



Meningsuiting

‘De berekening van de bewaarplicht in geval sprake is van bijzondere klantafspraken.’

Inleiding

De gerechtsdeurwaarders zorgen er in ons rechtssysteem voor dat dagvaardingen, vonnissen en andere mededelingen de belanghebbenden bereiken en hebben de bevoegdheid om vonnissen te executeren en beslag te leggen op geld en goederen¹. Zij moeten daarbij onafhankelijk en onpartijdig te werk gaan. In het belang van de goede rechtspleging en rechtsbedeling zien de gerechtsdeurwaarders zich geconfronteerd met wet- en regelgeving op diverse terreinen waarbij één item als een rode draad is te herkennen. Dat item is het minimaliseren van de risico's die justitiabelen lopen door (onverantwoord) ondernemen van gerechtsdeurwaarders. De huidige wet- en regelgeving is nog zodanig ingericht dat de gerechtsdeurwaarder als zelfstandig ondernemer nog voldoende ontwikkelingsmogelijkheden heeft in de vrije markt en dat concurrentie bevorderd wordt. Een bovenmatige marktwerking kan echter leiden tot schade voor de justitiabelen indien de commercialiteit doorslaat in onverantwoord ondernemen².

Het BFT constateert steeds vaker dat gerechtsdeurwaarders specifieke klantafspraken maken met hun opdrachtgevers.

In deze notitie zal worden ingegaan op de effecten van deze bijzondere klantafspraken op de berekening van de bewaarplicht. Aan de effecten van de afspraken op de voorfinanciering en/of de waardering van het onderhanden werk zal in een latere notitie worden ingegaan. De wettelijke regeling ten aanzien van de gelden van derden is vervat in artikel 19 van de gerechtsdeurwaarderswet. In het kader van deze notitie zijn daarin met name de leden 1, 2, 3, 4 en 6 van belang.

De bewaarplicht is datgene dat de gerechtsdeurwaarder aan zijn opdrachtgever verschuldigd is. Ten aanzien van de berekening van het verschuldigde bedrag geldt in alle gevallen dat de contractuele afspraken met de opdrachtgever de basis vormen voor die berekening. De jurisprudentie is daar zeer duidelijk in.

Bij het ontbreken van een contract of algemene voorwaarden vindt de berekening plaats op de algemeen aanvaarde berekeningswijze in de branche.

De berekening van de bewaarplicht zal in principe steeds op opdrachtgeverniveau gemaakt moeten worden, tenzij de individuele afspraken met de opdrachtgever zich daartegen verzetten.

Klantafspraken en de gevolgen voor de berekening van de bewaarplicht.

In dit hoofdstuk zal een aantal situaties worden geschetst waarbij klantafspraken invloed hebben op de wijze van berekenen van de bewaarplicht. Waar nodig zal aangegeven worden op welke punten de afspraken (kunnen) leiden tot strijdigheid met de wet en regelgeving.

In overeenstemming met de huidige praktijk dient het bedrag van de bewaarplicht op de bijzondere rekening(en) van de gerechtsdeurwaarder aanwezig te zijn³. De gerechtsdeurwaarder is ter zake van een tekort aansprakelijk⁴. Het is de taak van het Bureau Financieel Toezicht (BFT) om op de nakoming van deze regelgeving toe te zien⁵.



We onderscheiden in deze notitie de volgende soorten klantafspraken:

- Kortingen,
- Retourprovisies,
- Kostenmaximalisatie (waaronder no cure, no pay),
- Garantierendement,
- Incasso's waarbij ontvangen gelden integraal worden doorgestort.

De volgorde en de opsomming wijken gering af van het rapport Verantwoord Ondernemen⁷.

De berekening van de bewaarplicht verloopt (zonder de klantafspraken) als volgt: Ontvangen gelden minus tussentijdse afdrachten minus verschotten minus verdiensten is de bewaarplicht.

In een voorbeeld weergegeven.

Ontvangen gelden	2.000
Tussentijdse afdracht	- 900
Verschotten	- 100
Verdiensten	- 150
Bewaarplicht	850

1 Dossier 1: hoofdsom 3.000, ontvangen 2.000, TTA 900, verschotten 100, verdiensten 150.

Zoals hiervoor al is aangegeven vindt de berekening van de bewaarplicht normaliter plaats op opdrachtgeverniveau. Dossiers met positieve en negatieve bewaarplicht mogen dus met elkaar worden gesaldeerd.

Kortingen worden aan (grote) opdrachtgevers verstrekt als middel om de opdrachtgever als klant te werven dan wel te behouden. Er wordt ingeleverd op de marge, onder de verwachting dat de grotere hoeveelheid werk (vertaald in schaalvoordeel) bedrijfseconomisch voldoende bijdraagt aan het kantoorresultaat. Het verlenen van kortingen leidt tot een hogere verplichting aan de opdrachtgever en dus tot een hogere bewaarplicht⁸. Indien bijvoorbeeld een korting van € 25 wordt verleend op de dagvaarding in het dossier dan dient de bewaarplichtberekening voor dossier 1 als volgt te worden aangepast:

Ontvangen gelden	2.000
Tussentijdse afdracht	- 900
Verschotten	- 100
Verdiensten	- 150
Korting dagvaarding	25
Verdiensten in mindering bewaarplicht	- 125
Bewaarplicht	875

2 Dossier 1 met korting € 25 op dagvaarding

Retourprovisie is contractafpraak waarbij achteraf een korting wordt toegekend op basis van bijvoorbeeld de gerealiseerde omzet of het aantal aangeleverde zaken. Ten aanzien van de retourprovisies geldt dat, vanaf het bereiken van het in de overeenkomst genoemde bedrag of aantal, er sprake is van een betalingsverplichting (en dus bewaarplicht) aan de opdrachtgever.

De systematiek van de berekening van de bewaarplicht op opdrachtgeverniveau wordt hiermee doorbroken. Ook indien er voor alle dossiers tezamen sprake is van een negatieve bewaarplicht ontstaat er tot de hoogte van de verschuldigde retourprovisie een positieve bewaarplicht.



Voorbeeld:

Een opdrachtgever heeft een contract waarin geregeld is dat hij bij aanlevering van meer dan 1.000 dossiers in een bepaald jaar een provisie krijgt van € 10 per dossier. Op 30 september wordt dit aantal bereikt. Op die datum is er op basis van de dossieradministratie een bewaarplicht van negatief € 125.000.

Aangezien er op dat moment op basis van het contract een verplichting richting de opdrachtgever is ontstaan bedraagt de bewaarplicht op dat moment € 10.000 (1.000 dossiers * € 10). Bij ieder nieuw aangeleverd dossier stijgt de bewaarplicht met € 10.

Bonus-malussystemen zijn een bijzondere vorm van retourprovisies. In geval van onderprestatie dient een malus aan de cliënt vergoed te worden (= bewaarplicht), in geval van beter-dan-verwacht-presteren kan het kantoor een bonus (=vordering, in mindering op de bewaarplicht) tegemoet zien.

Kostenmaximalisatie-afspraken zullen op de berekening van de bewaarplicht een grote invloed hebben. Immers, omdat deze afspraken nagenoeg in alle gevallen afspraken op dossierniveau zijn, zal er sprake zijn van invloed op de berekening van (nagenoeg) alle lopende dossiers. De kostenmaximalisatie-afpraak luidt in de regel dat bij het sluiten van het dossier de gerechtsdeurwaarder gerechtigd is een (gemaximeerd) bedrag aan kosten in rekening te brengen. Van belang is tevens of de kostenmaximalisatie is afgesproken met een absoluut maximum, of met een maximum nadat verrekening van out-of-pocketkosten heeft plaatsgevonden⁷ (waarbij nader bekeken dient te worden tot welke categorie exploten van collega's dan behoren). Bovendien komen er kostenmaximalisatie-afspraken voor waarbij de opdrachtgever nooit meer dan een overeengekomen bedrag gedeclareerd krijgt, maar waarbij de gerechtsdeurwaarder bij voldoende ontvangsten alle kosten in rekening mag brengen.

Ten aanzien van de berekening van de bewaarplicht geldt dat de kosten op de ontvangen gelden in mindering komen tot maximaal het afgesproken bedrag, tenzij in het betreffende dossier meer gelden dan af te dragen aan de opdrachtgever zijn ontvangen.

Een voorbeeld ter illustratie.

Als afspraak geldt in de dossiers van deze opdrachtgever een (absolute) kostenmaximalisatie bij niet of niet volledige incasso van de hoofdsom van € 300 en een incasso-provisie van 15%.

Het dossier bevat de volgende bedragen: verschotten € 100, exploten € 150, hoofdsom vordering € 1.500. (Totaal te incasseren: € 2.015).

Op moment A is nihil ontvangen in dit dossier.

De berekening van de bewaarplicht: verschotten € 100, exploten € 150, provisie nihil; totaal € 250. De bewaarplicht in dit dossier is dat te berekenen op negatief € 250. Indien de verschotten en exploten een bedrag groter dan € 300 zouden hebben bedragen is de bewaarplicht gemaximeerd op negatief € 300.

Op moment B is € 1.000 ontvangen in dit dossier.

De berekening van de bewaarplicht: verschotten € 100, exploten € 150, provisie (over € 750) € 113; totaal € 363, echter i.v.m. de afspraak maximaal € 300.

De bewaarplicht in dit dossier is derhalve te berekenen op € 1.000 minus € 300 is € 700 (in plaats van € 637)

Op moment C is € 1.600 ontvangen in dit dossier.



De berekening van de bewaarplicht: verschotten € 100, exploten € 150, provisie (over € 1.350) € 203; totaal € 453. In dit geval is er € 100 meer ontvangen dan de hoofdsom, dit meerdere komt ten goede aan de gerechtsdeurwaarder, zodat de berekening dan wordt: kostenmaximum € 300 + € 100 ofwel € 400, de bewaarplicht is dan € 1.600 minus € 400 is € 1.200. (in plaats van € 1.147). Deze berekening geldt alleen als de contractuele afspraken zich hier niet tegen verzetten).

In zijn algemeenheid wordt opgemerkt dat de invloed op de bewaringspositie in zijn totaliteit als gevolg van de contracten met kostenmaximalisatie meestal gering zal zijn. Dit omdat er op opdrachtgeverniveau ook na een correcte verwerking van de afspraken veelal sprake is van een negatieve bewaarplicht.

Garantierendementsafspraken zijn afspraken waarbij het kantoor aan de cliënt een minimum opbrengst van de overgedragen portefeuille op een overeengekomen moment garandeert. Het kostenrisico van de minnelijke en gerechtelijke incasso ligt volledig bij het kantoor, bovendien draagt het kantoor het risico van (een deel van) de hoofdsom, totdat de minimumgarantie is ontvangen. Ten aanzien van de berekening van de bewaarplicht dient rekening gehouden te worden met (het resultaat van) de inmiddels afgesloten zaken uit de aangeleverde portefeuille. De verplichting naar de opdrachtgever is de bewaarplichtverplichting berekend op de 'standaard'manier, met als minimum bewaarplicht het overeengekomen garantierendement (onder aftrek van de al afgedragen bedragen). Voorbeeld: Een GDW geeft een garantie af dat hij in een bepaalde portefeuille (hoofdsommen bedragen tezamen 1 miljoen euro) binnen 2 jaar 70% incasseert. Op het moment van aangaan van het contract bedraagt de bewaarplicht € 700.000. In het rapport van de Commissie Verantwoord Ondernemen van de KBvG⁸ stelt de commissie zich de vraag of met betrekking tot deze afspraken er sprake is van een verboden gedraging. In elk geval is duidelijk dat deze afspraken conflicteren met artikel 19 lid 4, 2^e volzin⁹. Op de gevolgen daarvan wordt in het volgende hoofdstuk nog teruggekomen.

Incasso's waarbij ontvangen gelden integraal moeten worden doorgestort leiden tot een bewaarplicht op het moment van het ontvangen van de bedragen. Ook hier wordt de systematiek van het berekenen van de bewaarplicht op opdrachtgeverniveau doorbroken. Er is immers een verplichting richting de opdrachtgever om op dossierniveau ontvangen gelden door te storten.

Uitgaande van dossier 1 dat als voorbeeld is genomen aan het begin van dit hoofdstuk is er in dat geval sprake van een bewaarplicht van € 1.100 (zijnde ontvangen gelden verminderd met de tussentijdse afdrachten).

Het effect van de wettelijke regeling op de klantafspraken.

In artikel 19 van de gerechtsdeurwaarderswet zijn waarborgen voor de rechthebbenden (waaronder de gerechtsdeurwaarder) opgenomen, die effect kunnen hebben op de (uitvoering van de) klantafspraken zoals in het vorige hoofdstuk besproken. In dit hoofdstuk zal nader op de risico's voor de gerechtsdeurwaarder worden ingegaan indien hij/zij niet kan voldoen aan zijn financiële verplichtingen.

Met name de leden 3 en 4 van artikel 19 van de gerechtsdeurwaarderswet zijn in het kader van deze notitie van belang¹⁰.

De wet stelt in art. 19 lid 3 elke gerechtsdeurwaarder (dus ook de gerechtsdeurwaarder in loondienst) persoonlijk aansprakelijk voor een tekort op de bijzondere rekeningen, tenzij



hij aannemelijk kan maken dat hem ter zake van het ontstaan van het tekort geen verwijt treft.

Naar onze mening geldt dit (impliciet) ook voor het geval dat de gerechtsdeurwaarder kennis draagt van genomen risico's welke mogelijk tot een tekort kunnen leiden, zonder dat hij actie onderneemt. Branchebreed zijn de gerechtsdeurwaarders het er over eens dat de in het vorige hoofdstuk genoemde klantafspraken (in meer of mindere mate) kunnen leiden tot risico's ten aanzien van de financiële situatie van een kantoor. Een gerechtsdeurwaarder, betrokken bij een kantoor met een tekort op de bijzondere bankrekeningen, zal zich moeten realiseren dat het afsluiten van contracten met bijzondere klantafspraken zoals verwoord in het vorige hoofdstuk zal leiden tot een moeilijke bewijspositie indien het tekort (mogelijk mede) wordt veroorzaakt door deze klantafspraken. Dit geldt ook voor de gerechtsdeurwaarders bij het kantoor die, met de kennis van het bestaan van de bijzondere afspraken, geen actie ten aanzien van deze contracten ondernomen hebben.

Lid 4 van artikel 19 handelt over de ponsd-ponsgewijze uitkering indien er een (niet aangevuld) tekort op de bijzondere rekeningen is. In de voornoemde klantafspraken worden opdrachtgevers bevoordeeld bij de afdrachten boven de andere opdrachtgevers, omdat zij eerder of meer gelden ontvangen dan de overige cliënten van het kantoor. Dit geldt met name bij de klantafspraken 'integraal doorstorten' (eerder én meer), 'kostenmaximalisatie' en 'garantierendement' (beide meer). De eventuele berekening op grond van artikel 19 lid 4 zal betekenen dat de berekening voor alle opdrachtgevers zal moeten plaatsvinden op grond van het contract dat leidt tot de hoogste bewaarplicht. Hierbij dient bedacht te worden dat gelden die (kort) voor het ontstaan van het tekort nog zijn uitbetaald eventueel op grond van paulianeus handelen teruggevorderd moeten worden.

Tot slot

Klantafspraken hebben invloed op de hoogte van de verplichting van de gerechtsdeurwaarder jegens zijn opdrachtgever. Deze invloed dient tot uitdrukking te worden gebracht in de berekening van de bewaarplicht. In de bovenstaande tekst heeft het BFT zijn zienswijze hierover geformuleerd. Zodra er overeenstemming is bereikt over de verwerking van de contractafspraken zal het BFT komen met een voorstel voor de administratieve verwerking van de contractafspraken in de periodieke bewaarplichtoverzichten.

Tot op heden heeft de verwerking van individuele afspraken met opdrachtgevers in de berekening van de bewaarplicht onvoldoende aandacht gekregen van de gerechtsdeurwaarders.

Bij onderzoeken door het BFT zal grote nadruk worden gelegd op de voorfinanciering en de juiste berekening van de bewaarplicht.

- ¹ Rapport trendrapportage Gerechtsdeurwaarders 2006, voorwoord.
- ² Rapport Verantwoord Ondernemen, KBvG 2006, pag. 5
- ³ Bijzondere rekening conform artikel 19 lid 1 van de gerechtsdeurwaarderswet.
- ⁴ Artikel 19 lid 4 van de gerechtsdeurwaarderswet, en onverlet de aansprakelijkheid van de Staat voor gelden ter zake van executiemaatregelen.
- ⁵ Klachten worden ingediend conform het klachtenbeleid van het BFT. Dit klachtenbeleid is te lezen op de website van het BFT.
- ^{*6} zie pagina 5 van het rapport Verantwoord Ondernemen
- ⁶⁷ Het rapport verantwoord ondernemen constateert dat het maar zeer de vraag is of er een verschil mag zijn tussen het opdrachtgeverstarief en het schuldenaarstarief voor wat betreft de ambtshandelingen.
- ⁷⁹ Rapport CVO pagina 7
- ⁸¹⁰ Rapport CVO pagina 8
- ⁹¹¹ Art 19 lid 4 2^e volzin: Is het saldo van de bijzondere rekening niet toereikend om aan iedere rechthebbende het bedrag van zijn aandeel uit te keren, dan mag de gerechtsdeurwaarder aan de rechthebbende slechts zoveel uitkeren als in verband met de rechten van de andere rechthebbenden mogelijk is.
- ¹⁰¹² Uit de jurisprudentie blijkt dat de gerechtsdeurwaarder ook op grond van het strafrecht aangesproken kan worden.