

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/13/677165 / DW RK 19/670

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS TE AMSTERDAM

Beslissing van 18 december 2020 zoals bedoeld in artikel 43 van de Gerechtsdeurwaarderswet inzake de klacht met nummer C/13/677165 / DW RK 19/670 ingesteld door:

HET BUREAU FINANCIËEL TOEZICHT (hierna: het BFT),

gevestigd te [],

klaagster,

gemachtigde: mr. [], ,

tegen:

1. [],

gedefungeerd op 1-12-2015,

2. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

3. mr. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

4. mr. [],

gedefungeerd op 1-12-2019,

5. mr. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

7. [],

gedefungeerd op 1-2-2019,

8. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

9. [],

gedefungeerd op 31-12-2017,

10. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

11. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

12. [],

gedefungeerd op 1-12-2015,

13. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

14. [],

gerechtsdeurwaarder te [],

15. [],
uit dienst bij [] op 1-12-2017,
gerechtsdeurwaarder te [] (kantoor []),
16. [],
gedefungeerd op 1-1-2016,
17. mr. [],
gedefungeerd 1-10-2018,
18. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
19. mr. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
20. [],
gefungeerd op 10-3-2016,
21. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
22. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
23. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
24. [],
gefungeerd op 31-10-2018,
25. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
26. [],
gedefungeerd op 15-2-2019,
27. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
28. [],
gedefungeerd op 1-2-2017,
29. [],
gedefungeerd op 6-6-2015,
30. [],
gedefungeerd op 6-6-2015,
31. [],
gedefungeerd op 31-1-2015,
32. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
33. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
34. [],
gedefungeerd op 31-5-2016,
35. mr. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
36. mr. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
37. mr. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
38. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
39. [],

gerechtsdeurwaarder te [],
40. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
41. mr. [],
gedefungeerd op 31-12-2018,
42. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
43. [],
gerechtsdeurwaarder te []t,
44. [],
gedefungeerd op 1-9-2015,
45. [],
gedefungeerd op 31 december 2018,
46. [],
uit dienst bij [] op 1-7-2015,
gerechtsdeurwaarder te [],
47. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
48. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
allen bijgestaan door gemachtigde: mr. [], advocaat te []

en

6. mr. [],
gedefungeerd op 1-9-2016,

beklaagden (hierna ook: de gerechtsdeurwaarders).

Ontstaan en verloop van de procedure

Bij brief met bijlagen van 19 december 2019 heeft het BFT een klacht ingediend tegen de gerechtsdeurwaarders. De 47 gerechtsdeurwaarders die worden bijgestaan door mr. [] hebben op 15 januari 2020 een incidenteel verweerschrift ingediend. Daarop heeft de kamer, na een schriftelijke procedure, op 12 juni 2020 beslist. Vervolgens hebben deze 47 gerechtsdeurwaarders op 24 juli 2020 een inhoudelijk verweerschrift met bijlagen ingediend. Beklaagde onder 6 (hierna te noemen: []) laat zich niet bijstaan door een gemachtigde en heeft geen incidenteel verweer opgeworpen, maar heeft op 25 maart 2020 direct een inhoudelijk verweerschrift met bijlagen ingediend. De kamer heeft de klacht behandeld ter openbare terechtzitting van 30 oktober 2020. Namens klagster zijn verschenen: mr. [], mr. [], mr [], drs. [] RA en [] RA. Van de kant van de gerechtsdeurwaarders zijn verschenen: [], [], mr. [], mr [], [] en [], vergezeld door de gemachtigde mr. []. [] heeft schriftelijk laten weten niet te verschijnen ter zitting. Partijen hebben mede aan de hand van pleitnota's hun standpunten toegelicht en vragen van de kamer beantwoord. Van de behandeling ter zitting zijn aantekeningen gemaakt. De uitspraak is bepaald op 11 december 2020 en is later aangehouden tot vandaag.

1. De feiten

- a) Het BFT heeft in 2018 en 2019 twee onderzoeken verricht bij [], het gerechtsdeurwaarderskantoor waaraan de gerechtsdeurwaarders (op enig moment) verbonden zijn (geweest) (hierna: []). De onderzoeken zijn gesloten op 15 maart 2019. De concept-onderzoeksrapporten zijn op 11 april 2019 aan [] verstrekt. [] heeft daarop schriftelijk gereageerd op 2 mei 2019. De definitieve resultaten van de onderzoeken zijn opgenomen in twee rapportages die beide op 13 juni 2019 aan [] zijn toegezonden. De onderzoeken waren gericht op de wijze waarop [] de automatisering had ingericht en hoe zij de contractafspraken over tarieven en verdiensten had verwerkt in de bewaringspositie (beschreven in rapport 1) en op de ratio's van liquiditeit en solvabiliteit (beschreven in rapport 2).
- b) Na verzending van de definitieve rapportages door het BFT op 13 juni 2019 heeft [] op 2 juli 2019 een nadere reactie gegeven.
- c) Naar aanleiding van de bevindingen uit de definitieve rapporten heeft het BFT de onderhavige klacht bij de kamer ingediend.

2. De klacht van het BFT

2.1 Het BFT verwijt de gerechtsdeurwaarders dat zij:

- 1) vanaf 31 december 2014 een bewaringstekort hebben laten ontstaan dat ten tijde van het indienen van de klacht niet volledig was aangezuiverd;
- 2) in het jaar 2018 retourprovisie (kickbackfees) ten onrechte niet hebben meegenomen bij de berekening van de bewaarplicht;
- 3) in 2017 en 2018 een negatieve solvabiliteitspositie hebben gehad die zij niet aan het BFT hebben gemeld.

2.2 Klachtonderdeel 1 richt zich tegen alle beklagden. Klachtonderdelen 2 en 3 richten zich tegen de beklagden die in de relevante periode, waar deze klachtonderdelen op zien, verbonden waren aan []. Voor klachtonderdeel 2 is dat de periode van 31 december 2017 tot en met 31 december 2018 (met andere woorden, het jaar 2018) en voor klachtonderdeel 3 is dat de periode van 1 januari 2017 tot en met 31 december 2018 (dus de jaren 2017 en 2018).

Bewaringstekort

2.3 Het BFT verwijt de gerechtsdeurwaarders dat vanaf 31 december 2014 een bewaringstekort bestond dat ten tijde van het indienen van de klacht niet volledig was aangezuiverd. De gerechtsdeurwaarders handelden daarmee in strijd met artikel 19 Gerechtsdeurwaarderswet (hierna "Gdw") dat – kort gezegd - bepaalt dat de gerechtsdeurwaarder verplicht is de gelden, die hij ten behoeve van derden onder zich heeft, aan te houden op een daartoe bestemde derdenrekening, die te allen tijde voldoende gelden moet bevatten om de verplichtingen aan derden te kunnen voldoen (hierna ook: "de bewaarplicht"). De bepaling in artikel 19 Gdw is van openbare orde en hiervan mag niet worden afgeweken in afspraken tussen gerechtsdeurwaarder en opdrachtgever. Ten behoeve van de uniforme berekening van de bewaarplicht zijn regels opgesteld (hierna: "de BLOS-regelgeving") die zijn opgenomen in de Administratieverordening. In de BLOS-regelgeving is bewust gekozen voor het vaststellen van de hoogte van de bewaarplicht onder ongunstige omstandigheden om zodoende voor de opdrachtgever(s) maximale zekerheid te creëren.

2.4 [] is één van de opdrachtgevers van []. In het contract tussen [] en [] is een bepaling opgenomen die erop neerkomt dat bij opzegging van het contract door [] of door [], [] alle gemaakte kosten bij [] in rekening kan brengen, terwijl dit lopende het contract niet mag. Het gevolg hiervan is dat, gelet op de bevoegdheid van [] om de gemaakte kosten te verrekenen met de geïncasseerde bedragen, de bewaarplicht bij opzegging lager is dan lopende het contract. [] heeft, op basis van haar afspraken met [], de bewaarplicht berekend op basis van de fictie dat [] het contract opzegt. Deze berekeningswijze van de bewaarplicht is volgens het BFT in strijd met de dwingende bepaling van artikel 19 Gdw. De BLOS-regelgeving kan niet ruimer worden geïnterpreteerd dan de wettelijke bepaling van artikel 19 Gdw. Een afspraak hierover tussen partijen maakt dit niet anders (zie artikel 19, lid 8 Gdw).

2.5 Door de onjuiste verwerking van het contract met [] in de gezamenlijke administratie van de gerechtsdeurwaarders van [] is bij de beklagde gerechtsdeurwaarders van [] een bewaringstekort ontstaan. Dit varieert van € 9.284.344,- in totaal op 31 december 2014 tot € 6.506.521,- in totaal op 31 december 2018. Op basis van de ontvangen kwartaalinformatie over 2019 concludeert het BFT dat op het moment van indiening van de klacht nog steeds een bewaringstekort bestond.

2.6 Tijdens het onderzoek is verder geconstateerd dat de afspraken tussen [] en een andere grote klant, [], voor wat betreft de dossiers van [] niet op juiste wijze in de administratie zijn verwerkt. Op 23 juni 2015 is tussen [] en [] met betrekking tot [] een vaststellingsovereenkomst (hierna: "vso") gesloten naar aanleiding van een verschil van inzicht met betrekking tot het afdragen van de ontvangen hoofdsommen. De vso hield in dat [] alsnog moest overgaan tot het afdragen van hoofdsommen. De totale achterstand bedroeg bij het aangaan van de vso € 5.500.000,-. Deze nog te betalen hoofdsommen vielen onder de bewaarplicht van de gerechtsdeurwaarders, maar zijn door hen niet als zodanig geadministreerd, waardoor voormeld bedrag per 31 december 2014 ten onrechte niet in de bewaarplicht is betrokken. Per 31 december 2017 bedroeg het totale bedrag dat niet in de bewaarplicht werd betrokken nog € 978.702,-.

Retourprovisie

2.7 Het tweede verwijt dat het BFT de gerechtsdeurwaarders maakt, is dat zij bij de berekening van de bewaarpositie de tussen [] en [] afgesproken retourprovisie niet hebben meegenomen. In het contract tussen partijen is opgenomen dat 'de verplichting tot het betalen van een kickbackfee (door [] aan []) ontstaat in die gevallen waarbij de verzekerde / schuldenaar de volledige vordering (hoofdsom, rente en incassokosten) binnen 14 dagen na verzending van de eerste sommatie voldoet'. De gerechtsdeurwaarders hebben deze kickbackfee niet meegenomen bij de berekening van de bewaarplicht. Echter, indien de kickbackfee is verschuldigd, is volgens het BFT sprake van een betalingsverplichting aan de opdrachtgever en is dus sprake van een bewaarplicht voor deze gelden. Dit standpunt is door de kamer bevestigd in een uitspraak van 12 november 2019, aldus BFT. De omvang van de totale retourprovisie beliep per 31 december 2017 € 14.580,- en per 31 december 2018 € 26.130,-. Als gevolg hiervan is de bewaarplicht door de gerechtsdeurwaarders op deze peilmomenten te laag weergegeven.

Liquiditeit, solvabiliteit en meldplicht

2.8 Ten derde verwijt het BFT de gerechtsdeurwaarders dat zij in de periode van 1 januari 2017 tot en met 31 december 2018 niet hebben voldaan aan de “Bestuursregel liquiditeit en solvabiliteit” door ten onrechte de vermogensinbreng door participanten als eigen vermogen (achtergestelde leningen) aan te merken. Als rekening wordt gehouden met de eisen die gesteld worden aan het opnemen van achtergestelde leningen, is het eigen vermogen van [] in ieder geval vanaf 1 januari 2017 negatief geweest. Het eigen vermogen bedroeg eind 2017 € 19.200.720,- negatief en eind 2018 € 21.900.524,- negatief. Inmiddels wordt sinds medio 2019 voldaan aan de Bestuursregel. In de periode dat dat niet het geval was, hebben de gerechtsdeurwaarders dat ten onrechte niet gemeld, in strijd met artikel 19a Gdw jo artikel 3, lid 4 Regeling meldplicht voor gerechtsdeurwaarders en wijze van indiening van gegevens aan het Bureau.

3. Het verweer van de gerechtsdeurwaarders

3.1 Het verweer van []

Zorgvuldigheidsbeginsel

3.1.1 [] heeft aangevoerd dat het indienen van de klacht tegen hem in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel. [] is op 1 september 2016 gedefungeerd als gerechtsdeurwaarder en eind februari 2020 is hij voor het eerst, na drie en een half jaar, geconfronteerd met deze tuchtklacht. Dit acht hij uiterst onzorgvuldig. Het enkele feit dat [] toen gerechtsdeurwaarder was, is onvoldoende om nu nog na al die jaren een klacht tegen hem in te dienen. Evenmin kan het BFT zich daarbij verschuilen achter het feit dat zij aan [] heeft verzocht om alle gedefungeerde gerechtsdeurwaarders van de resultaten van het onderzoek op de hoogte te stellen. De handelwijze van het BFT getuigt van grove nalatigheid en dit kan en mag niet zonder gevolgen blijven.

Overschrijden redelijke termijn

3.1.2. Een tuchtklacht moet binnen een redelijke termijn worden ingediend. Dit beginsel van rechtszekerheid is onder meer gebaseerd op artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). [] verwijst hiervoor naar art. 37 lid 2 Gdw. De klacht is niet binnen de daarvoor geldende redelijke termijn van drie jaren ingediend, gerekend vanaf het moment waarop het BFT redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van de feiten waarop de klacht betrekking heeft. [] is dan ook van oordeel dat de klacht jegens hem niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

Geen verwijt

3.1.3 Voor het geval de klacht wel ontvankelijk wordt geacht, voert [] aan dat het wel relevant is of hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot het ontstaan van het bewaringstekort. [] verwijst hiervoor naar artikel 19 lid 3 Gdw. []'s eigen handelen of nalaten als individuele gerechtsdeurwaarder moet worden beoordeeld. [] is niet betrokken geweest bij de gedragingen die zouden hebben geleid tot een bewaringstekort. [] ontving als vestigingsmanager van de []-vestiging in [] periodiek van de gemeenschappelijke boekhouder van het hoofdkantoor van [] een overzicht van de bewaarplicht. Uit deze overzichten heeft [] steeds kunnen opmaken dat

voortdurend werd voldaan aan de wettelijke verplichtingen van de bewaarplicht c.q. de bewaringspositie. Uit het door de andere gerechtsdeurwaarders ingediende incidentele verweerschrift valt af te leiden dat de inhoudelijke discussie over de omvang van de bewaringspositie, met inachtneming van de specifieke afspraken die hiervoor met de opdrachtgever waren gemaakt, is gevoerd op bestuursniveau van []. Binnen [] waren (voormalig) bestuurders en gerechtsdeurwaarders, de heren [] en [], rechtstreeks verantwoordelijk voor de overeenkomsten met opdrachtgevers en het gevoerde financiële beleid in de voor [] relevante periode (2014 tot medio 2016). [] is dan ook van oordeel dat hem geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

3.2 Het verweer van de overige (47) gerechtsdeurwaarders.

3.2.1 Primair hebben de gerechtsdeurwaarders enkele niet-ontvankelijkheidsverweren opgeworpen en voeren zij aan dat:

1. de klacht onbevoegdlijk is ingediend;
2. sprake is meervoudig en structurele schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
3. de klacht alleen ontvankelijk is ten aanzien van [] en [], dan wel alleen ten aanzien van de 27 gerechtsdeurwaarders die op 19 december 2019 verbonden waren aan [];
4. de klacht niet-ontvankelijk is wegens ouderdom van het gestelde klachtwaardige handelen;
5. de klacht niet-ontvankelijk is ten aanzien van gedefungeerde gerechtsdeurwaarders; voor klachtonderdeel 2 betreft dat 13 gerechtsdeurwaarders en voor klachtonderdeel 3 betreft dat 9 gerechtsdeurwaarders.

3.2.2 Subsidiair hebben de gerechtsdeurwaarders de klacht gemotiveerd inhoudelijk weersproken. Voor zover van belang wordt hierna op dat verweer ingegaan.

4. Beoordeling van de ontvankelijkheidsverweren

4.1 Alvorens de klacht inhoudelijk te behandelen, dient de kamer te beoordelen of de klacht ontvankelijk is. Bij incidentele beslissing van 12 juni 2020 heeft de kamer de ontvankelijkheidsverweren van de 47 gerechtsdeurwaarders die worden bijgestaan door mr. [], hiervoor vermeld onder 3.2.1 sub 1, 3 en 5, verworpen. Wat in die beslissing is overwogen ten aanzien van het verweer onder 3.2.1. sub 5, geldt ook voor het verweer van [], hiervoor vermeld onder 3.1.3. Dat verweer van [] kan dus ook niet slagen.

Ad 3.1.1 en 3.2.1. sub 2: schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur

4.2 Voorop wordt gesteld dat het het BFT vrij staat een klacht bij de tuchtrechter in te dienen als uit een onderzoek blijkt dat in haar visie sprake is van gedrag van een gerechtsdeurwaarder dat de normen overschrijdt. Deze haar zelfstandig toekomstende bevoegdheid is vastgelegd in de wet (artikel 30b van de Gdw) en kan het BFT niet snel worden ontzegd.

4.3 Het BFT is belast met wettelijk toezicht, bestaande uit onder meer handhaving. Voorafgaand aan iedere vorm van handhaving weegt het BFT af welke maatregel volgens haar de juiste is. Die afweging vindt plaats aan de hand van het in de Staatscourant gepubliceerde handhavingsbeleid van het BFT. De keuze om een tuchtklacht in te

dienen en niet een ander handhavingsinstrument in te zetten, alsmede de keuze tegen welke gerechtsdeurwaarders die klacht wordt gericht, is aan het BFT. De kamer kan een dergelijke keuze slechts marginaal toetsen.

4.4. De kamer ziet geen concrete aanknopingspunten voor het vergaande oordeel dat het BFT in dezen niet in redelijkheid en in overeenstemming met haar eigen handhavingsbeleid heeft kunnen kiezen voor het indienen van een tuchtklacht tegen de gerechtsdeurwaarders. Dit verweer wordt dan ook niet gevolgd.

Ad 3.1.2 en 3.2.1. sub 4: termijnoverschrijding

4.5 Het BFT is niet te laat met het indienen van de klacht. Zij is pas na het afronden van het onderzoek op de hoogte gekomen van de feiten die hebben geleid tot de indiening van de klacht. Daarnaast was het moment waarop het BFT het onderzoek is gestart niet onredelijk laat. De gerechtsdeurwaarders hebben geen grond aangevoerd waarom het BFT het onderzoek eerder had kunnen/moeten starten. Het betrof een algemeen onderzoek naar de naleving van de BLOS-regelgeving. Nu de BLOS-regelgeving in 2013 in werking is getreden, kan niet zonder meer worden geoordeeld dat een onderzoek in 2018 naar de naleving van die normen onredelijk laat is en tot niet-ontvankelijkheid zou moeten leiden.

4.6 Gelet op het voorgaande wordt het BFT ontvankelijk verklaard in haar klacht.

5. De inhoudelijke beoordeling van de klacht

5.1 Op grond van artikel 34 lid 1 Gdw zijn gerechtsdeurwaarders, waarnemend gerechtsdeurwaarders, toegevoegd gerechtsdeurwaarders, kandidaat-gerechtsdeurwaarders en degene die is toegevoegd in het kader van de stageverplichting bij de in artikel 25, eerste lid bedoelde opleiding, onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk gerechtsdeurwaarder niet betaamt. Ter beoordeling staat of de handelwijze van de gerechtsdeurwaarders een tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

Klachtonderdeel 1

5.2 Ten aanzien van klachtonderdeel 1 overweegt de kamer als volgt. De gerechtsdeurwaarders betwisten dat sprake is geweest van een bewaringstekort. Zij voeren aan dat artikel 19 Gdw hun geen handvatten geeft voor de wijze waarop de omvang van de bewaarplicht moet worden vastgesteld, dat zij daarom aansluiting hebben gezocht bij de voor de beroepsgroep bindende BLOS-regelgeving en dat zij in overeenstemming met deze regelgeving hebben gehandeld. .

5.3 Voorop staat dat de bewaarplicht zoals omschreven in artikel 19 Gdw van dwingend recht is. De wetgever heeft met deze bepaling beoogd de opdrachtgever te beschermen tegen deconfiture van een (kantoor van een) gerechtsdeurwaarder door de gerechtsdeurwaarder te verplichten dat hij te allen tijde de door hem geïncasseerde bedragen, na verrekening van de kosten, aan de opdrachtgever kan afdragen. De in de Administratieverordening opgenomen BLOS-regelgeving is vervolgens ingevoerd om 'in het belang van de rechtszekerheid (...) iedere subjectieve inkleuring (...) [daarvan] te ver-

mijden'. In de bijlagen bij de Administratieverordening (staten en voorschriften ten aanzien van de berekening van de bewarings- en liquiditeitspositie en de toelichting daarop) is onder meer vermeld: "Leidend voor de bepaling van het onderhanden werk zijn de contractuele afspraken tussen de gerechtsdeurwaarder en de opdrachtgever (...)". Voor de bepaling van het onderhanden werk in de verslagstaten wordt verwezen naar het rapport van de werkgroep BLOS uit 2011, waarin ten aanzien van de afrekenstand van het onderhanden werk op basis van de tarief- en klantafpraak is vermeld: "periodiek worden alle dossiers virtueel afgerekend naar de status van het moment in een zogenaamd kwaliteitsoverzicht. *Uitgangspunt daarbij is dat de afwikkeling op initiatief van de gerechtsdeurwaarder (en niet van de opdrachtgever) plaatsvindt*" (cursivering kamer).

5.4 Niet in geschil is dat [] de bewaarplicht inzake [] heeft berekend op basis van de fictie dat [] het contract met [] zou opzeggen. De gerechtsdeurwaarders menen dat zij aldus hebben voldaan aan de BLOS-regels, die immers letterlijk voorschrijven dat de bewaarplicht wordt berekend met inachtneming van het uitgangspunt dat de gerechtsdeurwaarder het contract opzegt. Op die grond zijn de gerechtsdeurwaarders verder van mening dat zij niet in strijd hebben gehandeld met artikel 19 Gdw. De kamer volgt hen niet in dat standpunt, op grond van de hierna volgende overwegingen.

5.5 De zuiver taalkundige uitleg van de BLOS-regels leidt in dit specifieke geval tot een uitkomst die niet overeenstemt met de beschermingsgedachte achter het dwingende voorschrift van artikel 19 Gdw. Die gedachte is dat te allen tijde voldoende middelen op de kwaliteitsrekening staan om iedere rechthebbende op derdengelden te kunnen geven wat hem toekomt. Daaraan werd in dit geval niet voldaan. De afspraak met [] hield immers in dat [], als zij het contract opzegde, alle gemaakte kosten mocht verrekenen met de geïncasseerde bedragen, terwijl [] dit lopende het contract niet mocht. Lopende het contract met [] was de bewaarplicht dus hoger dan bij opzegging daarvan en alleen de gelden die in die laatste situatie moesten worden aangehouden, werden betrokken in de bewaarplicht. Lopende het contract werd dus onvoldoende bewaard. In het geval [] in die situatie failliet zou zijn gegaan (de situatie waarop de beschermingsgedachte van artikel 19 Gdw met name ziet), zouden er dus onvoldoende gelden op de derdengeldrekening hebben gestaan.

5.6 De gerechtsdeurwaarders hadden moeten inzien dat hun wijze van berekening van de bewaarplicht strijdig was met de in artikel 19 Gdw vervatte bedoeling van de wetgever, dat ook in het meest slechte geval genoeg geld op derdengeldenrekening dient te staan voor rechthebbenden. De gerechtsdeurwaarders hadden ook moeten inzien dat de BLOS-regels ervan uitgaan dat bij opzegging door de gerechtsdeurwaarder de meest ongunstige (hoogste) bewaringspositie geldt. Dat is ook logisch, want het is niet gebruikelijk dat een opdrachtnemer die een contract opzegt daarbij meer kosten in rekening mag brengen dan hij tijdens de looptijd van het contract mag doen. Het ligt voor de hand dat partijen elkaar meer gunnen wanneer het contract wordt nageleefd, dan wanneer een van beide het contract naar eigen inzicht opzegt. Bij het opstellen van de BLOS-regels is geen rekening gehouden met de situatie die hier aan de orde is, dat een gerechtsdeurwaarder met zijn opdrachtgever afspreekt dat hij bij opzegging van de overeenkomst alle gemaakte kosten mag verrekenen, waardoor het bij opzegging af te dragen bedrag lager wordt dan tijdens de looptijd van de overeenkomst en de situatie waarbij de gerechtsdeurwaarder opzegt dus juist niet de meest ongunstige is. De kamer is van oordeel dat de gerechtsdeurwaarders de omvang van de bewaarplicht

conform (de bedoeling van) artikel 19 Gdw hadden moeten begroten op de plicht die bestond tijdens de looptijd van de overeenkomst met []. Dat was immers in dit specifieke geval het meest ongunstige scenario. Als [] tijdens de looptijd van het contract met [] failliet zou zijn gegaan, zou er geen sprake meer zijn geweest van opzegging van het contract door [] en dus ook niet van afrekening conform de tussen [] en [] gemaakte afspraken. Uit het feit dat op enig moment het bestuur van [] additionele afspraken is gaan maken met [] om toch nader te gaan reserveren, leidt de kamer af dat de gerechtsdeurwaarders eigenlijk wel beseften dat hun berekening van de bewaarplicht een risico in zich droeg.

5.7 De kamer heeft al eerder bepaald dat op grond van (het systeem van) de Gdw de aan het kantoor verbonden (bij Koninklijk Besluit) benoemde gerechtsdeurwaarders volledig verantwoordelijk zijn voor de reservering van hun eigen derdengelden en het ontstaan van een bewaringstekort daarbij. Oud-gerechtsdeurwaarders blijven aan de tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten als bedoeld in artikel 34 lid 1 Gdw gedurende de tijd dat zij werkzaam waren als gerechtsdeurwaarders. Ook gerechtsdeurwaarders in loondienst staan onder het toezicht van het BFT. (ECLI:NL:TGDKG:2017:25). Daarom treft de constatering dat sprake is geweest van een bewaringstekort alle beklagde gerechtsdeurwaarders.

5.8 De stelling dat alleen gerechtsdeurwaarders [] en [] verantwoordelijk zouden zijn omdat de afspraken met opdrachtgevers door hen zijn gemaakt, kan de overige gerechtsdeurwaarders dan ook niet baten. Het is aan alle individuele gerechtsdeurwaarders om een controle uit te voeren op gegevens die zij onder ogen krijgen en in dat kader te informeren naar de afspraken die het bestuur van [], of wie door hen gedelegeerd is, heeft gemaakt met derden en te verifiëren of deze in overeenstemming zijn met de plichten waaraan een gerechtsdeurwaarder dient te voldoen.

5.9 De gerechtsdeurwaarders hebben onbetwist aangevoerd dat het bewaringstekort per januari 2020 is aangezuiverd. Nu het definitieve rapport van het BFT is afgerond in april 2019 heeft het dus feitelijk 9 maanden geduurd voordat van volledige aanzuivering sprake was. Gelet op de verplichting van artikel 19 Gdw om een tekort terstond aan te vullen, stelt de kamer vast dat niet voldoende voortvarend is opgetreden gelet op het structurele karakter van het forse bewaringstekort dat er bestond. De gerechtsdeurwaarders zijn pas na afronding van het onderzoek gaan reserveren voor het tekort dat was ontstaan, terwijl de kamer niet is gebleken van omstandigheden die meebrengen dat dit niet eerder kon gebeuren.

5.10 Voorts stelt de kamer vast dat de gerechtsdeurwaarders hebben erkend dat met betrekking tot [] een bewaringstekort in de zin van artikel 19 Gdw heeft bestaan. Dit bewaringstekort is minder ernstig nu de gerechtsdeurwaarders onweersproken hebben aangevoerd dat het hier ging om een pragmatische oplossing na het sluiten van de vso, waar ook ervoor gekozen had kunnen worden alle dossiers af te rekenen, de derdengelden aan [] af te dragen en het benodigde geld vervolgens van [] te lenen.

5.11 De conclusie uit het bovenstaande is dat klachtonderdeel 1 gegrond is ten aanzien van alle gerechtsdeurwaarders.

Klachtonderdeel 2

5.12 Ten aanzien van klachtonderdeel 2 overweegt de kamer als volgt. Zoals de kamer heeft beslist op 12 november 2019 (ECLI:NL:TGDKG:2019:168) is de kickbackfee bewaarplichtig zodra de debiteur de volledige vordering binnen 14 dagen heeft voldaan. Vast staat dat aan deze bewaarplicht niet is voldaan doordat de gerechtsdeurwaarders (beklaagden onder 2 tot en met 5, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 18, 19, 21 tot en met 23, 25 tot en met 27, 32, 33, 35 tot en met 43, 45, 47 en 48) ten onrechte de retourprovisie niet hebben meegenomen bij de berekening van de bewaarplicht. Hierdoor is een bewaringstekort ontstaan. Het gaat hier om relatief lage bedragen, maar ook dit tekort is niet terstond aangezuiverd. Ook op dit punt hebben de in de betreffende periode aan [] verbonden gerechtsdeurwaarders tuchtrechtelijk laakbaar gehandeld.

Klachtonderdeel 3

5.13 Ten aanzien van klachtonderdeel 3 overweegt de kamer als volgt. Het gaat hier om de verwerking in de BFT-verslagstaten van de vermogensinbreng van participanten, die destijds bij de vorming van [] hun eigen gerechtsdeurwaarderskantoren als agio hebben ingebracht. Die vermogensinbreng is door [] aangemerkt als eigen vermogen (achtergestelde leningen). Volgens het BFT kwalificeert de inbreng echter niet als leningen in de zin van de KBvG notitie inzake het toerekenen van achtergestelde leningen aan het eigen vermogen, omdat de inbreng nooit als lening is verstrekt. Dat betekent, volgens het BFT, dat het eigen vermogen van [] vanaf 1 januari 2017 negatief is geweest. De gerechtsdeurwaarders stellen hier tegenover dat de vermogensinbreng van de participanten (agio) terecht als achtergesteld vermogen is meegerekend met het eigen vermogen voor de berekening van de solvabiliteitsratio. In juridische zin was immers sprake van eigen vermogen en de agioverplichting was feitelijk achtergesteld omdat de aandelen van de participanten alleen werden ingekocht als de solvabiliteitsratio dat toeliet.

5.14 De kamer stelt vast dat een achterstelde lening mag worden opgenomen in het garantievermogen, maar alleen als deze voldoet aan de voorwaarden die zijn gesteld in de KBvG-notitie inzake het toerekenen van achtergestelde leningen aan het eigen vermogen. Een voorwaarde is dat sprake moet zijn van een als lening verstrekt bedrag. In essentie is niet betwist dat de vermogensinbreng van de participanten niet als lening is verstrekt, maar als agio. Nu dat niet per definitie hetzelfde is, is dit klachtonderdeel gegrond ten aanzien van de gerechtsdeurwaarders die in 2017 en/of 2018 aan [] waren verbonden. Dit betreft de beklaagden onder 2 tot en met 5, 7 tot en met 11, 13, 14, 17 tot en met 19, 21 tot en met 27, 32, 33, 35 tot en met 43, 45, 47 en 48. De kamer tekent hierbij aan dat niet in discussie is dat de inbreng van de participanten in de praktijk wel degelijk achtergesteld was en dat bovendien na een ingrijpende herstructurering sinds medio 2019 wordt voldaan aan de solvabiliteitsratio. Dat het probleem met betrekking tot de solvabiliteitsratio niet aan het BFT is gemeld, zoals het BFT stelt, heeft de kamer niet kunnen vaststellen.

6. Maatregel

6.1 De kamer heeft vastgesteld dat van een bewaringstekort sprake is geweest (klachtonderdelen 1 en 2) en dat er in 2017 en 2018 een negatieve solvabiliteitspositie is geweest (klachtonderdeel 3). Van de klachtonderdelen weegt klachtonderdeel 1 het zwaarst. Dit klachtonderdeel treft alle beklagde gerechtsdeurwaarders, ook degenen die inmiddels niet meer (verbonden aan []) het ambt uitoefenen. Om deze reden zal

de kamer bij het opleggen van een maatregel geen onderscheid maken tussen de beklagde gerechtsdeurwaarders.

6.2 De gerechtsdeurwaarder bekleedt in de maatschappij een functie die mede is gegrond op het vertrouwen dat derden in hem hebben. Derden vertrouwen er bijvoorbeeld op dat wat de gerechtsdeurwaarder ten behoeve van zijn opdrachtgever - zowel in als buiten rechte - incasseert ook daadwerkelijk bij hem in goede handen is. De wetgever heeft dit vertrouwen van een wettelijke basis voorzien in het hiervoor veelvuldig aangehaalde artikel 19 Gdw. Een gerechtsdeurwaarder die niet voldoet aan de in die bepaling opgenomen bewaarplicht maakt inbreuk op het vertrouwen dat de maatschappij in hem heeft en ook moet kunnen hebben. Om deze reden wordt een inbreuk op de bewaarplicht in beginsel gesanctioneerd met ontzetting uit het ambt. Onder omstandigheden kan echter worden afgeweken van dit uitgangspunt. Onderzocht wordt of dergelijke omstandigheden in dit geval aanwezig zijn.

6.3 Vastgesteld moet worden dat er langdurig sprake is geweest van een fors bewaaringstekort, met alle risico's van dien. Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat het tekort is ontstaan door een te letterlijke interpretatie van de regelgeving en niet doordat bijvoorbeeld onttrekkingen aan de kwaliteitsrekening zijn gedaan. Ten slotte is het tekort in januari 2020 uiteindelijk aangezuiverd, zonder dat zich risico's hebben verwezenlijkt. Onder deze omstandigheden acht de kamer ontzetting uit het ambt van alle beklagde gerechtsdeurwaarders geen proportionele maatregel. Gelet op de ernst van het vastgestelde tuchtrechtelijk verwijtbare handelen kan naar het oordeel van de kamer echter niet worden volstaan met een mildere maatregel dan die van schorsing. Alles afwegende, acht de kamer een schorsing voor de duur van een maand voor alle beklagde gerechtsdeurwaarders passend en geboden. Om te voorkomen dat het kantoor [] in haar voortbestaan wordt bedreigd, zal de kamer bepalen dat niet alle gerechtsdeurwaarders tegelijk worden geschorst. De kamer realiseert zich dat het opleggen van een schorsing aan gedefungeerde gerechtsdeurwaarders praktisch geen effect heeft, maar zal, zoals hiervoor vermeld, geen onderscheid maken tussen de verschillende beklagden.

7. Kosten(veroordeling)

7.1 Per 1 januari 2018 is de Gdw gewijzigd als gevolg van de Wet doorberekening kosten toezicht en tuchtrecht juridische beroepen. In verband daarmee heeft de kamer de Tijdelijke Richtlijn kostenveroordeling kamer voor gerechtsdeurwaarders vastgesteld (Staatscourant 1 februari 2018, nr. 5882).

7.2 Nu de kamer de gerechtsdeurwaarders een maatregel oplegt, zal de kamer hen op grond van artikel 43a lid 1 Gdw en de Tijdelijke Richtlijn daarnaast veroordelen tot hoofdelijke betaling van € 1.500,00 aan kosten van behandeling van de klacht door de kamer. Er zijn geen bijzondere omstandigheden gebleken die aanleiding geven tot een andere beslissing.

BESLISSING

De Kamer voor Gerechtsdeurwaarders:

verklaart de klacht in alle onderdelen gegrond;

legt aan ieder van de gerechtsdeurwaarders de maatregel van schorsing op voor de duur van een maand. Tot oplegging daarvan wordt overgegaan na het onherroepelijk worden van deze beslissing en op een aan ieder van de gerechtsdeurwaarders meege-deelde datum van ingang; daarbij is het uitgangspunt dat de schorsingen van de gerechtsdeurwaarders onder 1 tot en met 25 en die van de gerechtsdeurwaarders onder 26 tot en met 48 elkaar niet overlappen maar opvolgen;

veroordeelt de gerechtsdeurwaarders hoofdelijk tot betaling van de kosten van behandeling van de klacht door de kamer ten bedrage van € 1.500,00, te betalen aan het LDCR op de wijze en binnen de termijn als door het LDCR aan de gerechtsdeurwaarders wordt meegegeeld, nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden.

Aldus gegeven door mr. W.M. de Vries, voorzitter, mr. L. van Berkum en mr. J.N. Reijn, leden en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 18 december 2020 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.