

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS

Beslissing in de zaak onder nummer van: 653.2015

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS TE AMSTERDAM

Beslissing van 13 oktober 2015 zoals bedoeld in artikel 43 van de Gerechtsdeurwaarderswet inzake de klacht met nummer 653.2015 ingesteld door:

BUREAU FINANCIËEL TOEZICHT,
gevestigd te Utrecht,
klager,
gemachtigden: mr. A.T.A. Tilleman, mr. A. van den Brink en D.A. Steensma RA,

tegen:

[],
gerechtsdeurwaarder te Amsterdam,
beklaagde,
gemachtigde: [].

Ontstaan en loop van de procedure

Bij brief met bijlagen van 3 augustus 2015 heeft klager een klacht ingediend tegen beklagde, hierna: de gerechtsdeurwaarder.

De gerechtsdeurwaarder heeft bij brief van 26 augustus 2015 een verweerschrift ingediend.

De klacht is behandeld ter openbare terechtzitting van 1 september 2015 alwaar de gemachtigden van klager alsmede de gerechtsdeurwaarder en zijn gemachtigde zijn verschenen.

Van de behandeling ter zitting is afzonderlijk proces-verbaal opgemaakt.

De uitspraak is bepaald op 13 oktober 2015.

1. De feiten

Uitgegaan wordt van de volgende feiten en omstandigheden:

- a) Klager heeft in 2008 een klacht tegen de gerechtsdeurwaarder ingediend wegens handelen in strijd met artikel 19 (lid 3) Gerechtsdeurwaarderswet.
- b) Bij beslissing van 10 maart 2009 heeft de Kamer voor Gerechtsdeurwaarders (hierna: de Kamer) deze klacht gegrond verklaard en de gerechtsdeurwaarder de maatregel van berisping opgelegd met de aanzegging dat, indien zich andermaal een

van de in artikel 34, eerste lid, bedoelde handelingen voordoet, schorsing zal worden overwogen.

c) Na deze uitspraak van de Kamer heeft klager het herstelproces bij de gerechtsdeurwaarder gemonitord. In aanvulling op het reguliere toezicht vond onderzoek plaats op het kantoor van de gerechtsdeurwaarder, heeft klager cijferanalyses uitgevoerd en hebben meerdere besprekingen per jaar plaatsgevonden om de relevante (financiële) ontwikkelingen van het kantoor te bespreken. Van de bespreking op 20 januari 2012 is een verslag opgemaakt.

d) Blijkens het verslag van de bespreking op 28 februari 2014 zal de gerechtsdeurwaarder voor klager een herstelplan schrijven waaruit blijkt op welke wijze de bewaarpositie in de komende jaren zal worden verbeterd en is tussen de gerechtsdeurwaarder en klager de afspraak gemaakt dat de bewaarpositie van de gerechtsdeurwaarder eind 2014 € 200.000 lager dient te zijn dan begin 2014. Bij brief van 29 april 2015 heeft de gerechtsdeurwaarder bedoeld herstelplan ingediend.

e) Naar aanleiding van het herstelplan heeft op 19 juni 2015 een pre-tuchtrechtelijk gesprek plaatsgevonden tussen de gerechtsdeurwaarder en vertegenwoordigers van klager, waarna door klager de onderhavige klacht is ingediend.

2. De klacht

Klager verwijt de gerechtsdeurwaarder - samengevat - dat hij van 2008 tot heden een tekort op zijn kwaliteitsrekening heeft laten bestaan. Na de uitspraak van de Kamer in 2009 was sprake van een bewaringstekort van € 584.500. Eind 2012 bedroeg het bewaringstekort volgens de door de gerechtsdeurwaarder ingediende overzichten afgerond € 515.000. De verbetering van de bewaringspositie was minder dan verwacht. Dit werd met name veroorzaakt door aanpassingen in de contractvoorwaarden van grote opdrachtgevers en de marktomstandigheden op dat moment (o.a. de kredietcrisis). Het toepassen van de BLOS regelgeving in 2013 had grote invloed op de bewaarpositie. Klager heeft gerechtsdeurwaarders die daarmee te maken kregen een termijn gegeven om de BLOS regelgeving en eventuele daardoor ontstane bewaringstekorten te verwerken. Het tekort op de kwaliteitsrekening van de gerechtsdeurwaarder is medio 2013 in één keer opgelopen van afgerond € 650.000 tot afgerond € 1.450.000. Sinds medio 2013 is het bewaringstekort met afgerond € 240.000 verminderd, maar er lijkt geen uitzicht te zijn op opheffing van het tekort op korte termijn. Op 27 juli 2015 was er, volgens opgave van de gerechtsdeurwaarder, sprake van een negatieve bewaring van afgerond € 1.215.000. Dit klemmt temeer nu de financiële positie van het kantoor van de gerechtsdeurwaarder zwak is. De liquiditeits- en solvabiliteitsratio's voldeden niet aan de normen zoals gesteld in het KBvG rapport 'Verantwoord Ondernemen'. Een tekort in de bewaring van de gelden van derden is op grond van artikel 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet niet toegestaan. Klager heeft intensief toezicht gehouden en doet dit nog steeds, maar verwacht dat het bewaringstekort niet op korte termijn kan worden hersteld.

3. Het verweer van de gerechtsdeurwaarder

De gerechtsdeurwaarder heeft de klacht gemotiveerd bestreden. Voor zover nodig wordt hierna op dat verweer ingegaan.

4. De ontvankelijkheid

4.1 De Kamer zal eerst ingaan op de stelling van de gerechtsdeurwaarder dat klager niet kan worden ontvangen in zijn klacht omdat het feitencomplex gelijk is aan en gebaseerd is op dezelfde uitgangspunten als die aan de orde zijn gesteld in de eerder door klager ingediende klacht, waarop de beslissing van de Kamer van 10 maart 2009 is genomen.

4.2 De Kamer is van oordeel dat geen sprake is van hetzelfde feitencomplex. Als oorzaak van het bewaringstekort ten tijde van de eerste klacht is aangevoerd dat dit is ontstaan omdat de gerechtsdeurwaarder eerst in juni 2008 van zijn accountant vernam dat sprake was van een negatieve bewaringspositie. De gerechtsdeurwaarder heeft vervolgens van klager een termijn voor herstel gekregen en toen de bewaringspositie negatief bleef, heeft klager indertijd een klacht ingediend. Inmiddels staat vast dat de bewaringspositie per 27 juli 2015 € 1.215.000 negatief was. De eerdere klacht is ingediend op 29 december 2008. In verband met die klacht is aan de gerechtsdeurwaarder een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd. De tweede klacht is ingediend op 3 augustus 2015, ruim zes jaar na de eerste klacht. Het door klager in 2008 verwachte volledige herstel en de verwachting dat de organisatie van de gerechtsdeurwaarder op termijn geen continuïteitsproblemen meer zou kennen, heeft zich niet gerealiseerd. Dit levert dan ook een nieuwe situatie op. Dat klager lang heeft gewacht met het indienen van een klacht moge zo zijn, maar daar zijn gegronde redenen voor en de lange duur sec kan er niet toe leiden dat klager in die klacht niet kan worden ontvangen. Indien het standpunt van de gerechtsdeurwaarder juist zou zijn, dan zou dat inhouden dat klager na een aan de gerechtsdeurwaarder opgelegde tuchtrechtelijke maatregel, bij het uitblijven van in dit geval volledig herstel nimmer meer tot het indienen van een klacht zou kunnen overgaan. Dat kan niet worden aanvaard. Onder de hiervoor geschetste omstandigheden is geen sprake van een ne-bis-in-idem situatie.

5. De beoordeling van de klacht

5.1 Uitgangspunt bij de beoordeling van de klacht is dat een gerechtsdeurwaarder overeenkomstig het bepaalde in artikel 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet - samengevat - wordt verplicht een of meer kwaliteitsrekeningen aan te houden die uitsluitend bestemd zijn voor gelden die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig ten behoeve van derden onder zich neemt. Ten laste van die rekening mag hij slechts betalingen doen in opdracht van een rechthebbende. De gerechtsdeurwaarder is verplicht een tekort in het saldo van de kwaliteitsrekening terstond aan te vullen.

5.2 Verder geldt dat een gerechtsdeurwaarder in de maatschappij een plaats bekleedt die mede is gegrond op het vertrouwen dat de justitiabelen in deze ambtenaar hebben. Een grond voor dat vertrouwen is gelegen in het feit dat wat de gerechtsdeurwaarder ten behoeve van zijn opdrachtgevers - zowel in als buiten rechte - incasseert ook daadwerkelijk bij de gerechtsdeurwaarder voorhanden is. De wetgever heeft een en ander - onder meer - geregeld in het hiervoor aangehaalde artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet. Wanneer een gerechtsdeurwaarder niet voldoet aan de in die bepaling opgenomen 'bewaringsplicht', wordt er een inbreuk gemaakt op het vertrouwen dat de maatschappij in de gerechtsdeurwaarder heeft en ook moet kunnen hebben. Dat leidt ertoe dat in de tuchtrechtspraak een inbreuk op die bewaringsplicht in beginsel gesanc-tioneerd moet worden met een ontzetting uit het ambt (ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ3127).

5.3 Onder omstandigheden kan de tuchtrechter afwijken van dit uitgangspunt. De Kamer zal in het navolgende beoordelen of die omstandigheden aanwezig zijn.

5.4 De Kamer is van oordeel dat die omstandigheden niet aanwezig zijn. Hierbij wordt allereerst in aanmerking genomen dat de gerechtsdeurwaarder eerder tuchtrechtelijk (voor eenzelfde tuchtrechtelijk laakbaar handelen) is veroordeeld. Ten tweede wordt in aanmerking genomen dat, ondanks de verwachtingen en tussentijdse tijdelijke verbeteringen in de bewaringspositie, het bewaringstekort nog steeds niet is aangezuiverd, maar zelfs substantieel is opgelopen. Bovendien heeft de gerechtsdeurwaarder niet voldaan aan de met klager gemaakte afspraak dat het tekort voor het einde van 2014 met een bedrag van € 200.000 zou zijn verminderd. Verder wordt in aanmerking genomen dat de liquiditeits- en solvabiliteitsratio's van het kantoor van de gerechtsdeurwaarder niet voldoen aan de normen zoals gesteld in het KBvG rapport 'Verantwoord Ondernemen'. Eind 2014 was er volgens de door de gerechtsdeurwaarder aan klager toegezonden gegevens sprake van een negatieve solvabiliteit van € 1.845.523 en een negatieve liquiditeit van € 3.800.910. Deze zwakke financiële positie maakt het kantoor kwetsbaar voor mogelijke negatieve ontwikkelingen. Dat de negatieve liquiditeitspositie op dit moment niet direct tot grote problemen leidt, doordat de grootste opdrachtgevers en ING Bank zich tot nu toe terughoudend hebben opgesteld, doet hieraan niet af. Het gaat om een enorm bedrag waarbij gedurende de door de gerechtsdeurwaarder verwachte herstelperiode het risico blijft bestaan dat het mis gaat. Daarbij komt dat ook in de visie van de gerechtsdeurwaarder de herstelperiode, ondanks het positieve resultaat over 2014 en het eerste halfjaar van 2015 en de naar boven bijgestelde cash flow prognoses voor de komende jaren, nog geruime tijd in beslag zal nemen. De Kamer heeft begrip voor de situatie van de gerechtsdeurwaarder en is overtuigd van zijn inspanningen en goede bedoelingen maar anders dan de gerechtsdeurwaarder is de Kamer het met klager eens dat er geen reëel uitzicht op een oplossing van het enorme bewaringstekort binnen afzienbare termijn bestaat.

5.5 Ten aanzien van het beroep dat de gerechtsdeurwaarder doet op de laatste zinsnede van artikel 19 lid 3 Gerechtsdeurwaarderswet overweegt de Kamer als volgt. Een beroep op de in dit lid vermelde disculpatiemogelijkheid kan mede gelet op ECLI:NL:GHAMS:2006:AV5217 niet snel worden aanvaard. Op de gerechtsdeurwaarder rust immers een rechtsreeks uit de wet volgende verplichting om een bewaringstekort terstond aan te zuiveren. Het gaat hier om gelden die de gerechtsdeurwaarder onder zich heeft van derden en die toebehoren aan de gezamenlijke rechthebbenden. Deze rechthebbenden moeten erop kunnen vertrouwen dat de bij de gerechtsdeurwaarder gestorte gelden ook daadwerkelijk aanwezig zijn.

5.6 Dat het bewaringstekort is gegroeid vanwege de nieuwe regelgeving (BLOS) rondom de hoogte van de kwaliteitsrekening, rechtvaardigt geen beroep op voormeld artikelonderdeel. De BLOS-regelgeving is bij Verordening tot wijziging van de bijlagen bij de Administratieverordening van 20 juni 2013 door de KBvG vastgesteld. Die regelgeving ziet op een bepaalde wijze van berekening van de bewaringspositie en waardering van het onderhanden werk. Een gerechtsdeurwaarder dient sinds de inwerkingtreding van deze regelgeving, waarin de bewaringspositie op eiserniveau wordt berekend, zijn kantooradministratie conform deze regelgeving in te richten. Alle gerechtsdeurwaarders kregen hiermee te maken. De gerechtsdeurwaarder heeft sinds de inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving ruimschoots de tijd gehad voor de benodigde aanpassing. Veel gerechtsdeurwaarders hebben om aan deze nieuwe regels te voldoen extra inves-

teringen gedaan. De Kamer is van oordeel dat deze regelgeving de gerechtsdeurwaarder niet discolpeert van zijn verantwoordelijkheid voor de huidige financiële situatie van zijn kantoor en de bewaringspositie.

5.7 Het voorgaande leidt ertoe dat de door klager ingediende klacht naar het oordeel van de Kamer gegrond dient te worden verklaard. De gerechtsdeurwaarder heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet en hij heeft niet voldaan aan de wettelijke verplichting de tekorten terstond aan te zuiveren. Mede gelet op de lange periode dat het bewaringstekort bestaat, het feit dat het kantoor van de gerechtsdeurwaarder niet voldoet aan de liquiditeits- en solvabiliteitsratio's zoals gesteld in het KBvG rapport 'Verantwoord Ondernemen', de voorziene periode van herstel en het gedurende die periode voortdurende risico voor de crediteuren, acht de Kamer onderstaande maatregel in deze zaak de enig passende.

6. Op grond van het voorgaande wordt beslist als volgt.

BESLISSING

De Kamer voor Gerechtsdeurwaarders:

- verklaart de klacht gegrond;
- ontzet de gerechtsdeurwaarder uit zijn ambt, welke maatregel van kracht wordt op een na het onherroepelijk worden van deze beslissing per aangetekende brief aan de gerechtsdeurwaarder door de Kamer mee te delen datum.

Aldus gegeven door mr. A.W.J. Ros, voorzitter, mr. M.S.F. Voskens en M. Colijn, leden, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 13 oktober 2015, in tegenwoordigheid van de secretaris.

Tegen deze beslissing kan binnen dertig dagen na dagtekening van verzending van het afschrift van de beslissing, hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam.