematigd. Zo werden niet overeengekomen incassokosten bijna altijd afgewezen, werd de toepasselijkheid van het incassobeding kritisch bekeken of moest de schuldeiser de incassowerkzaamheden stellen of bewijzen. Maar met name de omvang van de incassokosten

werd gematigd, omdat de rechter de proportionele tarieven te hoog vond in relatie tot de werkzaamheden die waren verricht. Van een eenheid in de jurisprudentie was echter geen sprake. Door het uitvaardigen van een richtlijn door de Kring van kantonrechters, een arrest van de Hoge Raad over buitengerechtigde advieskosten en anticiperend op het toen nog in te voeren Nieuw Burgerlijk Wetboek kwam daar langzamerhand verandering in. Thans worden de incassokosten vrijwel altijd toegewezen. De incassokosten moeten echter aan een dubbele redelijkheidstoets voldoen, waarbij het *maken* en de *omvang* redelijk dient te zijn. Incassokosten berekend conform het calculatieschema van de Nederlandse orde van advocaten voldoen aan het laatste criterium. Het rapport van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) die met afwijkende tarieven komt, doet hieraan afbreuk. Enkele rechtbanken en hoven hebben de aanbevelingen van dit rapport overgenomen. In de praktijk blijkt de invloed van het rapport tot nu toe minimaal.

In België werd in de jurisprudentie en doctrine een discussie gevoerd over de geldigheid van een beding waarbij het honorarium van een advocaat aan de schuldenaar kon worden doorberekend. Een dergelijke clause werd door het Hof van Cassatie geldig geacht indien het verweer niet redelijk noch aannemelijk was en later - na wetswijziging - werd ieder beding als ongeschreven beschouwd. Een schadebeding met een gefixeerde schade die verschuldigd was bij wanprestatie, wordt wel geldig geacht, tenzij het buitensporig hoog is. Niet overeengekomen kosten van invordering worden echter niet toegewezen.

De opdrachtgever is loon aan de incassant verschuldigd. Het is in Nederland gebruikelijk om dit loon, de incassoprovisie, over het geïncasseerde bedrag te berekenen. In de meeste gevallen zal dit even hoog zijn als de incassokosten die aan de schuldenaar zijn doorberekend. Partijen kunnen echter een ander tarief overeenkomen. Zo niet, dan is het tarief van het calculatieschema het op de gebruikelijke wijze berekende loon of het redelijke loon dat door de rechter wordt vastgesteld.

In België wordt ondanks andersluidende bepalingen bij lastgeving aangenomen dat er loon verschuldigd is. Gerechtsdeurwaarders moeten zich aan de wettelijke tarieven houden. Bij minnelijke incasso gelden de overeengekomen tarieven of de tarieven die door de beroepsvereniging zijn voorgeschreven. Dit geldt ook voor de andere incassanten. De rechter kan zonodig het redelijke loon vaststellen, behalve bij advocaten waar slechts een marginale toetsing mogelijk is. Verder moet de incassant bij een voortijdige beëindiging van de werkzaamheden zijn loon beperken. Hij heeft de keuze tussen het aantal bestede uren of een procentueel deel van de incassoprovisie. Er zijn echter omstandigheden denkbaar dat de volledige incassoprovisie doorberekend kan worden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de schuldenaar de schuldvordering rechtstreeks aan de opdrachtgever gaat betalen. In afwijking tot de incassoprovisie die gerechtsdeurwaarders in Nederland aan hun opdrachtgevers in rekening brengen, werd aan andere incassanten een apart tarief in rekening gebracht voor de incassowerkzaamheden die in het verlengde van de ambtelijke werkzaamheden liggen. Er waren twee soorten tarieven: een laag tarief voor advocaten en gerechtsdeurwaarders en een hoog tarief voor de andere incassanten. Deze tarieven konden niet aan de schuldenaar worden doorberekend. Het tarief geldt niet meer, maar waarschijnlijk zal hierdoor de praktijk van het in rekening brengen van de (verschillende) afwikkellingskosten niet veranderen. Het is wenselijk dat er één tarief komt, zoals in België, dat ook aan de schuldenaar kan worden doorberekend. Naast het loon zijn de onkosten van belang. Veel van deze kosten, zoals proceskosten en exploitkosten zullen aan de schuldenaar worden doorberekend. Er zijn echter kosten die voor rekening van de incassant of voor rekening van de opdrachtgever komen. De overeenkomst, het gebruik of de redelijkheid en billijkheid zullen hier uitsluitsel over moeten geven. Algemene kosten zullen meestal in het loon zijn inbegrepen, specifieke kosten echter niet. In België zullen de meeste onkosten aan de opdrachtgever worden doorberekend.

7.6 Beroepsaansprakelijkheid

210 Bij incasso zal in het geval van een beroepsfout meestal sprake zijn van wanprestatie. Slechts als een algemene zorgvuldigheidsplicht wordt geschonden die los staat van de contractuele verplichtingen is er samenloop met onrechtmatige daad. In België kan dan slechts de buitencontractuele schade worden gevorderd, tenzij er sprake is van overtreding van een zorgvuldigheidsnorm waarop een strafrechtelijke sanctie staat. De verschillen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad kunnen van invloed zijn op de aansprakelijkheid en de toewijzing in rechte. Bij een resultaatsverbintenis staat wanprestatie zonder meer vast indien de prestatie niet is geleverd. Dit is bij incasso het geval indien een bepaald resultaat is toegezegd of logischerwijze uit de opdracht blijkt. Meestal zal bij incasso sprake zijn van een inspanningsverbintenis waarbij een bepaalde inspanning moet worden verricht. Bij beroepsaansprakelijkheid zal moeten worden nagegaan of die inspanning voldoende is geweest. Hiervoor heeft de rechter de maatstaf van *een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot* geformuleerd waaraan de inspanning van de beroepsbeoefenaar (volledig) wordt getoetst. In België wordt de maatstaf anders geformuleerd, maar het resultaat komt op hetzelfde neer. De maatstaf bestaat uit twee elementen: bekwaamheid en zorg. Bekwaamheid van de incassant houdt in dat hij op de hoogte moet zijn van relevante juridische regels en incassomethodieken. Bij zorg valt te denken aan de zorgvuldigheid die de incassant in acht behoort te nemen, zoals het zelfstandig maatregelen nemen, de beleidsvrijheid, het opvolgen van aanwijzingen, tussentijdse informatie- en afdrachtplicht en de voortgang van de werkzaamheden. Deze zijn reeds in § 4.2 aan de orde geweest. Daarnaast dient de incassant de opdrachtgever te wijzen op risico's die bepaalde acties met zich mee brengen en op de kosten die mogelijk in rekening kunnen worden gebracht. In het algemeen zal de incassant onnodige risico's voor de opdrachtgever moeten vermijden.

Een belangrijk aspect voor toewijzing van schadevergoeding is de aanwezigheid van causaal verband tussen gebeurtenis en schade. In Nederland heeft het causaal verband op veel belangstelling in de literatuur kunnen rekenen. Sinds 1970 past de Hoge Raad de zogenaamde theorie van toerekening naar redelijkheid toe. Deze theorie is in het huidige Burgerlijk Wetboek als toerekeningstheorie overgenomen. Uitgangspunt is het *conditio sine qua non*-verband, waarbij wordt nagegaan of de schade ook zou zijn opgetreden indien de gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Nadat dit is vastgesteld kan de schade aan andere factoren van het causaal verband worden getoetst, zoals de voorzienbaarheid, de aard van de overtreden norm, de aard van de schade, de betrokken persoon en de aanwezigheid van een verzekering. Uit de jurisprudentie blijkt dat bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen een bijzondere gevarenfactor wordt ingebracht waarvoor de veroorzaker het risico moet dragen. Het causaal verband is dan behoudens tegenbewijs gegeven. Bij notarissen en artsen is het inbrengen van een gevarenfactor, een aanmerkelijke verhoging van risico, soms ook aanwezig. Dit zijn bij beroepsaansprakelijkheid echter uitzonderingen. Meestal zal de opdrachtgever het causaal verband moeten aantonen. In België heeft het causaal verband een veel beperktere betekenis. Omvang en voorzienbaarheid van de schade vallen er niet onder, terwijl het causaal verband in principe slechts hoeft te voldoen aan het *conditio sine qua non*-verband. De rechter kan echter in sommige omstandigheden van deze regel afwijken.

Bij de beroepsaansprakelijkheid van een incassant komt meestal slechts vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. De schade kan bestaan uit de niet-geïncasseerde bedragen en de kosten die de opdrachtgever heeft moeten maken. Het is echter niet zeker of de schuldvordering volledig op de schuldenaar verhaald had kunnen worden. De rechtspraak in Nederland lost dit dilemma op door de bewijslast van het causaal verband bij de opdrachtgever of bij de incassant te

leggen. In het geval sprake is van gevaarzetting (zie hierboven) zal de bewijslast bij de incassant liggen, in de andere gevallen bij de opdrachtgever. In de praktijk betekent dit dat de incassant meestal vrijuit gaat, omdat de opdrachtgever niet slaagt in het bewijs. In België wordt het verlies van een kans algemeen als vermogensschade gewaardeerd. In Nederland werd dit een enkele keer door de rechtspraak toegepast. Met zijn arrest van 24 oktober 1997 lijkt de Hoge Raad het waarderen van een verlies van een kans mogelijk te maken. Het is gewenst dat de rechtspraak deze zal gaan toepassen. De waardering van een verlies van een kans werkt immers veel redelijker dan de 'alles of niets-benadering'. Dit geldt zeker voor incasso waarbij de kans op het incasseren goed in te schatten en op geld te waarderen is.

7.7. Conclusie

211 Incasso is een tamelijk onbekend fenomeen. Ook ingewijden zijn niet altijd op de hoogte van de (juiste) juridische consequenties. Wat zijn bijvoorbeeld de verplichtingen die uit de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en incassant voortvloeien en wat houdt de beroepsaansprakelijkheid van de incassant in? In dit boek is geprobeerd om op deze vragen antwoord te geven. Belangrijke gevolgtrekkingen zijn dat de incasso-overeenkomst lastgeving is en dat gedragsregels die betrekking hebben op de uitvoering van de werkzaamheden door middel van de zorgplicht invloed op de incasso-overeenkomst hebben. Geschreven en ongeschreven gedragsregels voor bepaalde incassanten hebben zelfs invloed op de zorgplicht van andere incassanten. Mede hierdoor is de civiele zorgplicht voor alle incassanten min of meer gelijk. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de tussentijdse afdracht- en informatieplicht. Deze plichten zijn eveneens van belang bij het einde van de incasso-overeenkomst, met name bij de afrekening waarin een volledige rekening en verantwoording door de incassant moet worden gegeven. Bij de

uitvoering van de incasso-overeenkomst kan de incassant een fout maken. Hierbij zal meestal sprake zijn van wanprestatie. Wanprestatie houdt niet automatisch in dat de incassant schadevergoeding dient te betalen. De opdrachtgever zal schade moeten lijden en deze schade zal bovendien in causaal verband met de fout moeten staan. De opdrachtgever zal hiervan in de meeste gevallen het bewijs moeten leveren. In dit boek wordt dan ook gepleit om het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen. Op deze wijze kan de opdrachtgever genoegdoening krijgen in het geval de incassant een fout heeft gemaakt.

7 Résumé et conclusion

7.1 Introduction

205 Encaissement est l'action de prendre des mesures (juridiques) afin d'encaisser une créance à faire valoir contre le débiteur. Bien que l'encaissement puisse être effectué par le créancier lui-même, il s'agit ici de l'encaissement effectué par un tiers, appelé l'encaissant. Dans la plupart des cas, c'est un avocat, un huissier de justice ou un bureau d'encaissement. Cette recherche est centrée sur les obligations qui ressortent du rapport juridique de l'encaissant avec le commettant, ainsi que sur la responsabilité professionnelle éventuelle qui en peut ressortir. Tous les éléments de la recherche sont comparés avec la situation en Belgique.

7.2 La pratique d'encaissement

206 Pour se former une bonne idée d'encaissement, de divers aspects pratiques sont importants: les conditions sous lesquelles l'encaissement a lieu, les méthodes d'encaissement et les professionnels qui s'occupent d'encaissement. Par rapport aux années soixante du siècle dernier, l'encaissement se révèle plus impersonnel et plus anonyme et les débiteurs déplorent moins d'être endettés. Par contre, l'encaissement est toujours ressenti comme négatif. Une raison importante pour cela est la façon d'agir de certains bureaux d'encaissement véreux. Il n'y a pas de règles spécifiques à remplir pour les bureaux d'encaissement, afin que tout un chacun puisse établir un bureau d'encaissement. C'est pour cette raison qu'il est souhaitable que le gouvernement aux Pays-Bas et en Belgique rédige des règles pour l'encaissement. Ces règles devraient se rapporter aux conditions d'admission dans la profession d'encaissant et les règles déontologiques auxquelles les encaissants doivent s'en tenir. En matière d'encaissement, les avocats et les huissiers de justice

devraient aussi s'en tenir (au moins) à ces règles. De l'attention spéciale devrait être prêtée à la position de l'huissier de justice. Il devrait faire la distinction claire avec ses activités officielles. Une solution possible serait de faire une séparation entre la pratique d'encaissement et la pratique officielle de l'huissier de justice. Cette distinction devrait être tenue clairement vers l'extérieur. Seulement l'encaissement comme conséquence directe de l'exécution du jugement peut être considéré comme une activité officielle.

En Belgique, quelques membres de la Chambre des Représentants ont déposé une proposition de loi pour restreindre les mauvaises pratiques de certains bureaux d'encaissement. Certaines actions inadmissibles ne devraient pas (plus) être effectuées et l'encaissement serait réservé uniquement aux avocats, aux huissiers de justice et aux détenteurs d'une reconnaissance du Ministre des Affaires Economiques.

En pratique, les encaissants manient globalement deux méthodes d'encaissement: la méthode amiable et la méthode judiciaire. La méthode amiable consiste à essayer d'inciter le débiteur à payer par voie de sommations, coups de téléphone et visites par l'encaissant. En cas de la méthode judiciaire, après la sommation le juge est fait intervenir et à la rigueur le jugement est exécuté. De cette façon, le débiteur est incité à payer ou la créance est récupérée sur ses biens ou ses revenus.

Une différence importante entre les Pays-Bas et la Belgique est la possibilité dont disposent les non-avocats aux Pays-Bas de mener une procédure auprès le juge de canton. En Belgique cette possibilité n'existe pas. Cela semble avoir eu une influence sur la pratique d'encaissement. C'est pour cette raison que les bureaux d'encaissement et les huissiers de justice en Belgique possèdent une partie beaucoup plus petite du marché d'encaissement que leurs collègues aux Pays-Bas. Les avocats y sont les encaissants les plus importants. Entre autres par les règles professionnelles et déontologiques plus strictes de

cette catégorie professionnelle, l'encaissement judiciaire est lié en pratique à des règles plus strictes qu'aux Pays-Bas, mais pour cette raison il est aussi moins flexible et moins commercial. En Belgique, les activités d'encaissement font partie des autres activités des avocats et des huissiers de justice. Pour les avocats, les activités d'encaissement relèvent des activités concernant le traitement des procédures, pour les huissiers de justice elles font partie des activités relativement à l'exécution des jugements. Seulement les activités d'encaissement amiable des huissiers de justice et des bureaux d'encaissement peuvent être distinguées.

Aux Pays-Bas, les avocats et les membres de l'Association Néerlandaise des Entreprises d'Encaissement (NVI) et en Belgique, les avocats, les huissiers de justice et les membres de l'Association Belge des sociétés de Recouvrement de créances (ABR) doivent être assurés contre la responsabilité professionnelle. Les autres encaissants peuvent se faire assurer volontairement. Toutefois, en général les encaissants fiables sont assurés.

7.3 L'accord d'encaissement

207 L'accord d'encaissement se compose d'un engagement d'effectuer les activités et un engagement de payer les honoraires. Le premier est en général une obligation de moyens. Il y a cependant aussi des engagements où l'encaissant doit être garant d'un certain résultat, ce qu'on appelle les obligations de résultat. Pour l'encaissement il s'agit par exemple de certaines actions que les parties ont convenu ou des actions qui pouvaient être attendues de l'encaissant, comme l'action d'envoyer la sommation et d'entamer la procédure judiciaire à temps. Les parties ont la liberté de contrat, mais celle-ci ne doit pas aller à l'encontre de la loi, des bonnes mœurs ou de l'ordre public. L'accord des parties est la base pour le contenu de l'accord, dont une partie peut

être placée dans les conditions générales. Les avocats et les huissiers de justice en Belgique n'emploient guère des conditions générales en pratique. Seulement les avocats limitent de temps en temps leur responsabilité professionnelle au montant pour lequel ils sont assurés. Aux Pays-Bas, par contre, la plupart des encaissants emploient des conditions générales. Dans les deux pays, les consommateurs sont protégés contre des conditions générales injustes. Pour l'encaissement, cela a peu d'importance pratique, vu que la plupart des commettants ne sont pas de consommateurs. L'accord d'encaissement peut être complété à la rigueur par la loi, la coutume ou la justice et l'équité. Il faut que l'exécution de l'accord soit juste et équitable – 'de bonne foi' en Belgique.

L'accord d'encaissement peut être qualifié plus précisément. Aux Pays-Bas, depuis l'adoption de Code Civil actuel, on considère que l'accord avec un encaissant est un accord de services. S'il est question d'un mandat, une espèce de l'accord de services, est moins évident. Cela ne serait pas le cas pour un accord avec un avocat, mais cela serait bien le cas pour un accord avec un bureau d'encaissement. En Belgique, les problèmes pour qualifier l'accord sont encore plus grands. Il n'y a pas un accord spécial de services, tandis que les accords avec l'avocat, l'huissier de justice ou le bureau d'encaissement ne sont pas qualifiés de la même façon. L'accord d'encaissement avec un avocat ou un huissier de justice n'est pas distingué séparément, tandis qu'en cas d'un bureau d'encaissement, il s'agirait de location d'entreprise ou d'entreprise d'ouvrage. Dans les deux pays il a aussi été étudié d'après le concept de mandat et les activités d'encaissement, de quelle manière l'accord d'encaissement peut être qualifié. Il est question de mandat lorsque l'obligation de passer des actes juridiques pour autrui est essentielle pour l'existence du mandat. La plupart des activités d'encaissement apparaissent de remplir cette condition, si bien qu'il est question de mandat ou que les conventions de mandat s'appliquent à la

partie d'encaissement.

Un autre aspect important de l'accord d'encaissement est formé par les règles professionnelles et déontologiques. Les règles professionnelles se rapportent à la formation, la désignation, les ordres/l'association, le droit disciplinaire, etcetera. Ces règles n'ont pas d'influence sur l'accord d'encaissement. Cela est différent pour les règles déontologiques. Celles-ci concernent entre autres l'exercice de la profession diligente et le rapport avec le commettant. La question est de savoir si les règles déontologiques sont d'une façon ou d'une autre applicable à l'accord avec le commettant. La littérature ne nous fournit pas une réponse univoque. Certains auteurs jugent les règles déontologiques pour tiers non-contraignant. Seulement les avocats y seraient liés. Pour des autres, elles font partie de l'accord avec le commettant par leur action complémentaire. Et des autres encore considèrent les règles déontologiques comme des idées de groupe consignés ou comme des prescriptions au sens du devoir de diligence que le professionnel doit respecter à l'exécution de l'accord. La jurisprudence civile nous donne peu de réponses définitives et est en plus controversable. Pour savoir dans quelle mesure les règles de conduite sont contraignantes, il faut examiner la compétence de rédiger ces règles et le but de celles-ci. Les règles déontologiques qui sont intégrées dans des règlements ou des ordonnances, ont été décrétées en vertu d'une compétence déléguée par le gouvernement à l'ordre. Ici, le principe de légalité est important. L'ordre n'a pas d'autre compétence que celle qui lui est donné par la loi. Aux Pays-Bas et en Belgique, il ressort de la loi que les règles déontologiques ne s'appliquent qu'aux professionnels concernés. Elles ne sont pas contraignantes pour des tiers. La contrainte indirecte par l'action complémentaire serait également contraire au principe de légalité. Les règles déontologiques rédigées par les associations ou les règles tacites sont donnés pour servir de fil conducteur pour la pratique. Elles ne sont pas destinées à

faire partie de l'accord avec le commettant. On peut donc conclure que les règles déontologiques ne s'appliquent pas à l'accord d'encaissement. Cela n'implique pas qu'elles n'auraient pas d'influence sur cet accord. La plupart des règles déontologiques se rapportent à l'exécution de l'accord et elles donnent de la signification au devoir de diligence que le professionnel doit remplir.

7.4 Le devoir de diligence des partis

208 La plupart des obligations qui résultent de l'accord d'encaissement, relèvent du devoir de diligence des partis à l'exécution de cet accord. Le devoir de diligence d'avocats et d'huissiers de justice a souvent fait l'objet d'une procédure civile ou disciplinaire. Le droit civil et le droit disciplinaire ne peuvent cependant pas être simplement assimilés. Une infraction à une norme disciplinaire n'implique pas automatiquement une infraction à une norme civile. Les objectifs du droit civil et du droit disciplinaire sont assez différents. Le droit disciplinaire vise à garantir l'intérêt public d'un niveau convenable d'exercice professionnel et une certaine déontologie, tandis que le droit civil tourne à la révocation des dommages subis par la partie lésée. Le juge civil examine le total, tandis que le juge disciplinaire examine de façon marginale. La différence concerne également les sanctions. Des sanctions disciplinaires varient d'un avertissement et d'un blâme à une suspension ou un renvoi de la profession, tandis que le droit civil fait droit à une indemnité. Malgré les différences, il ressort de la jurisprudence que lorsque la norme disciplinaire concerne une norme de diligence qui défend également les intérêts individuels du commettant, celle-ci correspond raisonnablement à la norme de diligence civile. Les règles déontologiques et les décisions du juge disciplinaire donnent ainsi un complément efficace pour la détermination du devoir de diligence civile. Les décisions du juge disciplinaire et les règles déontologiques d'autres encaissants peuvent également donner de la

signification au devoir de diligence.

Aux Pays-Bas, le devoir de diligence de l'encaissant est théoriquement pareil pour tous les encaissants. En pratique, le devoir de diligence est cependant plus lourd pour les avocats et les huissiers de justice, parce que les règles déontologiques et les normes disciplinaires (générales) s'appliquent également aux activités d'encaissement. Certains aspects du devoir de diligence comme la fourniture de renseignements ou le règlement financier avec le commettant, sont pareils pour tous les encaissants. En Belgique, le même vaut pour l'encaissement amiable. En ce qui concerne l'encaissement judiciaire, il est impossible de faire une comparaison, vu que les avocats s'occupent uniquement d'encaissement qui résulte d'une procédure judiciaire et que les huissiers de justice ne s'occupent que d'encaissement relativement à l'exécution d'un jugement.

Pour les encaissants, un nombre d'éléments du devoir de diligence a été traité. En prenant des mesures librement, l'encaissant ne peut pas se limiter aux ordres du commettant, mais il devra toujours prendre des mesures qui peuvent être utiles pour l'affaire, même si les circonstances changent. La liberté d'action de l'encaissant est petite, tandis que la marge du commettant pour donner des indications ultérieures est grande. Les activités concernant la procédure et l'exécution du jugement forment une exception: dans ces cas-là, l'encaissant a une grande liberté d'action. Un autre élément important de l'obligation de diligence est l'obligation de fournir des renseignements entre-temps de l'encaissant et qui permet le commettant d'être tenu au courant de la procédure. Le point de départ est l'information écrite. L'encaissant devra informer le commettant périodiquement et sans y être invité. Le commettant doit aussi être informé sur des démarches importantes dans la procédure d'encaissement, comme l'engagement d'une procédure judiciaire ou un règlement financier qui a été pris. Tous les encaissants aux Pays-Bas devront respecter au moins cette obligation de fournir des renseigne-

ments. En Belgique, cette obligation est moins lourde. Les encaissants ne doivent informer le commettant qu'en cas de démarches anormales ou importantes dans la procédure d'encaissement. En plus, ils doivent toujours répondre à des demandes légitimes du commettant.

Tous les encaissants sont obligés à virer entre-temps au commettant les montants reçus du débiteur. Il est important pour l'encaissant et pour le commettant de s'accorder sur cette obligation. En général, les encaissants doivent virer toutes les recettes au commettant dans un mois. En accord avec le commettant, ils peuvent facturer les avances et la commission d'encaissement de cette somme. Il n'est pas juste de déduire des montants pour des frais futurs sans l'autorisation du commettant. Un autre élément du devoir de diligence, qui se situe dans le prolongement du sujet de prendre des mesures librement, est la continuité des activités. Les encaissants doivent traiter l'affaire avec l'allant nécessaire. Le fait d'avoir trop d'occupations, d'être malade ou d'autres arguments encore ne sont pas d'excuses. L'encaissant devra prendre des mesures à temps pour éviter une telle situation ou pour la résoudre.

Il s'est avéré que le devoir de diligence du commettant est moins lourd que celui de l'encaissant. En cas de doute, l'encaissant devra consulter son commettant. Le commettant devra cependant respecter certaines règles du jeu. Durant la procédure d'encaissement il doit mettre l'encaissant au courant de paiements directs et de conventions et il ne peut pas prendre contact avec le débiteur.

7.5 Le règlement à la fin de l'accord d'encaissement

209 Le règlement que l'encaissant dresse à la fin de la procédure d'encaissement, doit contenir un compte et une justification. Le compte inclut entre autres une spécification des recettes, des dépenses et des frais et est accompagnée de pièces importantes. La justification ressortira de la correspondance entretenue antérieurement ou du commentaire dans le règlement lui-même. Le règlement contiendra également les frais

d'encaissement qui ont été facturés au débiteur. Le calcul des frais d'encaissement a été longtemps controversable aux Pays-Bas. A l'époque du Code Civil qui a été en vigueur jusqu'au premier janvier 1992, les frais d'encaissement furent assez souvent rejetés ou modérés par le juge. Ainsi, des frais d'encaissement non-convenus furent presque toujours rejetés, la justesse de la clause d'encaissement fut considérée d'un œil critique ou le créancier dût affirmer ou prouver les activités d'encaissement. Mais les frais d'encaissement furent surtout modérés, parce que le juge jugeait les tarifs proportionnels trop élevés en rapport avec les activités effectuées. La jurisprudence n'était cependant pas unanime. Suite à la promulgation d'une directive du Cercle des juges de canton, un arrêt de la Cour de Cassation sur les frais consultatifs extrajudiciaires et anticipant sur le Nouveau Code Civil, cette situation a progressivement changé. Aujourd'hui, les frais d'encaissement sont presque toujours accordés. Ces frais sont cependant confrontés à une épreuve de la double justice pour examiner s'il était juste de les *faire* et si le *montant* est juste. Les frais d'encaissement qui sont calculés conformément au schéma de calcul de l'ordre néerlandais d'avocats, répondent à ce dernier critère. Ceci est terni par le rapport de l'Association Néerlandaise de la Juridiction (NVvR), qui présente des tarifs divergents. Quelques tribunaux et cours ont repris les recommandations de ce rapport. En pratique, l'influence de ce rapport s'avère minime jusqu'à présent.

En Belgique, il y avait une discussion dans la jurisprudence et la doctrine sur la validité d'une clause selon laquelle les honoraires d'un avocat pouvaient être facturés au débiteur. Une telle clause fut jugé valable si la défense n'était ni juste ni plausible et plus tard – après une modification de la loi – toute clause fut considérée comme non écrite. Une clause de dommage avec un dommage fixé qui était redevable en cas de non-exécution, est jugé valable à moins qu'elle ne soit pas excessivement élevée. Des frais d'encaissement non-convenus ne sont

cependant pas accordés.

Le commettant doit du salaire à l'encaissant. Aux Pays-Bas il est d'usage de prélever ce salaire, la commission d'encaissement, du montant encaissé. Dans la plupart des cas, cette commission correspondra aux frais d'encaissement facturés au débiteur. Les partis peuvent cependant convenir un autre tarif. Sinon, c'est le tarif du Schéma de calcul des avocats qui forme le salaire calculé conformément à l'usage ou le salaire juste fixé par le juge. En Belgique, on présume, malgré des stipulations de contenu différent en cas de commission, que du salaire est dû. Les huissiers de justice sont tenus aux tarifs légaux.

En cas d'encaissement amiable, les tarifs convenus ou les tarifs prescrits par l'association professionnelle sont en vigueur. Ceci vaut également pour les autres encaissants. A la rigueur, le juge peut fixer le salaire juste, sauf pour les avocats pour qui uniquement un contrôle marginal est possible. En plus, l'encaissant doit réduire son salaire en cas d'une cessation précoce. Il a le choix entre une rémunération du nombre d'heures employées ou un montant proportionnellement à la provision d'encaissement. Il y a pourtant des situations possibles dans lesquelles toute la commission d'encaissement peut être facturée. Ceci est entre autres le cas lorsque le débiteur règle la créance directement au commettant. Contrairement à la commission d'encaissement facturée aux commettants, les huissiers de justice aux Pays-Bas facturaient un tarif spécial aux autres encaissants, c'est à dire les commettants qui s'occupent d'encaissement à titre professionnel, pour les activités d'encaissement qui se situent dans le prolongement des activités officielles. Il y avait deux sortes de tarifs: un tarif réduit pour les avocats et les huissiers de justice et un tarif élevé pour les autres encaissants. Ces tarifs ne pouvaient pas être facturés au débiteur. Le tarif n'est plus appliqué, mais le problème persiste. Il est souhaitable qu'il y ait un seul tarif, comme c'est le cas en Belgique, qui peut être facturé au débiteur. Non seulement le salaire, mais aussi les dépens sont importants. Une

bonne partie de ces dépens, comme les frais de procès et les frais d'exploit seront facturés au débiteur. Il y a pourtant des frais qui sont à la charge de l'encaissant ou du commettant. Le contrat, l'usage ou la justice et l'équité devront fixer sur ce sujet. Dans la plupart des cas, les frais généraux seront compris dans le salaire, ce qui ne vaut cependant pas pour les frais spécifiques. En Belgique, la plupart des dépens seront facturés au commettant.

7.6 Responsabilité professionnelle

210 En cas d'une faute professionnelle dans le domaine de l'encaissement, il s'agira dans la plupart des cas de non-exécution. Seulement si l'erreur implique une violation de l'obligation de diligence générale qui est dissociable des obligations contractuelles, il s'agit d'une jonction avec un acte illicite. En Belgique on peut en ce cas seulement exiger d'être dédommagé des dommages hors contract, à moins qu'il ne soit pas question d'une violation d'une norme de diligence à laquelle est liée une sanction pénale. Les différences entre la non-exécution et l'acte illicite peuvent avoir une influence sur la responsabilité et sur l'assignation en justice. En cas d'un engagement de résultat, la non-exécution est absolument sûre si l'obligation n'a pas été exécutée. Pour l'encaissement, ceci est le cas lorsqu'un certain résultat a été promis ou ressort logiquement de la commission. En cas d'encaissement, il s'agira dans la plupart des cas d'une obligation de moyen ce qui implique qu'un certain effort doit être fait. En cas de responsabilité professionnelle, il faut examiner si cet effort a été suffisant. A cette fin, le juge néerlandais a formulé un critère d'*un confrère équitablement compétent et agissant* au moyen duquel l'effort du professionnel est (totalement) examiné. En Belgique ce critère est formulé en d'autres termes, mais le résultat revient au même. Le critère est composé de deux éléments: compétence et diligence. La compétence de l'encaissant implique que celui-ci doit être au courant des règles juridiques et de la méthodologie

d'encaissement relevant. La diligence que l'encaissant doit respecter concerne entre autres le fait de prendre des mesures librement, la liberté d'action, l'observation des indications, l'obligation intérimaire de fournir des renseignements et l'obligation de virer entre-temps les montants reçus du débiteur au commettant et la continuité des activités. Ces sujets ont déjà été traités en § 4.2. En plus, l'encaissant doit signaler au commettant les risques que certaines actions entraînent et les frais qui peuvent éventuellement être facturés. En général, l'encaissant devra éviter des risques inutiles pour le commettant.

Un aspect important pour l'assignation d'indemnisation est l'existence d'un rapport causal entre l'événement et les dommages subis. Aux Pays-Bas, le rapport causal a eu beaucoup d'attention dans la littérature. Depuis 1970, la Cour de Cassation applique la «théorie d'imputation selon équité». Cette théorie a été reprise dans le Code Civil actuel comme théorie d'imputation. Le point de départ est le rapport *condition sine qua non*, où on examine si les dommages se seraient aussi présentés si l'événement n'avait pas eu lieu. Après que ceci a été déterminé, les dommages peuvent être examinés d'après d'autres facteurs du rapport causal, comme la prévisibilité, les caractéristiques de la norme violée, les caractéristiques des dommages, la personne intéressée et l'existence d'une assurance. Il s'avère de la jurisprudence qu'en cas d'une violation des normes de la circulation et de sécurité, le responsable a créé un danger particulier pour lequel il doit assumer les responsabilités financières. Dans ce cas, sauf preuve contraire, le rapport causal est donné. L'introduction d'un facteur de risques, une augmentation de risque considérable, se présente parfois aussi pour les notaires et les médecins. Ce sont toutefois des exceptions en ce qui concerne la responsabilité professionnelle. Dans la plupart des cas, le commettant devra démontrer le rapport causal. En Belgique, le rapport causal a une signification beaucoup plus limitée. L'ampleur et la prévisibilité des dommages n'en relèvent pas, tandis qu'en principe le

rapport causal ne doit remplir que le rapport *condition sine qua non*. Dans certaines situations le juge peut cependant s'écarter de cette règle.

La responsabilité professionnelle d'un encaissant ne comporte dans la plupart des cas qu'une indemnité pour les dommages patrimoniaux. Les dommages peuvent être composés de montants non-encaissés et de frais faits par le commettant. Il n'est cependant pas sûr si la créance avait pu être facturé complètement au débiteur. La juridiction aux Pays-Bas résout ce dilemme en assignant la charge de la preuve du rapport causal au commettant ou à l'encaissant. Dans le cas où il serait question d'une création de danger (voir ci-dessus), la charge de la preuve incombera à l'encaissant, dans les autres cas cette charge incombera au commettant. En pratique, cela implique que dans la plupart des cas, l'encaissant s'en tire impunément, parce que le commettant n'arrive pas à représenter des preuves. En Belgique, la perte d'une chance est considéré en général comme dommages patrimoniaux. Aux Pays-Bas, ceci a été appliqué quelques fois par la juridiction. L'arrêt de la Cour de Cassation du 24 octobre 1997 semble permettre la considération de la perte d'une chance. Il est souhaitable que la juridiction appliquera cet arrêt. Cette considération est en effet beaucoup plus raisonnable que l'approche 'tout ou rien'. Ceci vaut particulièrement pour l'encaissement, où l'occasion d'encaisser est facile à estimer et dont la valeur peut facilement être exprimée en argent.

7.7 Conclusion

211 L'encaissement est un phénomène assez inconnu. Même les initiés ne sont pas toujours au courant des conséquences juridiques (justes). Quelles sont par exemple les obligations qui ressortent du rapport juridique entre le commettant et l'encaissant et qu'est-ce qu'implique la responsabilité professionnelle de l'encaissant? Dans ce livre on a tenté de répondre à ces questions. Il y a quelques conclusions importantes, comme le fait que l'accord d'encaissement soit un mandat et que les

règles déontologiques relativement à l'exécution des activités aient une influence sur l'accord d'encaissement par le devoir de diligence. Des règles déontologiques écrites et tacites pour certains encaissants ont même une influence sur le devoir de diligence d'autres encaissants. C'est entre autres pour cette raison que le devoir de diligence civil est plus ou moins pareil pour tous les encaissants. Par exemple, cela est le cas pour l'obligation de virer entre-temps au commettant les montants reçus du débiteur et pour l'obligation de fournir des renseignements entre-temps. Ces obligations sont également importantes à la fin de l'accord d'encaissement, surtout pour le règlement dans lequel l'encaissant doit donner un compte et une justification complète. En exécution de l'accord d'encaissement, il est possible que l'encaissant commette une faute. Il s'agira alors dans la plupart des cas d'une non-exécution. La non-exécution n'implique pas automatiquement que l'encaissant doit payer une indemnisation. Le commettant devra subir un dommage et en plus ce dommage devra former un rapport causal avec la faute commise. Dans la plupart des cas, le commettant en devra fournir la preuve. C'est pour cette raison que dans ce livre on plaide pour l'application de la considération de la perte d'une chance. De cette façon, le commettant peut obtenir réparation dans le cas où l'encaissant commettrait une faute.

Literatuurlijst

- 'Aanvulling buitengerechtelijke kosten (nr. II)', 1999, in *Advocatenblad* 1999, 685.
- Adriaens, Johan (red.), 2000, *Slechte betalers; hoe preventief optreden en een onbetaalde factuur toch geïnd krijgen?* (Leuven: Indicator).
- Akkermans, A.J., 1997a, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss.; Deventer: Tjeenk Willink).
- Akkermans, A.J., 1997b, 'Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband' in *Tussen 'Alles' en 'Niets'; van toedeling naar verdeling van nadeel*, W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.) (Deventer: Tjeenk Willink), 105-115.
- Akkermans, A.J., 1998, 'Schadevergoeding voor verloren proceskans in *Advocatenblad* 1998, 559-560.
- Akkermans, A.J., 1999, 'Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?' in *Verkeersrecht* 1999, 65-69.
- Akkermans, Arno, 2000, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid' in *Proportionele aansprakelijkheid*, Arno Akkermans, Michael Faure en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 85-134.
- Akkermans, P.W.C. en A.K. Koekkoek (red.), 1992, *de Grondwet* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- De algemene raad der Nederlandse orde van advocaten, 1959, 'Het ontwerp-praktizijns wet' in *Advocatenblad* 1959, 75-87.
- 'Algemene raad; Ondersteuning ontheffingsverzoek Reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk deurwaarders', 1993, in *Advocatenblad* 1993, 527.
- Algra N.E. en H.R.W. Gokkel, 1997, *Verwijzend en verklarend juridisch woordenboek* (tiende druk; Alphen aan den Rijn: Samson en Tjeenk Willink).
- Almelo, Lex van, 1988, 'Over geldinners en wanbetalers: "je moet je

- dreigementen wel waarmaken" ' in *De Tijd* 5 februari 1988, 18-23.
- Almelo, Lex van, 2001, 'Kleinere advocatenkantoren vinden zich groot genoeg; niet bij winst maken alleen' in *Advocatenblad* 2001, 344-347.
- Artikelsgewijze commentaar op (artikel Ger. W.): *Gerechtelijk recht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van de rechtspraak en rechtsleer*, R. de Corte, P. Depuydt, J. Laenens etc. (red.) (losbladig; Antwerpen:Kluwer).
- Asser-Coehorst, 1988, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: bijzondere overeenkomsten: Overeenkomst van opdracht arbeidsovereenkomst aanneming van werk* (5 III; zes druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Asser-Hartkamp, 1992, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen* (4 I; negende druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Asser-Hartkamp, 1998, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet* (4 III; tiende druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Asser-Hartkamp, 2000, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen* (4 I; elfde druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Asser-Hartkamp, 2001, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: verbintenissenrecht, algemene leer der overeenkomsten* (4 II; elfde druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Asser-Kortmann, 1994, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, bijzondere overeenkomsten, overeenkomst van opdracht arbeidsovereenkomst aanneming van werk* (5 III; zevende druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- 'Belgisch wetsontwerp tegen de zaakwaarnemerij', 1940, in *Advoca-*

- tenblad* 1940, 20-24.
- Barendrecht, J.M., 1999, 'De schimmige status van het advies; naar een privaatrechtelijke regeling van de verplichtingen van adviseurs' in *NJB* 1999, 1361-1370.
- Barendrecht, J.M. en E.J.A.M. van den Akker, 1999, *Informatieplichten van dienstverleners* (Deventer: Tjeenk Willink).
- Barendrecht, J.M. en W.C.T. Wetering, 2000, 'Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen' in *Advocatenblad* 2000, 435-451.
- Berkel, B., 1948, 'Samenwerking tussen advocaten en deurwaarders' in *Justitia* 1948, 17-20 en in *NJB* 1948, 559-562.
- Best de, A.E., 2000, 'Procesrecht; Kracht beslissing Landelijke Tuchtkamer' in *Executief* 2000, 57.
- 'Betalen of anders', 1998 in *Consumentengids* (nr. 1; Den Haag: Consumentenbond), 38-40.
- Bijzondere contracten (vermelding auteur): *Bijzondere contracten*, A.P.A. de Klerk-Leenen en B. Wessels (red.) (losbladig; Deventer: Kluwer).
- Bijzondere overeenkomsten (vermelding auteur): *Bijzondere overeenkomsten*, A.P.A. de Klerk-Leenen e.a. (red.) (losbladig; Deventer: Kluwer).
- Blankenburg, E.R. en J.R.A. Verwoerd, 1987, 'Vermijden en benutten van civielrechtelijke procedures in Nederland en omliggende landen' in *Justitiële verkenningen* maart/april 1987, 20-35.
- Bloembergen, A.R., 1980, 'De invloed van verzekeringen' in *NJB* 1980, 174-183.
- Bloembergen, A.R., 1995, *Ubi iudicia deficiunt incipit bellum: het beroep op de rechter in onze volgroeide rechtsstaat* (Rechtspleging in balans; Arnhem: Gouda Quint).
- Bloembergen A.R. e.a., 1998, *Rechtshandeling en overeenkomst* (Stu diereeks burgerlijk recht; Deventer: Kluwer).

- Blom, Robert J., z.j., *Betalen en betaald worden: de ontwikkeling van het betalingsverkeer* (Amsterdam/Den Haag: Craydon).
- Bocken, H., 1988, 'Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek' in *T.B.B.R.* 1988, 268-300.
- Boeck, Annick de, 2000, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten; grondslagen, draagwijdte en sancties* (diss.; Antwerpen/Groningen: Intersentia).
- Boekman, S., 1983, 'De juridische verhouding tussen advocaat en cliënt' in *Het beroep onder de loep*, Jonge Balie Congres 1983, Congresbundel (Zwolle: Tjeenk Willink), 1-10.
- Boekman, S., 1993, *Het huidige advocatentuchtrecht: in de beslissingen van het Hof van Discipline* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Boekman, S., 1998, *Het huidige advocatentuchtrecht: in de beslissingen van het Hof van Discipline* (tweede druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Boeles, P., 1983, 'Zevenenveertig gedragsregels' in *Het beroep onder de loep*, Jonge Balie Congres 1983, Congresbundel (Zwolle: Tjeenk Willink), 11-33.
- Boer, A.N.A.G., 1994, 'Buitengerechtelijke incassokosten en een korte vooruitblik op het nieuwe incassogeding' in *TvC* 1994, 5-14.
- Böhmer, L., 1999, 'Exonereert de advocaat verkeerd?' in *Advocatenblad* 1999, 73-75.
- Bolt, A.T. en J. Spier, 1996, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Preadvies; Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Bondt De, Walter, 1985, *De leer der gekwalificeerde benadeling* (Antwerpen: Kluwer).
- Bondt De, W., 1997, 'Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven' in *R.W.* 1996-97, 1001-1017.
- Borgerhoff Mulder, W.J., 1981, 'Het gerechtelijk incasso van geldvorde-

- ringen' in *Advocatenblad* 1981, 419-421.
- Borgerhoff Mulder, W.J., 1983, 'Nogmaals het gerechtelijk incasso van geldvorderingen' in *Advocatenblad* 1983, 113-116.
- Brauw de, P.J.W., 1980, 'Het ontwerp gedragsregels' in *Advocatenblad* 1980, 33-37.
- Briers, Marcel, 1990, *De minnelijke invordering* (voor intern gebruik; Brussel: Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders).
- Briers, Marcel, 2001, *Executief* 2001, 109-111.
- Brinkman, Herma J., 1958, 'Overpeinzingen naar aanleiding van het ontwerp praktizijnswet' in *Advocatenblad* 1958, 552-554.
- Brockmans, Hans, 1989, 'De mr en zijn gasten' in *Advocatenblad* 1989, 127-129.
- Brunner, C.J.H., 1974, 'De opdracht (Ontwerp boek 7, titel 7)' in *WPNR* 5285, 783-791 en 5286, 803-808.
- Brunner, C.J.H., 1981, 'Causaliteit en toerekening van schade' in *Verkeersrecht* 1981, 210-217 en 233-236.
- Brunner, C.J.H., 1995, 'Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?' in *Ars Aequi* 1995, 932-941 en, 1996, in *beroepsaansprakelijkheid* (Nijmegen: Ars Aequi Libri), 105-118.
- Buik, Bram, 1999, 'Gecertificeerd incasseren' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 115.
- 'Buitengerechtelijke kosten', 1989, in *Trema* 1989, 279-283.
- 'Buitengerechtelijke kosten (2)', 1999, in *Advocatenblad* 1999, 622-623.
- Collegevergadering, 1995, 'Bye, Bye, Balie?' in *Advocatenblad* 1995, 852-854.
- Consumentenbond, 1992, *Het nieuwe klantenrecht 1993* (Baarn: Bosch & Keuning/Den Haag: Consumentenbond).
- Consumentenbond, 1993, 'De twee petten van de deurwaarder: "officiële" en andere hoedanigheid vaak moeilijk te onderscheiden' in *Consumenten-geldgids* januari 1993, 12-17.
- Cornelis, Ludo, 2000, *Algemene theorie van de verbintenissen* (Antwerpen-

- Groningen: Intersentia).
- Crébolder, L.E.G.M., 1990, 'Het woord is aan de lezer; Buitengerech-
telijke incassokosten' in *Advocatenblad* 1990, 421.
- Dalcq, Roger-O. e.a., 1983, *Responsabilité et réparation des domma-
ges* (Brussel: Editions du jeune barreau).
- Dam van, C.C., 2000, *Aansprakelijkheidsrecht* (Den Haag: Boom).
- Deinse, J.F. van, 1955, 'Op de verkeerde weg' in *Advocatenblad* 1955,
302-304.
- Demuynck, Inge, 1998, 'De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke
bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije
beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?' in *R. W. 1997-
1998*, 1313-1135 en 1345-1369.
- Demuynck, Inge, 1999, 'De nieuwe wet op de strafbedingen: het mati-
gingsrecht gelegaliseerd' in *R. W. 1999-2000*, 105-111.
- Depuydt, Paul, 1983, *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechts-
deurwaarders. Civiel-, proces- en verzekeringsrechtelijke aspect-
ten* (Antwerpen: Kluwer).
- Depuydt, Paul, 1993, *De aansprakelijkheid van advocaten, Tien jaar
rechtspraak (1983-1992)* (Antwerpen: Kluwer).
- Depuydt, Paul, 1994, *De aansprakelijkheid van gerechtsdeurwaarders:
overzicht van rechtspraak (1983-1993)* (Antwerpen: Kluwer).
- Dievoet Van, G., 1987, *Het beroep van advocaat* (Leuven: Acco).
- Dijk, Chris van, 2000, 'Onzeker causaal verband in de rechtspraak' in
Proportionele aansprakelijkheid, Arno Akkermans, Michael Faure
en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 27-42.
- Dirix, Eric, 1994, 'De gerechtsdeurwaarder in het executierecht; Natio-
naal congres van de gerechtsdeurwaarders van België 25-26-27
november 1993 Colloquium' in *De Gerechtsdeurwaarder-
l'Huissier de Justice* 1993, 1-19.
- Dirix, Eric, 2001, 'Abstracte en concrete schade' in *R. W. 2001-2001*,
1329-1335.

- Dirix Eric en Karen Broeckx, 1992, *Beslag* (Algemene praktische rechtsverzameling; Antwerpen: Kluwer).
- Dirix, E. en A. Van Oevelen, 1993, 'Verbintenissenrecht, kroniek 1985-1992' in *R. W.* 1992-93, 1209-1237 en 1249-1265.
- Does, G.W. van der, 1937, 'Uit de huishoudelijke vergaderingen' in *Advocatenblad* 1937, 182-184.
- Doornbos, N., 1996, 'Klachten aan de Orde; klagers bij de Raad van Discipline' in *Advocatenblad* 1996, 74-79.
- Doornbos, N. en L.E. de Groot-van Leeuwen, 1997, *Klachten op orde; de behandeling van klachten over advocaten* (Deventer: Kluwer).
- Dorhout Mees, T.J., 1995, 'Buitengerechtigde kosten en de verzekeraar' in *Vrb.* 1995, 23-26.
- Drion, C.E., 2000, 'Naar Haagse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht?' in *NJB* 2000, 1956-1959.
- Dunné, J.M. van, 1971, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss.; Deventer: Kluwer).
- Dunné, J.M. van, 1972, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (studenteneditie; Deventer: Kluwer).
- Dunné, J.M. van, 1993 (deel I en II), *Verbintenissenrecht: deel 1: contractenrecht, 1e gedeelte; en Verbintenissenrecht: deel 2: contractenrecht, 2e gedeelte. onrechtmatige daad. overige verbintenissen* (Deventer: Kluwer).
- Dunné, J.M. van, 1997 (deel 2), *Verbintenissenrecht; onrechtmatige daad; overige verbintenissen* (Deventer: Kluwer).
- Duynstee, Bob, 1992, 'Advocaat en aansprakelijkheid' in *Advocatenblad* 1995, 1118-1121.
- Eeghen, L.J. van, 1995, 'Opinie: confraternele correspondentie' in *Advocatenblad* 1995, 372-373.
- Eppink, Derk Jan, 1998, *Vreemde burenen; over politiek in Nederland en*

- België* (Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Contact).
- 'Eereregelen der advocaten' 1939 in *Justitia* 1939, 99-101.
- Faure, Michael, 2000, 'Het verlies van een kans in België' in *Proportionele aansprakelijkheid*, Arno Akkermans, Michael Faure en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 161-196.
- Franssen G., F. van Loon en S. Delrue, 1998, 'Evolutie van de procesvoering voor de vredegerichten in Vlaanderen (1796-1990)' in *R. W.* 1997-1998, 1241-1246.
- Frenk, Niels, 1995, 'Toerekening naar kansbepaling' in *NJB* 1995, 482-491.
- Frenk, N., 1999, 'A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband' in *Themis* 1999, 23-26.
- Freudenthal, M., 1994, 'Incassoprocedures in Nederland' in *IUST* 1994, 137-146.
- Freudenthal, Mirjam, 1996, *Incassoprocedures; opzet voor een Nederlandse incassoprocedure met empirische en rechtsvergelijkende aantekeningen* (diss.; Deventer: Kluwer).
- Freudenthal, Mirjam, 2000, 'Eindelijk een Europees antwoord op slechte betalers (II)' in *Advocatenblad* 2000, 753-756.
- Freudenthal, M., 2001, 'Europese regelingen en de herziening rechtsvordering' in *Beschouwingen over het nieuwe procesrecht*, A.W. Jongbloed (red.) (Den Haag: Boom), 31-57.
- Gersjes Ted, 1998, 'Renteschade: advocaat let op uw saeck!' in *Advocatenblad* 1998, 25-29.
- Gerven, Walter van, 1987, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: I: algemeen deel* (Brussel: E.Story-Scientia).
- Giesen, I., 1999, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (Deventer: Tjeenk Willink).
- Giesen, I., 2001, *Bewijs en aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*

(Den Haag: Boom).

- Giltay Veth, D., 1940a, 'Het ontwerp herziene eere-regelen voor de advocaten en de zaakwaarnemers' in *Advocatenblad* 1940, 107-112.
- Giltay Veth, D., 1940b, 'Inleiding van mr D. Giltay Veth voor de algemeene vergadering der Nederlandsche Advocaten-vereeniging: zaakwaarnemerij' in *Advocatenblad* 1940, 136-145.
- Gorkum, P. van, 1977, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1977, 39-43.
- Gorkum, P. van, 1983, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1983, 62-66.
- Gorkum, P. van, 1984, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1984, 140-143.
- Gorkum, P. van, 1985, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1985, 72-76.
- Gorkum, P. van, 1986, 'Hoge Raad: Daarop heeft de eiser recht!' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1986, 213-218.
- Gorkum, P. van, 1987, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1987, 151-154.
- Gorkum, P. van, 1989, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1989, 7-10.
- Gorkum, P. van, 1990, 'Toepassing art. 7.5 Reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1990, 59-61.
- Gorkum, P. van, 1993, 'Waarop heeft de eiser recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1993, 204-206.
- Gorkum, P. van, 1994, 'Tarief redelijk en billijk' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1994, 67-71.
- Gorlé, F. e.a., 1991, *Rechtsvergelijking* (Brussel: E. Story-Scientia).
- Greef, M.H.G. de e.a. (red.), 1991, *Handboek schuldhulpverlening* (losbladig; Den Haag: Vuga).
- Grinten, W.C.L., van der 1993, *Monografieën Nieuw BW: lastgeving* (nr. B81; Deventer: Kluwer).

- Groot, A.J.M. de, 1958, 'Het ministerie van Justitie en de Nederlandse Orde van Advocaten' in *Advocatenblad* 1958, 548-552.
- Groot, A.J.M. de, 1961, 'De ouderdomsvoorziening in de advocatuur' in *Advocatenblad* 1961, 518-524.
- Groot, G.J. de, 1980, 'Schadefondsen; tussen toen en toekomst' in *NJB* 1980, 269-276.
- Grootscholten, Mercedes en Charles Huijskens (red.), 1993, 'Concurrentie noopt tot bundeling van krachten: Vereniging Incasso Advocaten opgericht' in *Advocatenblad* 1993, 494.
- Haak, Maarten F.J., 1998. 'Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan' in *Ars Aequi* 1998, 138-147.
- Hannequart, Yvon en Patrick Henry, 1985, 'Les normes déontologiques et leurs caractères spécifiques' in: *Le droit des normes professionnelles et techniques* (Brussel: Bruylant), 291-352.
- Hankes Drielsma, A.J., 1940, 'Algemeene vergadering der Nederlandse advocaten-vereeniging' in *Advocatenblad* 1940, 171-180.
- Harshagen, I., 1973, *Een honderdjarige: 1873 14 december 1973* (Gedenkschrift van de Nederlandse Vereniging van Gerechtsdeurwaarders bijvoegsel bij *De Gerechtsdeurwaarder* november 1973).
- Hartlief, Ton, 2000, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie' in *Proportionele aansprakelijkheid*, Arno Akkermans, Michael Faure en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 1-25.
- Hartlief, T en C.J.J.M. Stolker 1999 (red.), *Contractvrijheid* (Deventer: Kluwer).
- Hartlief, T en R.P.J.L. Tjittes, 1994, *Verzekering en aansprakelijkheid* (Deventer: Kluwer).
- Hassel, W.G. van, 1996, 'Beroepsaansprakelijkheid in internationaal perspectief' in *Beroepsaansprakelijkheid* (Advocatendossier; Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers).
- Heijningen, L. van, 1963, 'Enquêteverordeningen' in *Advocatenblad*

- 1963, 165-166.
- Hendriksen, W.F., 1996, 'Beroepsaansprakelijkheid' in *IUST* 1996, 122-127.
- Herbots, J en C. Paulus, 1989, 'Overzicht van rechtspraak (1982-83) in *T.P.R.* 1989, 1394-1414.
- Hermus, M.C.J.M., 1993, 'Factoring over de grens van een nieuw privaatrecht' in *NJB* 1993, 1014-1019.
- Hes Bzn., I.E., 1937, 'De advocaat en de gemachtigde in kantonzaken' in *NJB* 1937, 430-431.
- Hoekema. A.J., 1980, 'Rechtsociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht' in *NJB* 1980, 977-1000.
- Houwing, F.J., 1977, 'Buitengerechtelijke incassokosten' in *NJB* 1977, 127.
- 'Incasso inzicht: de incasso-branche in Nederland', 1995, in *Controllers Magazine special*, 1995 nr. 4, 39-61
- Jacob, H., 1937, 'Het vraagstuk der zaakwaarnemers' in *R.W.* 1937-1938, 161-172.
- Jansen, F.M.J., 1981, 'Buitengerechtelijke kosten' in *Prg.* 1981, 253-254.
- Jansen, F.M.J., 1990, *Executie- en beslagrecht* (vierde druk; Zwolle).
- Jansen, C.H.M., 1996, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (Monografieën Nieuw BW B45; Deventer: Kluwer).
- Jardin, J. du, 2000, 'Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettigheid door het Hof van Cassatie' (Vertaling van de rede uitgesproken door de procureur-generaal J. du Jardin op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2000) in *R.W.* 2000-2001, 785-810.
- Jongbloed, A.W., 1988, 'Nogmaals op de grens van materieel en formeel recht Buitengerechtelijke Kosten' in *De Rechtsstrijd* 1988, 77-82 en 102-107.
- Jongbloed, A.W., 1992, 'Ambtshalve matigen van buitengerechtelijke

- incassokosten' in *Trema* 1992, 191-193.
- Jongbloed, A.W., 1999, 'Gerechtsdeurwaarders op de juridische markt; nieuwe privaatrechtelijke ontwikkelingen' in *Over gerechtsdeurwaarders*, M.A.V. Klein-Meijer, B.A.M. van Stokkom en P.B.A. ter Veer (red.), (Justitiële verkenningen; jrg. 25, nr. 3; Deventer: Gouda Quint), 45-58.
- 'Juridische intimidatie door incassobureaus', 1998, in *NJB* 1998, 103.
- Keer, Ann van, 1996, 'Enige aspecten betreffende de mogelijkheden van eenmaking van het contractenrecht in Europa: grondslagen, eenmakingspolitiek, instrumentarium' in *RW* 1995-96, 729-741.
- Kerkmeester, H.O. en L.T. Visscher 1999, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demoque-Besier' in *WPNR* 6378, 835-840.
- Kerkmeester, Heico, 2000, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een review essay' in *Rechtsfilosofie & Rechts-theorie* 2000, 164-171.
- Klijn, A., C. Cozijn en G. Paulides, 1994, *De civiele procedure bij de kantonrechter: evaluatie van een vernieuwing* (Onderzoek en beleid/Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, nr. 134; Arnhem: Gouda Quint).
- Knijp P.C., 1999, 'De nieuwe Trema-richtlijn buitengerechtelijke kosten' in *Advocatenblad* 1999, 261-264.
- Kokke, Boet, 1985, 'Kritiek op wildgroei schuldinvordering: incasseren staat vrij' in *De stem* 25 september 1985.
- Kokkini-Iatridou, D. e.a., 1988, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek* (Deventer: Kluwer).
- Kortlang-de Vries, T., 1995, 'Competentie van de kantonrechter door gedaagde bepaald?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 3-6.
- Köster, H.K., 1963, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie; Leiden).
- Kottenhagen, R.J.P., 1996, 'Shockschade: een rechtsgebied in beweging' in *NTBR* 1996/5, 119-127.

- Knijp, P.C., 'Rapport over buitengerechtelijke kosten nog niet goed' in *Advocatenblad* 2001, 223-225.
- Krans, H.B., 1999, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss; Deventer: Kluwer).
- Kruithof, R., 1986, 'Leven en dood van het contract: XXXIIe Rechtscongres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging te Antwerpen (UFSIA) op 26 april 1986' in *R. W.* 1985-86, 2731-2768.
- Kruithof, R., 1994, 'Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak 1981-1992' in *T.P.R.* 1994, 171-721.
- Kruithof, R., H. Moons en C. Paulus, 1975, 'Overzicht rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen (tweede deel)' in *T.P.R.* 1975, 742-757.
- Lagae, L., 1951, 'De eenmaking der beroepsregelen aan de balie; Verslag uitgebracht door mr L. Lagae op de algemene vergadering van het Verbond der Belgische Advocaten, gehouden te Dinant op 26 mei 1951' in *R. W.* 1950-1951, 1489-1498.
- Laenens, Jean, 1986, 'Gerechtsdeurwaarders en debiteurs in crisistijd' in *R. W.* 1985-86, 1601-1622.
- Lambert, Pierre, 1994, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles* (Brussel: Bruylant).
- Lambrechts, Filip, 1993, 'Het tuchtrecht van de gerechtsdeurwaarder' in *Liber amicorum Marcel Briers* (Gent: Muys & Breesch), 265-280.
- Leede, L.J.M. de, 1980, 'Sociale verzekering en aansprakelijkheid' in *NJB* 1980, 397-404.
- Leermakers, A.J.H.M., 1995, 'Praktijkonderzoek naar de beroordelingswijze van rechterlijke instanties m.b.t. de buitengerechtelijke kosten' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1995, 129-134.
- Legel, A., 1991, 'De gerechtsdeurwaarder: een amfibie onder de rechtshulpverleners' in *Beroepsaansprakelijkheid: recht op een scheve schaats* (Jonge Balie Congres 1991, Congresbundel; Zwolle:

- Tjeenk Willink), 31-47.
- Lemmens, Paul, 1996, 'Het tuchtrecht van de gerechtsdeurwaarders' in *De Gerechtsdeurwaarder-l'Huissier de Justice* 1996, 57-89.
- Leuven van, G., 1967, 'Het beding inzake buitengerechtelijke kosten' in *NJB* 1967, 409-413 en in *De Gerechtsdeurwaarder* 1967, 160-164.
- Leval, Georges de 1992, *Institutions Judiciaires: introduction au droit judiciaire privé* (Liège: Faculté de Droit).
- Lindenbergh, S.D., 1996 'Belgisch vermogensrecht' in *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, H.J. Snijders (red.) (Arnhem: Gouda Quint) 393-397.
- Lindenbergh, S.D., 1997, 'Schrik, onrechtmatigheid en schade' in *Themis* 1997, 178-193.
- Lindenbergh, S.D. e.a, 2000, *Buitengerechtelijke kosten: vijf visies op de redelijkheid* (Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars; Deventer: Kluwer).
- Maanen, Gerrit van, 2000, 'Proportionele schadevergoeding bij asbest-claims. De zaak Schaier/De Schelde' in *Proportionele aansprakelijkheid*, Arno Akkermans, Michael Faure en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 43-57.
- Mahieu, Marc en Jos Baudrez, 1980, *De Belgische advocatuur* (Kuurne: Leieland).
- Mackaay, Ejan 1980, 'Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade' in *NJB* 1980, 813-825.
- Marius Gerlings, H.J, 1960, 'De Deurwaarder' in *NJB* 1960, 142-146.
- 'Mededeling: praktizijnswet' 1963 in *Advocatenblad* 1963, 236.
- 'Mededeling van de Nederlandse juristen-vereniging: het ontwerp-praktizijnswet', 1959, in *NJB* 1959, 579-581.
- Meer, H. Th. van der, 2001, 'Praktisch procederen met de buitengerechtelijke kosten: 7 nieuwe aanbevelingen per 1 april 2001' in *Praktisch Procederen*, 26-30.

- Merchiers, Y., 1989, *Bijzondere overeenkomst: syllabus* (Gent: E.Story-Scientia).
- Merchiers, Y., 1995, *Bijzondere overeenkomsten* (Antwerpen: Kluwer).
- Meijer, G.J. en T.J. van Gessel, 1992, 'Belgisch burgerlijk procesrecht' in *Toegang tot buitenlands burgerlijk procesrecht* (Arnhem: Gouda Quint).
- Mensbrugghe, François van der, 1992, 'L'assurance de la responsabilité professionnelle des avocats de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles' in *La responsabilité des avocats* (Brussel: Editions du jeune barreau de Bruxelles).
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., 1982, *Beroepsfouten* (Studie-pocket privaatrecht nr. 11; tweede druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., 1995, *Beroepsfouten* (Studie-pocket privaatrecht nr. 11; derde druk; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Minkjan, E.E., 1993, 'Gedragsregels voor advocaten 1992' in *Advocatenblad* (1993), 244-246.
- Molen, E.J. van der, 1993, 'Het woord is aan de lezer: over deurwaarders en afwikkelingskosten' in *Advocatenblad* 1993, 322-324.
- Molenaar, F., 1985, *Krediet* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Mols, G.P.M.F. en V. Malherbe, 1990, *Tuchtrechtspraak voor advocaten* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Moorsel, A.J.M. van, 1938, 'De Balie en de zaakwaarnemerij' in *Advocatenblad* 1938, 44-47.
- Nagel, K.P., 1999, 'Incassoproblemen; een consumenten-perspectief' in *Over gerechtsdeurwaarders*, M.A.V. Klein-Meijer, B.A.M. van Stokkom en P.B.A. ter Veer (red.), (Justitiële verkenningen; jrg. 25, nr. 3; Deventer: Gouda Quint), 66-75.
- Neer-van den Broek, J.M.H.P. van, 1993, 'Lastgeving en verrichten van enkele diensten' in *Compendium bijzondere overeenkomsten*, C.J. van Zeben e.a. (red.) (Deventer: Kluwer).
- Nijgh, Y.H.M., 1952, 'Vergelijking van de ereregelen in de Nederlandse

- en de Belgische advocatuur' in *Advocatenblad* 1952, 187-223.
- Nijsten, G.J.J., 1986, 'Artikel 1286 BW en buitengerechtelijke (incasso) kosten' in *Prg.* 1986, 375-378.
- Nieuwenhuis, J.H., 1982, 'Privaatrecht in de jaren zeventig: de jaren van het voorspel' in *NJB* 1982, 477-484.
- Oevelen, A. Van, 1995, Noot onder het arrest van het Hof van Cassatie 7 april 1995, *R. W.* 1995-1996, 188-191.
- Oppen, R. van, 1937, 'Jaarvergadering der Belgische Advocatenvereniging' in *Advocatenblad* 1937, 123-125.
- Onrechtmatige daad Oud (vermelding auteur): *Onrechtmatige daad* (losbladig; Deventer: Kluwer).
- 'Opmerkingen en mededelingen: samenwerking met betrekking tot het vraagstuk der zaakwaarnemerij', 1941, in *NJB* 1941, 604-605.
- Orshoven, P. van., 2001, 'Europese regelingen en de herziening rechtsvordering' in *Beschouwingen over het nieuwe procesrecht*, A.W. Jongbloed (red.) (Den Haag: Boom), 59-70.
- Parl. Gesch. Boek 3, 5-7 (inv. 3, 5 en 6): *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Boek 3, 5 en 6*, C.J. van Zeben en J.W. du Pon (red.) (Deventer: Kluwer).
- Parl. Gesch. Boek 3, 5-7 (inv. 3, 5 en 6): *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, Invoering 3,5 en 6; Boek 3, 5-7*, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.) (Deventer: Kluwer).
- Pals, L.H., 2000, 'Na Hoge Raad 16 juni 2000: proportionele causaliteit? Nee dus!' in *Verkeersrecht* 2000, 394-396.
- Paulus, C., 1980, 'Enkele facetten van lastgeving' in *Bijzondere overeenkomst*, J.H. Herbots (red.) (Antwerpen), 327-362.
- Paulus, Camille en Robert Boes, 1978, *Lastgeving* (Algemene praktische rechtsverzameling; Antwerpen: E.Story-Scientia).

- Paulus, Camiel en Robert Boes, 1986, 'De deurwaarder is niet de plaatsvervanger van de advocaat' in *Liber Amicorum Jan Ronse* (Antwerpen: E.Story-Scientia), 645-653.
- Peeperkorn, David, 2000, 'Het feest van de gedaagden, kritiek op de proportionele leer' in *Proportionele aansprakelijkheid*, Arno Akkermans, Michael Faure en Ton Hartlief (red.) (Den Haag: Boom), 59-83.
- Peeters, J.A.J., 1980, 'Rampschade' in *NJB* 1980, 493-504.
- Pitlo-Croes, 1995, *Pitlo: het Nederlands burgerlijk recht: deel 6: bijzondere overeenkomsten* (negende druk; Arnhem: Gouda Quint).
- Pitlo-Wolffensperger, 1979, *Pitlo: het Nederlands burgerlijk wetboek; deel 3a: de benoemde overeenkomsten* (achtste druk; Arnhem: Gouda Quint).
- Polanus, R., 1989, 'Nog maar eens: buitengerechtelijke incassokosten' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1989, 89-92.
- Polanus, R., 1991, 'Buitengerechtelijke incassokosten: heeft de eiser nu wel of niet recht op iets?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1991, 41-44.
- Pot, H.J., 1989, 'Handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt' in *Advocatenblad* 1989, 213-216.
- Prinsen, L.L.M., 1995, *Rekenplicht en aansprakelijkheid* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Putt, J.J.A. van der, 1954, 'De positie van de advocaat als dominus litis' in *Advocatenblad* 1954, 237-245.
- Puydt, Raoul M. de, 1991, *Beroepsdeontologie van de advocaat* (Antwerpen: Kluwer).
- Quant, L.H.A.J.M., 1994, 'Le roi est mort; vive le roi?' in *Is Cliënt Koning?* (Zwolle: Tjeenk Willink; Jonge Balie Congres 1994, Congresbundel), 17-26.
- Quant, L.H.A.J.M., 1995, 'Advocaat en ethiek' in *Advocatenblad* 1995, 17-20.

- Quant, L.H.A.J.M., 1999, 'Het loon van de angst?; over advocaten, commercie en ethiek' in *NJB* 1999, 1847-1851.
- Raap, H., 1985, 'Waarop hebben de eisers (c.q. hun gemachtigden) recht?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1985, 76-77.
- Raap, H., 1987 'Waarop heeft de eiser recht?' in: *De Gerechtsdeurwaarder* 1987, 151-154.
- Ranitz, H. de, 1948, 'De onafhankelijkheid van de advocaat tegenover tussenpersonen' in *Advocatenblad* 1948, 279-284.
- 'Rechtskundige adviseurs', 1939, in *Justitia* 1939, 86-88.
- Rapport van de werkgroep Gerechtsdeurwaarders* 1997, Project Marktwerking, Deregulering en wetgevingskwaliteit, 12 juni 1997 (cie. Opstellen).
- 'Rapport voor-werk', 1999, in *Prg.* 1999 (special nr. maart 1999), 3-21 met reactie van de (Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA), de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders (KVG) en de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI), 22-27.
- De redactie, 1939, 'Wetsontwerp tegen de zaakwaarnemerij in België' in *Advocatenblad* 1939, 201-203.
- Ridder de, 1996, Michel, 'Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid' in *Beroepsaansprakelijkheid* (Nijmegen: Ars Aequi Libri), 65-73.
- Rijken, 1994, G.J., *Monografieën Nieuw BW: redelijkheid en billijkheid*, (nr. A5; Deventer: Kluwer).
- Rodrigues, Peter R. en Gerrit Jan Schep, 1990, *Incasso in kaart* (serie: onderzoeksrapporten nr. 102; Den Haag: SWOKA).
- Roelvink, H.L.J., 1980, 'Gedragsregels 1980: openingscommentaar van de algemeen deken' in *Advocatenblad* 1980, 357-358.
- Ronse, Jan, 1977, 'Marginale toetsing in het privaatrecht' in *T.P.R.* 1977, 207-222.
- Ronse, Jan, 1988, *Schade en schadeloosstelling* (E.Story-Scientia).

- Royer, S., 1992, 'De toegang tot de rechter: toespraak van mr S. Royer, president van de Hoge Raad der Nederlanden, ter gelegenheid van de 40ste jaarvergadering op 2 oktober 1992 te 's-Gravenhage' in *Advocatenblad* 1992, 537-540.
- Rutgers, G.R., 1978, 'De rechtsverhouding tussen advocaat/procureur en zijn cliënt' in: *WPNR* 5452, 613-623 en 5453, 629-637.
- Rutgers, G. R. 1979, *Verplichte procesvertegenwoordiging: enige aspecten van de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk recht in Nederland* (diss.; Den Haag: Vuga).
- Schäfer, E., 1988. 'Toewijzing buitengerechtelijke kosten: een stap dichterbij?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1988, 193-194.
- Schäfer, E., 1989, 'Gerechtelijke kosten: de verhouding tussen de werkelijke en de toewijsbare kosten (artikel 56-58 Rv)' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1989, 92-94.
- Scheers, Dirk, 1998 in 'De rechter als hoeder van de deontologie' in *Judikrant* 6/1998, 3.
- Schenk, W., 1975, *Twintig jaar Hof van Discipline* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Schellen, J. van, 1972, *Juridische causaliteit: een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss.; Deventer: Kluwer).
- Schellen, J. van, 1979, 'Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid' in *Non Sine Causa; opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten* (Zwolle: Tjeenk Willink), 333-358.
- Schellen, J. van, 1985, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht* (Studiepocket privaatrecht nr. 35; Zwolle: Tjeenk Willink).
- Schirmeister, F.G., 1990, 'Het woord is aan de lezer; Advies van de werkgroep Buitengerechtelijke Kosten (en van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, NVvR); een reactie' in *Advocatenblad* 1990, 421-422.

- Schmidt auf Altenstadt, P.J.M. von 1993, 'Het declaratietarief, een niet-bindende richtlijn?' in *Advocatenblad* 1993, 635-637.
- Schmidt auf Altenstadt, P.J.M. von, 1999, 'Van de deken: Met 'Voorwerk' achterop' in *Advocatenblad* 1999, 799.
- Schoordijk, H.C.F., 1973, 'De ontwerpregeling van de opdracht in het zevende boek' in Bijzonder nummer *Ned. Juristenblad* (Bijzonder nummer, jrg. 48, afl. 24A; 23 juni 1973), 42-79.
- Schut, G.H.A., 1990, *Onrechtmatige daad* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Schut, G.H.A., 1997, *Onrechtmatige daad* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Simoens, Dries, 1993, *Buitencontractuele aansprakelijkheid* (Beginsselen van Belgisch privaatrecht XI; Antwerpen: Kluwer en E. Story-Scientia).
- Sluyters, B. en M.C.I.H. Biesart, 1995, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst: na invoering van de WGBO* (Zwolle: Tjeenk Willink).
- Smit, H.J., 2000, 'Afschaffing procureurs en rolwaarnemers is ondoordacht en de gevolgen zijn niet geregeld; OGAP-rapport baart zorgen' in *NJB* 2000, 1016-1020.
- Smits, J.M., 1996, in 'Belgisch vermogensrecht' in *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, H.J. Snijders (red.) (Arnhem: Gouda Quint) 339-378.
- Smits, Jan en Sophie Stijns, 2000, *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht* (Antwerpen - Groningen; Intersentia).
- Snoeck Francis en Jan De Lat, 2000, 'De diverse invorderingsorganen' in *Jaarboek insolventierecht 2000; gids voor het innen van uw facturen*, Jan de Lat en Jan Roodhooft (ed.) (Antwerpen: Kluwer)
- Son, H. van, 1989, 'Have mercy upon us: interview met Mr F.N. Meijer' in *Advocatenblad* 1989, 273-277.
- Spier, J., 1995, 'De grenzen der buitengerechtelijke kosten' in *A&V* 1995, 55-60.
- Stein, P.A., 1980, 'De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij

- onrechtmatige daad' in *NJB* 1980, 707-719.
- Stevens, J., 1990, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen* (Antwerpen: Kluwer).
- Stolker, C.J.J.M., 1995, 'Aansprakelijkheid voor beroepsfouten -van droomcarrière naar nachtmerrie' in *Ars Aequi*. 1995, 13-25; ook in *Beroepsaansprakelijkheid* (1996; Nijmegen: Ars Aequi Libri), 13-30.
- Storme, Marcel L., 1990, *Algemene inleiding tot het recht*, bewerkt door Matthias E. Storme (Antwerpen: Kluwer).
- Storme, M.E., 1998, 'Kanttekening; slotrede van het colloquium "welke justitiehervorming heeft Vlaanderen nodig", gehouden te Brussel, in het Vlaamse Parlement, op 16 mei 1998' in *R.W.* 1998-1999, 133-136.
- Struiksma, D., 1993, 'Buitengerechtelijke incassokosten' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1993, 149-151.
- Taelman, Piet, 2000, 'De zieltogende Belgische Orde' in *Advocatenblad* 2000, 774-775.
- Tak, A.Q.C., 1980, 'Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden' in *NJB* 1980, 653-667.
- Teekens, M., 1954, *De deurwaarder* (diss.; Leiden: Sijthoff).
- Teekens, M., 1968, 'Regeling incassokosten in strijd met de wet?' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1968, 129-134.
- Teekens, M., 1970, 'Het reglement niet ambtelijke rechtspraktijk' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1970, 30-36.
- Teekens, M., 1973, *De gerechtsdeurwaarder* (Recht en praktijk nr. 17; Deventer: Kluwer).
- Tellegen, J.L.W. en M.P.J.M. Bevers, 1991, *De markt voor incassodiensten in de Europese gemeenschap: een inventarisatie* (Notitie voor de Union Internationale des Huissiers de Justice; voor intern gebruik; Adviesbureau Bennis).
- 'Ter opheldering' in *Justitia* 1940, 184-186.

- Thiry, R.J.C.M., 1994, 'Reglement niet-ambtelijke rechtspraktijk KVG' in *Prg.* 1994, 517-526.
- Thomson, Nord, 1937, 'De eer van den advocatenstand' in *Advocatenblad* 1937, 154-158.
- Tilleman, Bernard, 1997, *Lastgeving* (Algemene praktische rechtsverzameling; Antwerpen: E. Story-Scientia).
- Tjittes, R.P.J.L., 1995, 'Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid' in *Ars Aequi.* 1995, 102-109; ook in *beroepsaansprakelijkheid* (1996; Nijmegen: Ars Aequi Libri), 31-41.
- Toonen, P.M.Th., 1990, 'Buitengerechtelijke kosten' in *Advocatenblad* 1990, 239-240.
- Twuijver van, A., 1987, 'Buitengerechtelijke kosten' in *De Gerechtsdeurwaardder* 1987, 25-27.
- Twuijver van, A., 1995, 'Buitengerechtelijke kosten' in *De Gerechtsdeurwaardder* 1995, 15-16.
- T&C (vermelding auteur): *Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar*, De tekst van de Boeken 1,2,3,5,6,7 en 8 van het BW voorzien van commentaar, J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.) (Deventer: Kluwer 1998).
- 'Uit de Handelingen Eerste Kamer der Staten-Generaal', 1940, in *Justitia* 1940, 187-191.
- Vademecum van de Orde van Advocaten te Antwerpen* (losbladig; Antwerpen: Kluwer).
- Vademecum van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders* (losbladig; voor intern gebruik).
- Vademecum: deontologie: tarieven: huishoudelijk reglement* (losbladig; Gent: Muys & Breesch).
- Vanhalewyn, Chrysole, 1991, *De burgerlijke beroepsaansprakelijkheid van de notaris: tien jaar Belgische rechtspraak (1980-1989)* (Brussel: Altiora).

- Vansweevelt, Thierry, 1997, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (Antwerpen-Apeldoorn: Maklu).
- Veggel, J.M.F.X. van, 1999, 'De effectieve advocaat; over snelheid, kwaliteit en zorgvuldigheid' in *Advocatenblad* 1999, 488-491.
- Velde-Winant, J. van de, 1949, 'Verslag over het voor-ontwerp van wet betreffende het uitoefenen van het beroep van advocaat' in *Advocatenblad* 1949, 199-203.
- Venhuizen, S.M.A.M., 1999, 'De incassokosten volgens het Rapport voor-werk' in *De Gerechtsdeurwaarder* 1999, 234-243.
- Venhuizen, S.M.A.M., 2000, 'De incassokosten volgens het gewijzigde rapport voor-werk' in *Executief* 2000, 217-218.
- Verburgh, M.J.P., 1980, 'Zelf dragen van gelden schade: regel of uitzondering?' in *NJB* 1980, 173-174.
- Verdonschot, Leon, 1998, 'Eef Hoos incasseert' in *In de knip* (nr. 2; december 1998; uit de *Nieuwe Revu*, 18/11/98).
- 'Vergadering der Nederlandse orde van advocaten', 1958, in *Advocatenblad* 1958, 558-570.
- Verhagen, G.G.M., 1955, 'Wetsontwerp no. 2395, ontwaakt uit uw slaap!' in: *De Gerechtsdeurwaarder* 1955, 114-120.
- Verheij, A.J., 1999, 'Shockschade' in *NJB* 1999, 1409-1416.
- Verheij, Albert, 2000, 'Vergoeding van affectieschade' in *Immateriële schade: tendensen en wensen* (Antwerpen-Groningen: Intersentia, 37-59).
- Vermeylen, P., 1952, 'Vergelijking van de ereregelen in de Nederlandse en de Belgische advocatuur' in *Advocatenblad* 1952, 182-186.
- Verwoerd, J.R.A., 1988, *Beroep op de rechter als laatste remedie: enkele vergelijkingen tussen de rechtsculturen in Nederland en de Westduitse deelstaat Nordrhein-Westfalen: 1970-1984* (diss.; Arnhem: Gouda Quint).
- Verwoerd, J.R.A. en P.C. van Duyne, 1987, 'Civielrechtelijke verkenningen door middel van statistiek' in *Justitiële verkenningen*

- maart/april 1987, 7-19.
- Vessem, A.J. van, 1958, 'Het wetsontwerp betreffende de zaakwaarnemers: een aanslag op de balie - strijd met het Beneluxverdrag' in *Advocatenblad* 1958, 372-382.
- Vessem, A.J. van, 1959, 'Een Belgische stem over het wetsontwerp betreffende de zaakwaarnemers' in *Advocatenblad* 1959, 241-244.
- Victor, René, 1937, 'In het "Verbond der Belgische advocaten"; oprichting van een Vlaamse en een Fransche afdeling' in *Rechtskundig Weekblad* 1936-1937, 1073-1080.
- Victor, René, 1939, 'De crisis aan de balie' in *Rechtskundig Weekblad* 1938-1939, 1571-1614.
- 'Vragenlijst', 1940, in *Advocatenblad* 1940, 152-168.
- Vries, G.J.P. de, 2000, 'Onregelmatige beëindiging van de overeenkomst van opdracht' in *Praktisch Procederen* 2000, 84-89.
- Waal de, C.L.J.M., 1990, 'Het woord is aan de lezer; Buitengerechtelijke kosten en het beleid van kantonrechters daarin' in *Advocatenblad* 1990, 348-349.
- Waard de, T., 1995, 'Van de deken: exit basistarief' in *Advocatenblad* 1995, 833.
- Wackie Eysten, P.A., 2000, '75 jaar advocatuur in Nederland' in *NJB* 2000, 108-117.
- Weiffenbach, B.M.M., 1991, 'De coördinaten van de buitengerechtelijke incassokosten' in *Advocatenblad* 1991, 163-167
- Wessels, B., 1992, 'Bijzondere overeenkomsten: lastgeving, bewaarneming, borgtocht' in *Wegwijs nieuw BW* (deel 4; Zwolle: Tjeenk Willink), 69-101.
- Wessels, B., 1994a, 'Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht' in: *Opdracht en dienstverlening* (Zwolle: Tjeenk Willink), 1-35.
- Wessels, B., 1994b 'De rechtsverhouding tussen cliënt en notaris resp. advocaat' in *WPNR* 6148, 580-585.

- Wessels, B., 1996, 'De opdracht' in *Beroepsaansprakelijkheid*, Advocatendossier (Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten en Sdu Uitgevers).
- Wichers Hoeth, L., 1954, 'De positie van de advocaat als dominus litis' in *Advocatenblad* 1954, 246-270.
- Wichers Hoeth, L. 1962, 'Het ontwerp-pensioenregeling' in *Advocatenblad* 1962, 161-169.
- Wijckerheld Bisdop, C.R.C. 1968, 'De ereregelen 1968' in *Advocatenblad* 1968, 515-519.
- Wijckerheld Bisdop, C.R.C. 1979, 'Rechtsvorming door het Hof van Discipline' in *Non Sine Causa, opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam* (Zwolle: Tjeenk Willink), 505-516.
- Wissink, M.H., 1996 in 'Belgisch vermogensrecht' in *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, H.J. Snijders (red.) (Arnhem: Gouda Quint) 381-392.
- Witteman, P.M. 1995, 'Bespiegelingen over tuchtrechtspraak en ethiek' in *Advocatenblad* (1995, 63-65).
- 'De zaakwaarnemerij' 1941 in *Justitia* 1941, 99-102.
- Zuidema, J.H.J. 1940, 'Inleiding van mr J.H.J. Zuidema voor de algemene vergadering van de Nederlandse Advocaten-vereniging' in *Advocatenblad* 1940, 146-152.

Voorbeeld van een incasso-overeenkomst

tussen

A, incassant

en

B, opdrachtgever

De opdrachtgever geeft aan de incassant schuldvorderingen ter incasso op de volgende voorwaarden:

1 Incassoprovisie

1.1 De incassoprovisie bedraagt: 10%. Het tarief wordt berekend over de geïncasseerde hoofdsom. Over de ontvangen rente en verschotten (zie hierna) wordt geen incassoprovisie berekend. Mocht de rechter een hoger bedrag aan incassokosten hebben toegewezen, dan geldt dat bedrag als incassoprovisie.

1.2 De incassoprovisie omvat de kosten voor alle incassowerkzaamheden met uitzondering van de verschotten, zoals:

- proceskosten (inclusief salaris voor de gemachtigde of procureur)
- procureurskosten en gerechtsdeurwaarderskosten
- andere aantoonbare kosten die door derden voor de betreffende schuldvordering zijn gemaakt (bijv. verhaalsinformaties, leges en uittreksels handelsregister en kadaster). De door de schuldenaar meebetaalde verschotten worden hiervan afgetrokken.

1.3 In het geval in een gerechtelijke procedure verweer wordt gevoerd, wordt het honorarium hiervoor naast de eventuele incassoprovisie aan de opdrachtgever in rekening gebracht. Het tarief hiervoor komt overeen met het liquidatietarief. Het door de rechter toegewezen en door de schuldenaar meebetaalde salaris, wordt hiervan afgetrokken.

2 Incassowerkzaamheden

2.1 De incassant brengt aan de schuldenaar naast de overgedragen hoofdsom de wettelijke of overeengekomen rente en incassokosten in rekening.

2.2 De incassant probeert eerst de schuldvordering minnelijk te incasseren, daarna gaat hij over tot gerechtelijke incasso.

2.3 Bij gerechtelijke incasso zal hij de toegewezen proceskosten en executiekosten op de schuldenaar trachten te verhalen.

2.4 De incassant neemt zelfstandig de maatregelen die nodig zijn, daarbij rekeninghoudende met het belang van de schuldvordering en de spoedeisendheid.

2.5 Hij voert met de opdrachtgever overleg over:

- het instellen van een gerechtelijke procedure
- beslagleggingen en verkoop
- een betalingsvoorstel in termijnen
- een voorstel tot finale kwijting.

2.6 De incassant houdt zoveel mogelijk rekening met de verzoeken en instructies van de opdrachtgever.

3 Verplichtingen opdrachtgever

3.1 De opdrachtgever verstrekt zoveel mogelijk informatie over de schuldenaar, de schuldvordering en de (volledige) historie daarvan. Hij staat in voor de juistheid van de gegevens. Mocht hij aan bepaalde gegevens twifelen dan geeft hij dit te kennen aan de incassant.

3.2 De opdrachtgever verplicht zich ertoe de schuldenaar die met hem rechtstreeks contact opneemt naar de incassant te verwijzen, correspondentie door te sturen en betalingen per omgaande door te geven.

4 Verplichtingen incassant

4.1 De incassant verplicht zich ertoe om de incassowerkzaamheden zonder talmen uit te voeren. Hij dient per omgaande op de door de schuldenaren of namens hem gedane verzoeken of voorstellen te reageren en zonodig aan de opdrachtgever voor te leggen.

4.2 De incassant houdt de opdrachtgever maandelijks op de hoogte van de stand van zaken. Deze informatie zal minimaal de (in die maand) gemaakte verschotten en ontvangen betalingen inhouden alsmede een beschrijving van de ontwikkelingen die zich in de incassozaak hebben voorgedaan. Mocht informatie of instructie tussentijds nodig zijn dan neemt de incassant direct contact op met de opdrachtgever.

4.3 De incassant draagt aan het einde van elke maand tussentijds met de opdrachtgever af. Daarbij kan hij de gemaakte verschotten (zie hierboven) en de verschuldigde incassoprovisie naar rato in rekening brengen en verrekenen met de ontvangen betalingen.

5 Afrekening

5.1 Bij de eindafrekening geeft de incassant volledige rekening en verantwoording. Alle ontvangsten en alle verschotten dienen te worden gespecificeerd. In het geval de schuldvordering niet (geheel) geïncas-

seerd is, geeft de incassant uitvoerig de reden op waarom de schuldvordering niet kon worden geïncasseerd en wat hij gedaan heeft om de schuldvordering te incasseren. De verantwoording kan (deels) uit de maandelijkse standberichten blijken.

5.2 Mocht de incassant nadat de afrekening is gedaan nog betalingen ontvangen, dan betaalt hij die per omgaande aan de opdrachtgever door. Ook correspondentie moet direct aan de opdrachtgever worden doorgezonden.

6 Beroepsaansprakelijkheid

6.1 De incassant verklaart dat hij voor ten minste € 1.000.000 per gebeurtenis verzekerd is tegen beroepsaansprakelijkheid.

6.2 In het geval de incassant op de hoogte is van een gemaakte fout, maakt hij die in duidelijke bewoordingen aan de opdrachtgever kenbaar. In het geval de opdrachtgever de incassant aansprakelijk stelt, dient hij de maatschappij waarbij hij verzekerd is daarvan op de hoogte te stellen.

6.3. De beroepsaansprakelijkheid wordt beperkt tot het verzekerde bedrag.

7 Aanvang en einde van de incasso-overeenkomst

7.1 De overeenkomst is van toepassing op al de na dit tijdstip van ondertekening van deze overeenkomst ter incasso gegeven schuldvorderingen.

7.2 De overeenkomst geldt voor onbepaalde tijd en kan door de opdrachtgever per schuldvordering of voor alle schuldvorderingen worden opgezegd. Deze zal in dat geval een redelijke vergoeding voor de incassowerkzaamheden dienen te voldoen, die op zijn minst gelijk is aan de incassoprovisie over het geïncasseerde bedrag en de gemaakte ver-

schotten. Mocht de overeenkomst zonder opgaaf van reden of vanwege een betaling of betalingsregeling worden opgezegd dan dient de opdrachtgever de volledige incassoprovisie berekend over de overgedragen hoofdsom en verschotten aan de opdrachtgever te voldoen.

Register

(De cijfers verwijzen naar de randnummers)

aansprakelijkheid	
buitencontractuele - (zie ook onrechtmatige daad)	167, 169, 171
contractuele - (zie ook wanprestatie)	60, 169
aanwijzingen geven	74, 79-85, 86, 178
advocaat (beroep)	1, 10, 12, 17, 24, 28, 31, 33, 35-36, 39
afdrachtplicht (tussentijdse -)	93-97, 178
afwikkelingskosten	152-158
bekwaam(-heid)	65, 68, 71, 82, 175, 176, 177, 182
beleidsvrijheid	79-85, 175, 178
beroepsaansprakelijkheid	
beperking van de -	45, 170, 171
verzekering tegen -	28, 39, 45, 170, 171
beroepsfout (zie fout)	
beroepsregels	59, 65
boetebeding (zie ook schadebeding)	128
causaal verband	183-190
conditio sine qua non	185, 188, 190, 194
gevaarzetting (zie ook risicovermijding)	185, 186, 187, 190, 193
verkeers- en veiligheidsnormen (zie ook gevaarzetting)	185, 190
contractsvrijheid	43, 63
cumul (zie samenloop)	
deontologie (zie ook gedragsregels)	36, 59
derdengelden (zie gelden van derden)	
deurwaarder (zie gerechtsdeurwaarder)	

ereloon (zie loon)
 ereregels (zie ook gedragsregels) 17
 exoneratie (zie beperking van de beroepsaansprakelijkheid)

fout (zie ook onrechtmatige daad en wanprestatie) 60, 138, 160, 164,
 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 175, 183, 188, 190

gedragsregel 17, 23, 36, 38, 40, 59-65, 69, 70, 72, 75, 80, 88, 92, 94, 97,
 110, 142, 149, 161, 164, 174

gelden van derden 93, 94
 gerechtsdeurwaarder (beroep) 1, 10, 12, 20-23, 28, 30, 33, 37, 38, 39

honorarium (zie loon)

incassant (definitie) 1, 2
 incasseren (definitie) 2
 incasso (definitie) 1, 2
 incassobureau 1, 9, 11, 10, 12, 17, 19, 30, 32, 38, 39
 incassokosten 16, 78, 118-136, 154, 158, 178
 incassomethoden 12-18, 34
 incassoprovisie 94, 97, 118, 124, 137-146, 147-151, 152, 153, 159, 164
 informatieplicht (tussentijdse -) 86-92, 178, 179-182
 inspanningsverbintenis 42, 170, 171, 173, 182
 invorderingskantoor (zie incassobureau)
 invorderingskosten (zie incassokosten)

kansverlies (zie verlies van een kans)
 klassieke methode (zie schadevergoeding: alles of niets)

loon (zie ook incassoprovisie) 42, 109, 118, 137, 138-140, 143, 145,
 146, 148, 149, 151, 159, 160, 162, 164

middelenverbintenis (zie inspanningsverbintenis)

nazorg 116
no cure, no pay 143

oorzakelijk verband (zie causaal verband)

onkosten 108, 109, 143, 159-164
onrechtmatige daad 60, 62, 65, 70, 126, 128, 134, 166, 167-171, 172,
175, 182, 183, 185, 188, 191
overeenkomst 3, 41-58, 59, 60, 62, 65, 67, 68, 78, 80, 86, 87, 92, 103,
106, 108, 117, 138, 148, 149, 151, 160, 162, 167, 168, 169, 170, 171,
173
benoeming (kwalificatie) 48-58
lastgeving 48, 49, 50, 51, 52, 53-57, 79, 80, 87, 111, 138, 141, 148,
162
opdracht 41, 48, 49, 53, 56, 57, 58

plichtenleer (zie gedragsregels)

praktizijn (zie ook rechtskundig adviseur) 25
procureur (zie ook advocaat) 16, 24, 25, 49, 56

rechtskundig adviseur (beroep) 1, 25-26, 33
rekening en verantwoording 87, 94, 108, 109-117
resultaatsverbintenis 42, 170, 171, 172, 173, 182
risico(-vermijding) 76, 81, 82, 83, 85, 144, 174, 175, 179, 181, 182

samenloop (zie wanprestatie en onrechtmatige daad)

schadebeding 119, 134, 136, 157
schadevergoeding 70, 134, 136, 157, 170, 171, 191-203
alles of niets 193, 194, 196, 203
verlies van een kans 194-203

standbericht (zie ook informatieplicht)	86, 117
strafbeding (zie schadebeding)	
talmen (zie voortgang van de werkzaamheden)	
toerekenbare tekortkoming (zie ook wanprestatie)	167
toerekening naar redelijkheid (zie ook causaal verband)	184, 190
tuchtrecht	19, 20, 24, 25, 35, 37, 59, 60, 63, 65, 67, 70, 71, 72, 76, 78, 81, 83, 84, 85, 90, 92, 95, 100, 101, 113, 114, 145, 174, 177
verbintenis (zie inspannings- en resultaats-)	
verlies van een kans (zie schadevergoeding)	
verschotten	93, 94, 97, 110, 152, 159, 160, 161, 178
voortgang van de werkzaamheden	86, 98-102, 178
voorzichtig beroepsbeoefenaar	68, 175
wanprestatie	64, 70, 134, 136, 157, 166, 167-171, 172, 173, 175, 183, 184, 185, 188, 191
wanprestatie en onrechtmatige daad	
verschillen	170, 171
samenloop	167, 168-169, 171
zelfstandig maatregelen nemen	74-78, 98, 178
zorgplicht	63, 64, 65, 67-106, 116, 174, 178, 182
zorg(-vuldigheid)	47, 59, 64, 65, 68, 70, 71, 81, 85, 90, 116, 166, 169, 171, 172-178, 179, 181, 182, 200, 201

Curriculum vitae

Na de middelbare schoolopleiding (1962-1967) behaalde J.N.G. Vogel in 1971 het getuigschrift kandidaat-gerechtsdeurwaarder. Daarna was hij als toegevoegd kandidaat-gerechtsdeurwaarder werkzaam. In 1975 volgde de benoeming tot gerechtsdeurwaarder te 's-Gravenhage, waar hij zich zelfstandig vestigde. Daarnaast begon hij in 1983 een incassobureau. Vanaf 1988 volgde hij aan de Open Universiteit wetenschappelijk onderwijs en sloot dit op 12 januari 1994 af met het getuigschrift vrij wetenschappelijk onderwijs op het gebied van recht (mr.). In 1991 nam hij een financieringsmaatschappij over en stootte het incassobureau af. Vanaf 1994 tot heden is J.N.G. Vogel naast andere werkzaamheden bezig met het onderzoek over incasso. In verband met zijn verhuizing naar België nam hij in 1996 ontslag als gerechtsdeurwaarder.