

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS

Beslissing in de zaak onder nummer van: 321.2016

Beschikking van 27 september 2016 zoals bedoeld in artikel 43 van de Gerechtsdeurwaarderswet inzake de klacht met nummer 321.2016 van:

BUREAU FINANCIËEL TOEZICHT,
gevestigd te Utrecht,
klager,
gemachtigde: mr. drs. B.N. Takken, interim-directeur,

tegen:

[],
gerechtsdeurwaarders te [],
beklaagden,
gemachtigde: mr. [],
advocaat gevestigd te Amsterdam.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij brief met bijlagen, ingekomen op 25 maart 2016, heeft klager een klacht ingediend tegen beklagden, hierna: de gerechtsdeurwaarders. Bij verweerschrift met bijlagen, ingekomen op 25 april 2016, hebben de gerechtsdeurwaarders op de klacht gereageerd. De klacht is behandeld ter openbare terechtzitting van 14 juni 2016 in aanwezigheid van mr. A. van den Brink, drs. E.H.C. van Engelen RA en A.T.A. Tichelaar namens klager. Gerechtsdeurwaarders sub 1, 2 en 3 zijn verschenen bijgestaan door de gemachtigde vergezeld van zijn collega mr. []. De gerechtsdeurwaarders waren ook vergezeld door []. Beide partijen hebben pleitnota's overgelegd. Van de behandeling ter zitting is afzonderlijk proces-verbaal opgemaakt. De uitspraak is nader bepaald op de 27 september 2016.

2. De feiten

De BLOS-regelgeving is bij Verordening tot wijziging van de bijlagen bij de Administratieverordening van 20 juni 2013 door de KBvG vastgesteld. De regelgeving ziet op een bepaalde wijze van berekening van de bewaarpositie en de waardering van het onderhanden werk. Een gerechtsdeurwaarder dient sinds de inwerkingtreding van deze regelgeving op 10 september 2013 zijn kantooradministratie conform deze regelgeving in te richten.

De gerechtsdeurwaarders hebben in het tweede en derde kwartaal 2013 cijfers bij klager ingediend overeenkomstig deze regels.

Klager heeft van 21 mei tot 2 juni 2014 ingevolge de artikelen 30 lid 1 en 31 lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet een algemeen onderzoek ingesteld naar de financiële situatie van het kantoor en de privé situatie van de gerechtsdeurwaarders. Klager heeft daarbij op twee momenten bewaringstekorten geconstateerd.

Op 9 juni 2015 is het definitieve rapport toegezonden.

Op 26 november 2015 heeft een pre-tuchtrechtelijk gesprek plaatsgevonden.

3. De klacht

3.1 In 2008 heeft klager een uitvoerige meningsuiting gepubliceerd die specifiek betrekking heeft op de berekening van de bewaarplicht in geval sprake is van bijzondere klantafspraken. Vervolgens heeft ook de KBvG veelvuldig aandacht gegeven aan onder andere de publicaties van de werkgroep BLOS en in het verlengde hiervan de relevante besluitvorming binnen de ledenraad van de KBvG. De gewijzigde Administratieverordening is in werking getreden op 10 september 2013. De contractafspraken zijn bij de bepaling van de bewaringspositie, voor zover dat nog niet het geval was, strikt leidend. Met de formele introductie van de BLOS-systematiek is bewust geen ruimte beoogd voor interpretatie en/of vrije waardering met betrekking tot bepaling van de afrekenstand op enig moment. De effecten van BLOS hebben bij de beklagde gerechtsdeurwaarders met name impact op de opdrachtgever CJIB.

3.2 Tijdens het onderzoek is gebleken dat de gerechtsdeurwaarders over het vierde kwartaal 2013 en het eerste kwartaal 2014 de berekeningswijze van de bewaringspositie hebben gewijzigd. Deze berekeningsmethode voldeed daarmee niet meer aan de regels. Voorafgaand aan deze wijziging hebben de gerechtsdeurwaarders daarover geen contact opgenomen met klager om hun zienswijze en het voornemen de berekeningswijze aan te passen, te bespreken. Ook na het eerste kwartaal 2014 tot aan het pre-tuchtrechtelijk gesprek zijn de gerechtsdeurwaarders doorgedaan met het verstrekken van de cijfers op basis van de onjuiste berekeningswijze.

De bewaringspositie op basis van de BLOS-uitgangspunten is per 31 december 2013 en 31 maart 2014 negatief geweest. Het kantoor heeft tot en met het eerste kwartaal 2013 bij de bepaling van de bewaringspositie, de tot dan toe voor het kantoor gebruikelijke berekeningssystematiek gehanteerd. Deze systematiek komt er op neer dat met betrekking tot de uit te splitsen ontvangsten ten behoeve van de opdrachtnemer, naast de strikte afrekenstand van dat moment, ook nog rekening wordt gehouden met een waardering van interne kosten (provisies), gebaseerd op verwachte, maar op dat moment nog niet gerealiseerde ontvangsten.

In het tweede en derde kwartaal van 2013 is de bewaringspositie berekend in overeenstemming met de BLOS-systematiek en is geen rekening gehouden met een waardering op basis van verwachtingen. Over het vierde kwartaal van 2013 en het eerste kwartaal van 2014 is de bewaringspositie berekend op basis van de oude methodiek van de periode van voor het tweede kwartaal van 2013. Op deze laatste indieningsmomenten is sprake van een negatieve bewaringspositie indien deze wordt bepaald op basis van de met ingang van het tweede kwartaal van 2013 verplicht gestelde BLOS-systematiek.

3.3 De BLOS-rekenregels hebben tot doel ervoor te zorgen dat alle gerechtsdeurwaarders op uniforme wijze de ratio's berekenen van liquiditeit en solvabiliteit alsmede de posities omtrent de bewaarplicht, de bewaringspositie, inclusief de waardering van onderhanden werk. Onderdeel hiervan is dat op geen enkele wijze rekening wordt gehouden met toekomstige gebeurtenissen. Ten aanzien van de financiële situatie in de toekomst bestaat immers altijd een onzekerheid ook wanneer wordt gesteld dat een bepaald contract met een opdrachtgever, in dit geval het CJIB, een bepaalde opzegtermijn heeft. BLOS bepaalt dat de bewaringspositie weer moet geven wat een gerechtsdeurwaarder op een bepaald moment aan gelden van derden op de derdengeldenrekening moet hebben staan. Bij dit systeem past niet, dat, zoals door de gerechtsdeurwaarders is gedaan, rekening wordt gehouden met kosten (provisies), die op basis van nog te ontvangen gelden zijn berekend of vastgesteld. Deze gelden zijn immers nog niet ontvangen, dus ook niet de provisie die daarop zijn gebaseerd. Wanneer nog niet gerealiseerde provisie wel worden meegeteld bij het bepalen van de bewaringspositie, wordt de bewaarplicht te laag becijferd en als gevolg daarvan een onjuiste bewaringspositie gepresenteerd. Uitgangspunt bij de toepassing van de BLOS-regels bij het correct bepalen van de afrekenstand per dossier is de fictie dat een dossier op initiatief van de gerechtsdeurwaarder ad hoc moet worden afgewikkeld op basis van de contractuele afspraak. Met dit laatste wordt bedoeld de afspraken ten aanzien van de afwikkeling en niet afspraken omtrent de opzegtermijn.

3.4 Met de formele introductie en inwerkingtreding van de BLOS-systematiek in september 2013 is bewust geen ruimte beoogd voor interpretatie en/of vrije waardering met betrekking tot bepaling van de afrekenstand van de lopende dossiers op enig moment. Door rekening te houden met een waardering op basis van verwachtingen of toekomstige gebeurtenissen hebben de gerechtsdeurwaarders een hoger bedrag becijferd van de portefeuille van het CJIB ter bepaling van de afrekenstand en de bewaringspositie dan op basis van de contractuele uitgangspunten met het CJIB en de wettelijke bepalingen van toepassing is. De kosten (provisies) die hiermee administratief werden afgesplitst waren immers op dat moment nog niet ontvangen en het was ook niet zeker dat de gelden, die recht geven op de provisie, zouden worden ontvangen. De uitleg die de gerechtsdeurwaarders aan de regeling geven past niet in de strekking en doel van de regels. De gerechtsdeurwaarders hebben de door hen gebruikte software, Eurodossier moeten aanpassen, omdat dit systeem standaard de bewaringspositie berekent op de wel toegestane manier.

3.5 Klager verwijt de gerechtsdeurwaarders voorts dat zij zonder overleg tot een andere berekeningswijze zijn overgegaan. Uit de verstrekte cijfers was het voor klager niet op te maken wat de hoogte van de bewaringspositie is geweest in de periode van juni 2014 tot 26 december 2015. Hierdoor is gehandeld in strijd met artikel 1 van de Verordening Beroeps- en gedragsregels gerechtsdeurwaarders.

3.6 Tot slot verwijt klager de gerechtsdeurwaarders dat zij op 31 december 2013 en 31 maart 2014 een negatieve bewaringspositie hebben laten ontstaan van € 222.000 en € 356.000. Nadat het tekort was geconstateerd en beschreven in de rapportage hebben de gerechtsdeurwaarders op aandringen van klager een bedrag van € 400.000,00 op 29 juli 2014 op de kwaliteitsrekening gestort. De gerechtsdeurwaarders hebben dit onder protest gedaan. Desondanks hebben de gerechtsdeurwaarders het tekort niet terstond aangevuld en hebben zij daarmee in strijd gehandeld met artikel 19 lid 3 van de Gerechtsdeurwaarderswet.

3.7 Klager beoogt met de indiening van de klacht aan de orde te stellen dat het een gerechtsdeurwaarder niet past om aan een eigen en afwijkende opvatting omtrent BLOS vast te houden.

3.8 Ter zitting heeft klager hieraan toegevoegd dat de BLOS-regelgeving op het volgende neerkomt. Om een juist beeld te krijgen van de financiële positie van een gerechtsdeurwaarder ten opzichte van derden-rechthebbenden is het van belang dat bij het bepalen van de bewaringspositie wordt uitgegaan van de werkelijke positie op het berekenmoment en dat geen rekening wordt gehouden met eventuele financiële gebeurtenissen waaronder toekomstige provisies, gebaseerd op toekomstige ontvangsten. De fictie van BLOS is dat de gerechtsdeurwaarder in staat moet zijn om conform de afgesproken contractvoorwaarden op het moment van het bepalen van de bewaarpositie te kunnen afwikkelen. Deze werkwijze volgt uit en sluit aan op de wet. In artikel 19 Gdw wordt bepaald dat de gerechtsdeurwaarder, hetgeen hij ten behoeve van zijn opdrachtgever incasseert, daadwerkelijk voorhanden dient te hebben, dat hij slechts betalingen van die kwaliteitsrekening mag doen in opdracht van een rechthebbende en dat een rechthebbende te allen tijde recht heeft op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de bijzondere rekening en niet zoals betoogd door de gerechtsdeurwaarders na afloop van de uitlooptermijn. Dat kan nooit de bedoeling van de wetgever zijn geweest. De gerechtsdeurwaarders houden prematuur rekening met te ontvangen provisie. Kennelijk halen zij de bewaarpositie en de post onderhanden werk door elkaar. Bij het bepalen van het onderhanden werk mag wel rekening worden gehouden met op goede statistische gronden te bereiken resultaten.

4. Het verweer van de gerechtsdeurwaarders

4.1 De gerechtsdeurwaarders hebben primair aangevoerd dat klager niet-ontvankelijk is, omdat het onderhavige meningsverschil aan de gewone rechter dient te worden voorgelegd. Het betreft immers een verschil van inzicht over de wijze waarop de BLOS-regels dienen te worden toegepast. Het past klager in de rol van redelijk handelend toezichthouder niet om een gerechtsdeurwaarder te belemmeren er een eigen opvatting op na te houden. Het oordeel daarover is aan de gewone rechter. Er is voorts gehandeld in strijd met het vertrouwensbeginsel. Klager heeft in strijd met gedane toezeggingen de onderhavige klacht ingediend. Bij een klacht komt immers niet alleen de uitleg van de regels aan de orde maar ook onvermijdelijk een oordeel over een eventueel bewaringstekort. Voorts is in strijd gehandeld met het verbod van willekeur, het klachtbeleid van klager en met het evenredigheidsbeginsel dan wel de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Na de invoering van BLOS zijn tegen andere gerechtsdeurwaarders geen klachten ingediend zo blijkt uit het jaarverslag van klager uit 2013. Klager beschouwt dit als onbehoorlijk, onvolledig en niet transparant communiceren door klager. In dit verband is verwezen naar een uitspraak van de Kamer van 23 januari 2015 (ECLI:NL:TGDKG:2015:7). Ook in die zaak was volgens de gerechtsdeurwaarders van dat gedrag bij klager sprake.

4.2 Subsidiar is de klacht ongegrond. Er zou sprake zijn van een administratief bewaringstekort. Hoe dat is berekend is niet duidelijk gemaakt. Uit de eigen berekening volgt juist een positieve bewaringspositie. De norm staat in artikel 3 van de Administratieverordening. Aan deze bepaling is volledig voldaan. Vanaf het tweede kwartaal 2013 zijn

de gerechtsdeurwaarders volgens de BLOS-regels aan klager gaan rapporteren. Op de laatste dag voor die rapportage is de aangepaste software van Eurodossier (Euro-systems) beschikbaar gekomen. Na de rapportage voor het derde kwartaal is het de gerechtsdeurwaarders gebleken dat de software onvoldoende rekening houdt met de specifieke klantafspraken in het bijzonder met betrekking tot de CJIB portefeuille. Dit leidde tot serieuze verschuivingen in de liquiditeiten. De gerechtsdeurwaarders zijn daarom een intern onderzoek gestart. Daarbij is gebleken dat de rekenregels van BLOS ten aanzien van de CJIB portefeuille niet juist waren opgenomen in het softwarepakket Eurodossier, met alle financiële gevolgen van dien. Vanaf het vierde kwartaal 2013 zijn de gerechtsdeurwaarders daarom hun rapportage zichtbaar gecorrigeerd gaan indienen bij klager en hebben daarvan klager direct bij de aanvang van het onderzoek op hun kantoor in kennis gesteld. Er is niet gehandeld in strijd met de BLOS-regels en daarom bestond er ook geen meldplicht jegens klager. De gerechtsdeurwaarders hebben een contract met het CJIB. Dit contract bepaalt dat er sprake is van een opzegtermijn van 6 maanden en een verplichte (door)behandeltermijn van 1 jaar of langer. Dit contract is van veel waarde voor de gerechtsdeurwaarders. De langere doorlooptijd geeft zekerheid. Het getuigt van goed koopmanschap om daarmee rekening te houden. Er vinden echter geen tussentijdse afdrachten plaats. Afwikkeling van gelden met het CJIB vindt eerst plaats binnen de contractafspraken. Ten onrechte houdt klager vast aan een rigide interpretatie van het BLOS-verslag, omdat daarin sprake is van de fictie dat direct afge-rekend moet worden. Conform de verslagen van de BLOS-werkgroep is de fictie telkens dat het dossier ad hoc wordt afgerekend. In alle stukken wordt het zo omschreven. Voor de gerechtsdeurwaarders is er ook altijd sprake geweest van een "ad hoc" afrekening. Klager construeert ten onrechte een soort direct afrekenmoment. Bij dat afrekenen behoort echter altijd rekening gehouden te worden met de contractuele afspraken. In het geval van de CJIB portefeuille brengt dat met zich mee dat de verlangde afreken-stand pas wordt bereikt na verloop van de nog verplichte behandeltermijn van een jaar. Het standpunt van klager legt een onredelijk bezwarende financiële druk op de gerechts-deurwaarder die een contract heeft met het CJIB. Voor ieder te betekenen dwangbevel zal een voorschot gevraagd moeten worden aan het CJIB. De onder- handen werkwaar-de van een dergelijk exploit bedraagt € 3,53 (in een dossier zonder ontvangst) ondanks dat het exploit tegen het Btag tarief van € 90,65 is uitgebracht. Het surplus van het verkregen voorschot van € 87,12 valt dan direct in de bewaarplicht. Mede gelet op artikel 7 EVRM dient het ervoor gehouden te worden dat Blos onduidelijk is met betrekking tot de bepaling van de bewaarpositie. Klager heeft daarover gedurende twee jaar ook geen duidelijkheid gegeven.

5. Beoordeling van de klacht

5.1 De Kamer acht klager ontvankelijk in de klacht. De Kamer deelt niet de visie van de gerechtsdeurwaarders op de in hun ogen beperkte rol van de tuchtrechter bij een klacht als de onderhavige. Wordt er geklaagd over de naleving van de voor gerechts-deurwaarders geldende regelgeving, dan is het bij uitstek de Kamer die daarover oor-deelt. Zeker nu volgens klager een bewaringstekort is geconstateerd. Voor zover de gerechtsdeurwaarders hebben bedoeld te stellen dat zij gerechtvaardigd erop mochten vertrouwen dat geen klacht zou worden ingediend wordt als volgt overwogen. De ge-rechtsdeurwaarders hebben in hun pleitnota verwezen naar een belofte namens klager gedaan tijdens een hoorzitting van 21 mei 2015. Uit de door de gerechtsdeurwaarders in hun pleitnota aangehaalde passage uit het verslag van die hoorzitting volgt die harde belofte echter niet. Eerder is er sprake van dat klager zich over de indiening van een

klacht nog moest beraden. In de pleitnota wordt tevens verwezen naar instemming door klager met de wijze van verslaggeving door de gerechtsdeurwaarders. Klager heeft deze instemming uitdrukkelijk weersproken. Wel is gebleken, zoals de gerechtsdeurwaarders zelf in hun brief aan de Kamer van 10 maart 2016 hebben vermeld, dat sprake is geweest van een discussie met klager waarbij ruimschoots argumenten zijn gewisseld, maar waarbij de gerechtsdeurwaarders uiteindelijk klager niet hebben kunnen overtuigen van de juistheid van hun standpunt. Ook gezien het pre-tuchtrechtelijk gesprek hebben de gerechtsdeurwaarders er niet gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat geen klacht meer zou worden ingediend.

5.2 Ingevolge artikel 34 van de Gerechtsdeurwaarderswet zijn gerechtsdeurwaarders en kandidaat-gerechtsdeurwaarders onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met die wet of in strijd met hetgeen een behoorlijk gerechtsdeurwaarder betaamt. Ter beoordeling staat of de handelwijze van de gerechtsdeurwaarders een tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

5.3 Niet in geschil is dat de gerechtsdeurwaarders volgens hun eigen berekeningswijze zijn gekomen tot een positieve bewaringspositie over de bewuste twee kwartalen doordat zij daarbij rekening hebben gehouden met toekomstige nog niet genoten inkomsten in het kader van het contract met het CJIB en daarmee verband houdende afsplitsing van gelden.

5.4 Evenmin is in geschil dat bij toepassing van de door klager voorgestane berekeningswijze de bewaarpositie op twee momenten negatief is geweest. De door klager te dien aanzien genoemde bedragen zijn door beklagden op geen enkele wijze weerlegd. De gerechtsdeurwaarders meenden door hun afwijkende interpretatie van de BLOS-regelgeving dat zij wel een positieve bewaringspositie hadden, maar afwijkingen van die regelgeving kunnen niet worden toegestaan. Dat zou in strijd zijn met de doelstelling van BLOS, die juist uniformiteit in de berekening van onder meer de bewaringspositie beoogt. Klantafspraken dienen daarbij te worden gerespecteerd, echter niet zodanig dat nog niet gerealiseerde kosten/provisies daarin worden verdisconteerd. De BLOS-regelgeving prevaleert, zo oordeelde ook het Hof Amsterdam in overweging 6.2.3. van de uitspraak van 21 juli 2015 (ECLI:NL:GHAM:S:2015:3050).

5.5 Het is vaste jurisprudentie dat als een gerechtsdeurwaarder niet voldoet aan de in artikel 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet opgenomen “bewaringsplicht”, hij inbreuk maakt op het vertrouwen dat de maatschappij in de gerechtsdeurwaarder heeft en ook moet kunnen hebben. Het schenden van die plicht leidt in de tuchtrechtspraak in beginsel tot een ontzetting uit het ambt.

5.6 De door de gerechtsdeurwaarders voorgestane berekeningswijze is, gezien in het licht van de voorwaarden van het CJIB contract, te verdedigen. De Kamer twijfelt ook niet aan de integriteit van de gerechtsdeurwaarders, die immers ook het door BFT becijferde tekort spoedig hebben aangezuiverd. De BLOS-regels moeten echter uniform worden toegepast om zodoende aan de achterliggende gedachte van die regels, namelijk dat een gerechtsdeurwaarder op ieder moment aan zijn verplichtingen moet kunnen voldoen, optimaal inhoud en vorm te geven. De gerechtsdeurwaarders menen dat de toepassing van die regels tot een voor hen te belastende bewaringspositie leidt. Zij zien er echter aan voorbij dat bewust is gekozen voor het vaststellen van de bewaringspositie onder ongunstige omstandigheden om zodoende voor de opdrachtgever(s)

maximale zekerheid te creëren. Een standpunt dat naar de mening van de Kamer valt te billijken. Niet in geschil is dat de gerechtsdeurwaarders, zonder klager daarvan vooraf in kennis te stellen, zijn afgeweken van hun eerdere en wel met die van klager overeenstemmende berekeningswijze. Die laatste is pas tijdens het onderzoek aan het licht gekomen. De Kamer rekent dit de gerechtsdeurwaarders aan. Aan de andere kant had klager sneller kunnen handelen door die afwijkingen eerder op te merken.

5.7 De gerechtsdeurwaarders voeren ook nog aan dat de BLOS-regelgeving onduidelijk is, maar daarvan is de Kamer niet gebleken. De regelgeving streeft uniformiteit na waardoor er geen ruimte kan zijn voor vrije interpretatie van de berekeningsmethodiek van de bewaringspositie. Dat klager coulance heeft betracht bij de implementatie van de BLOS-regelgeving, betekent niet dat klager tegen bewuste afwijking van die regelgeving niet zou mogen optreden.

5.8 Op grond van het hiervoor overwogene acht de Kamer de klacht wel gegrond, maar ziet geen aanleiding tot het opleggen van een maatregel. Bij dit laatste wordt betrokken dat klager heeft verklaard met haar klacht te hebben beoogd te bewerkstelligen dat regels door gerechtsdeurwaarders uniform worden toegepast.

5.9 Op grond van het voorgaande wordt beslist als volgt.

BESLISSING

De Kamer voor Gerechtsdeurwaarders:

- verklaart de klacht gegrond;
- ziet van het opleggen van een maatregel af.

Aldus gegeven door mr. J.H.C. Schouten, plaatsvervangend-voorzitter, mr. M. Nijenhuis en A.M. Maas, leden, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 september 2016 in tegenwoordigheid van de secretaris.