

Mogelijke vormfout Raad van Toezicht - Centrale Raad doet zaak zelf af. Opdrachtgevers van failliet verklaarde makelaarsondernemingen benaderd terwijl curator de bedrijven voorziet met het oog op verkoop daarvan.

Appellant stelt dat hij in zijn verdediging voor de raad van toezicht is geschaad nu hij niert voor de zitting van de raad was opgeroepen. Niet valt meer te achterhalen of appellant daadwerkelijk is opgeroepen. Nu geen der partijen verzocht heeft om verwijzing van de zaak naar de raad, doet de Centrale Raad de zaak zelf af.

Beklaagde/appellant benadert de opdrachtgevers van gefailleerde makelaarsondernemingen terwijl bekend was dat de curator die ondernemingen voortzet met het oog op verkoop daarvan. In de brief waarin hij zijn diensten aanbiedt stelt hij ten onrechte dat de opdrachtgevers vrij zijn en laat hij zich ongunstig over de gefailleerde ondernemingen uit. Klacht gegrond.

De Centrale Raad van Toezicht geeft de volgende uitspraak in de zaak van:

H.F., aangesloten NVM-makelaar, gevestigd en kantoorhoudende te E, appellant/beklaagde,

tegen

Mr. R.P. VAN BOVEN, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van:

- J Makelaardij Onroerend Goed B.V.
- J Woonhuismakelaars E B.V.
- J Woonhuismakelaars K B.V.
- J Hypotheken B.V.
- WRD B.V.
- WRD E B.V., destijds gevestigd te E.,klager/verweerder in hoger beroep.

1. Verloop van de procedure

- 1.1 Bij brief van 4 maart 2013 heeft klager bij de Raad van Toezicht Groningen een klacht ingediend tegen appellant. In de beslissing van 29 mei 2013, verzonden op 5 juni 2013, is op die klacht beslist. In deze beslissing is de tegen appellant ingediende klacht gegrond verklaard en is aan appellant de straf opgelegd van een geldboete van € 10.000,- waarvan € 5.000,- voorwaardelijk is opgelegd. De Raad van Toezicht heeft voorts bepaald dat appellant met een bedrag van € 2.850,- dient bij te dragen in de kosten van de behandeling van de klacht. Appellant is bij zijn op 18 juli 2013 ontvangen brief tijdig van deze beslissing in hoger beroep gekomen.
- 1.2 In zijn brief van 31 augustus 2013 heeft appellant de gronden aangevoerd waarop zijn hoger beroep is gebaseerd.
- 1.3 In zijn verweerschrift van 27 september 2013 heeft klager verweer gevoerd in hoger beroep.
- 1.4 De Centrale Raad van Toezicht heeft kennis genomen van de in eerste instantie tussen partijen gewisselde stukken en de beslissing van de Raad van Toezicht.

1.5 Ter zitting van de Centrale Raad van Toezicht van 3 december 2013 zijn verschenen:

- appellant in persoon;
- namens klager mr. H.K. Naves.

1.6 Partijen zijn door de Centrale Raad van Toezicht gehoord en hebben hun standpunten nader toegelicht. Appellant heeft zich daarbij bediend van een pleitnotitie.

2. De feiten

2.1 Als gesteld en erkend, dan wel niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de inhoud van de overgelegde bescheiden, voor zover niet betwist, staat het navolgende vast.

2.2 Op 11 september 2012 zijn in staat van faillissement verklaard:

- J Makelaardij Onroerend Goed B.V.
- J Woonhuismakelaars E B.V.
- J Woonhuismakelaars K B.V.
- J Hypotheken B.V.
- WRD B.V.
- WRD E B.V.

Klager is in deze faillissementen tot curator aangesteld.

2.3 Klager zet de makelaarspraktijk voort met het oog op een doorstart van de ondernemingen. Perspublicaties die op 11 september 2012 zijn verschenen vermelden dat klager de makelaarspraktijk voortzet met medewerking van de personeelsleden. Blijkens een door de curator opgesteld faillissementsverslag vinden in de periode 11 september 2012 – 20 september 2012 diverse bezichtigingen plaats en komen koopovereenkomsten tot stand.

2.4 Op 12 september 2012 verzendt appellant aan opdrachtgevers van enkele van de gefailleerde ondernemingen die een woonhuis te koop aanbieden een brief waarin ondermeer de navolgende passages voorkomen:

”(....) Inmiddels is bekend dat Uw makelaar, J Makelaars, bankroet is. Dit is niet alleen voor hen een vervelende tijd, maar zeker ook voor U. Wij kunnen U verzekeren dat de aandacht enorm wordt weggenomen om de zaken correct voor U te regelen. Eventuele illusies kunnen wij U besparen. Dit grote faillissement is niet maar zo even afgewikkeld. Temeer dat de eigenaar het bijltje er bij neer heeft gelegd.

F Makelaars is een bekende makelaar in E, al meer dan 40 jaar. Uw potentiële kopers weten de weg naar ons gerenommeerde kantoor. Bij F staat het doel (verkoop/verhuur van de woning/bedrijfspand) van de klant centraal. Promotie van Uw belangen, i.p.v. persoonlijke promotie.

U verkeert nu in een situatie dat U afscheid kunt nemen van Uw huidig makelaarskantoor

en diens, in deze tijd, veel te dure overeenkomst. En u kunt met een frisse start DIRECT doorgaan. I.p.v. maanden lang muurvast te zitten. Wij verlenen onze diensten tegen een zeer aantrekkelijk tarief van slechts 0,70% provisie.

Er is geen sprake van budgetten of overstapkosten. Op deze manier heeft deze vervelende bankroet van J, voor U ook een positieve wending. U kunt hier veel geld mee uitsparen omdat U nu van uw dure contract af kunt. (...)

(...) Stap nu over, en profiteer van deze vervelende situatie, door gebruik te maken van ons actietarief, en voorkom dat uw dure contract door de curator wordt doorverkocht (...)"

- 2.5 Klager sommeert appellant bij brief van 13 september 2012 om hem uiterlijk op 14 september 2012 schriftelijk opgave te doen van de namen van de opdrachtgevers waaraan voormelde brief is verzonden. In zijn e-mail van 14 september 2012 bericht appellant dat hij daartoe op dat moment niet in staat is. Hij voegt daaraan toe dat hij meent met de verzending van de brief niet onrechtmatig gehandeld te hebben en hij deelt voorts mee dat de bereidheid bestaat om de makelaarspraktijk en de personeelsleden over te nemen.
- 2.6 In zijn telefax van 17 september 2012 biedt appellant aan klager aan om de roerende zaken, de handelsnaam, de goodwill, het klantenbestand en de immateriële activa te kopen voor € 166.150. Appellant verbindt aan zijn bod de voorwaarde dat hij inzage krijgt in de verschillende boedelbestanddelen.
- 2.7 Bij brief van 18 september 2012 bericht de voorzitter van de [regionale] NVM Beursvereniging aan de NVM dat de leden van de vereniging de verzending van de brief door appellant ongepast en in strijd met de regelgeving van de NVM achten.
- 2.8 Op 20 september 2012 sluit klager met een ander makelaarskantoor een overnameovereenkomst waarbij voor de daarin vermelde activa € 27.750,-- wordt betaald, welk bedrag kan toenemen met € 10.000,-- afhankelijk van de uitkomst van de te genereren opbrengst in de voort te zetten praktijk.
- 2.9 In zijn e-mail van 21 september 2012 aan klager bericht appellant dat zijn bieding ten onrechte buiten behandeling is gebleven en daardoor voor hem een schade is ontstaan die appellant groot op € 67.495,-- per jaar.

3. **De klacht**

- 3.1 De klacht, zoals deze door de Raad van Toezicht is samengevat, tegen welke samenvatting geen bezwaar is gemaakt, houdt het navolgende in.
- 3.2 Klager verwijt appellant dat hij anders heeft gehandeld dan een behoorlijk makelaar betaamt door:
 - a. Onmiddellijk na het uitspreken van de faillissementen de onder 2.4 deels weergegeven brief te verzenden aan de relaties van de gefailleerde ondernemingen;

- b. Niet te voldoen aan de sommatie van klager om voormelde brief te rectificeren;
- c. Door te weigeren aan appelland opgave te doen van de relaties waaraan appelland de brief heeft verzonden.

4. **Het hoger beroep**

- 4.1 Appelland heeft in hoger beroep, samengevat en zakelijk weergegeven, het navolgende aangevoerd.
- 4.2 De Raad van Toezicht heeft verzuimd om appelland op te roepen om ter zitting van 7 mei 2013 te verschijnen. Appelland is daardoor geschaad in de verdediging van zijn belangen.
- 4.3 Op grond van de Faillissementswet kan een opdrachtgever in een faillissementssituatie de overeenkomst van opdracht ontbinden. De opdrachtgever kan ook van de curator verlangen om de overeenkomst gestand te doen. Aangezien de curator geen NVM-lid is kan hij de verdere uitvoering van de opdracht niet garanderen. Indien de ondernemingen op het moment van faillietverklaring geen lid meer waren van de NVM dan stond de Erecode de verzending van de brief niet in de weg. Volgens de Nederlandse wetgeving is toegestaan dat gebruik wordt gemaakt van verzamelde klantgegevens en op basis daarvan klanten worden benaderd. Door de verzending van de brief aan de opdrachtgevers heeft appelland niet onrechtmatig of laakbaar gehandeld. Dit kan anders zijn indien de gefailleerde ondernemingen enkele dagen na de faillietverklaring nog lid waren van de NVM. In dat geval is sprake geweest van abusievelijk en impulsief handelen van appelland waarvoor hij zich verontschuldigt.
- 4.4 Appelland heeft niet met opzet gehandeld. Zijn handelwijze is niet onrechtmatig en evenmin toerekenbaar laakbaar. De opgelegde boete is te hoog en er bestaat geen grond om appelland te belasten met de kosten die zijn verbonden aan de behandeling van de klacht. Rekening moet ook worden gehouden met door appelland geleden schade.

5. **Het verweer**

- 5.1 Klager heeft in hoger beroep, samengevat en zakelijk weergegeven, het navolgende aangevoerd.
- 5.2 Appelland heeft in zijn beroepschrift gesteld dat sprake is geweest van impulsief handelen en geen vrees voor herhaling behoeft te ontstaan. Daarin ligt besloten dat appelland erkent dat hij onjuist heeft gehandeld. Daar staat tegenover dat appelland ter rechtvaardiging van zijn handelwijze heeft aangevoerd dat in Nederland geen verbod van kracht is om de opdrachtgevers van gefailleerde ondernemingen te benaderen en te informeren op de wijze zoals door appelland is gedaan.
- 5.3 Appelland heeft ondermeer Regel 7 van de Erecode geschonden. Daarin is voor het NVM-lid het verbod opgenomen om zich schuldig te maken aan oneerlijke concurrentie naast het verbod om zich negatief uit te laten over een collega-makelaar.
- 5.4 Appelland heeft erkend dat door middel van de verzending van de brief is getracht om particuliere opdrachtgevers te bewegen om hun opdrachten met de gefailleerde ondernemingen te beëindigen

om vervolgens aan appellant opdracht tot dienstverlening te verstrekken. Door in dat verband een negatief beeld te schetsen van zowel deze ondernemingen als de curator is afbreuk gedaan aan het bedrijfsdebet van de ondernemingen. Daardoor is het voornemen om te streven naar een doorstart daarvan ongunstig beïnvloed. Appellant is slechts uit geweest op het behalen van financieel gewin en daarvoor is geen rechtvaardiging te vinden.

5.5 Appellant heeft enerzijds de opdrachtgevers gewaarschuwd voor de overdracht van de opdrachtenportefeuille door de curator aan een ander makelaarskantoor en anderzijds over een dergelijke overdracht met de curator willen onderhandelen. Aangezien klager voorwaarden had verbonden aan het door hem uitgebrachte bod heeft hij in overleg met de rechter-commissaris terecht kunnen besluiten om op basis daarvan niet met appellant te gaan onderhandelen.

6. Beoordeling van het geschil in hoger beroep

6.1 Door het hoger beroep ligt de klacht in volle omvang ter beoordeling aan de Centrale Raad van Toezicht voor.

6.2 In zijn brief van 31 juli 2013 aan appellant heeft de secretaris van de Raad van Toezicht meegedeeld dat hij niet kan beoordelen of appellant is opgeroepen om ter zitting van de Raad van Toezicht te verschijnen. Aangezien niet is gebleken dat appellant behoorlijk is opgeroepen en artikel 26 van het Reglement Tuchtrechtspraak NVM voorschrijft dat een mondelinge behandeling van een klacht geschiedt in tegenwoordigheid van klager zowel als beklagde, althans beide behoorlijk opgeroepen dienen te zijn, kan de beslissing van de Raad van Toezicht niet in stand blijven nu appellant heeft aangevoerd dat hij is geschaad in de verdediging van zijn belangen om dat hij daartoe niet in de gelegenheid is gesteld tijdens een zitting van de Raad van Toezicht. Aangezien partijen desgevraagd niet hebben verzocht om verwijzing van de behandeling van de klacht naar de Raad van Toezicht zal de Centrale Raad van Toezicht de klacht afdoen.

6.3 In artikel 18 van de Statuten van de NVM is bepaald dat het lidmaatschap eindigt door opzegging door het lid, opzegging door de vereniging of ontzetting door een tuchtcollege als bedoeld in de artikelen 80 e.v. van de Statuten. Aangezien in dit artikel het faillissement van een lid niet is opgenomen als grond voor de beëindiging van het lidmaatschap is, voor zover de gefailleerde bedrijven lid waren van de NVM, dit lidmaatschap niet geëindigd op 11 september 2012, de datum waarop de faillissementen zijn uitgesproken. Niet gesteld of gebleken is dat het lidmaatschap is geëindigd in de daaropvolgende periode tot 21 september 2012.

6.4 Klager heeft in zijn hoedanigheid van curator de gefailleerde ondernemingen voortgezet. Uitgangspunt is dat als gevolg van het uitspreken van het faillissement van een makelaarskantoor de daaraan verstrekte opdrachten tot dienstverlening daardoor niet zonder meer eindigen. In artikel 37 van de Faillissementswet is daarover het navolgende bepaald:

- “ 1. Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.

2. Indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.
3. De vorige leden zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de gefailleerde slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen.”

- 6.5 Aangezien ook uit de Algemene Consumentenvoorwaarden NVM niet voortvloeit dat een aan een makelaarskantoor gegeven opdracht eindigt door het faillissement, zal daaraan – tenzij er sprake is van de uitzondering als gegeven in lid 3 van artikel 37 van de Faillissementswet – in een faillissementssituatie veelal een einde komen of wel doordat de opdrachtgever aan de curator de opdracht opzegt dan wel doordat de curator zich op de voet van artikel 37 lid 1 van de Faillissementswet desgevraagd niet bereid verklaart om de overeenkomst gestand te doen. Voorts moet worden aangenomen dat aan de opdracht ook een einde komt indien de curator ongevraagd verklaart dat hij de overeenkomst niet zal uitvoeren, bijvoorbeeld omdat de toestand van de boedel niet toelaat dat de overeenkomst wordt nagekomen in verband met de daaraan verbonden kantoorkosten waaronder de aan de NVM verschuldigde bijdragen in verband met deelname aan het uitwisselingssysteem. Of zich de situatie voordoet als bedoeld in lid 3 van artikel 37 van de Faillissementswet zal in de regel ook eerst duidelijk worden als de opdrachtgever zich dienaangaande heeft kunnen uitlaten.
- 6.6 Als de curator de opdrachten gestand doet en de opdrachtenportefeuille verkoopt aan een ander NVM-lid dan is het gevolg daarvan niet dat de overnemende partij daardoor de contractspartij van de opdrachtgever wordt omdat daarvoor minst genomen de medewerking van de opdrachtgever is vereist (artikel 6:159 lid 1 BW).
- 6.7 Indien geen dienstverlening meer kan volgen omdat de curator niet bereid of in staat is uitvoering aan de opdrachten te geven en daardoor sprake is van de feitelijke beëindiging daarvan, dan ontstaat een situatie dat het NVM-leden in beginsel vrijstaat om met inachtneming van de regelgeving van de NVM hun diensten aan te bieden.
Indien een curator echter besluit om met het oog op een mogelijke doorstart of verkoop van de opdrachtenportefeuille de dienstverlening voort te zetten binnen het verband van de NVM en de opdrachtgevers niet het initiatief nemen om de opdrachten op te zeggen, dan blijft de overeenkomst in stand en is daarop de regelgeving van de NVM van toepassing. In een dergelijke situatie staat het de NVM-leden niet vrij om deze opdrachtgevers te benaderen om hun diensten aan te bieden.
- 6.8 Mede tegen de achtergrond van al het voorgaande zal de Centrale Raad van Toezicht de onderdelen van de klacht, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, beoordelen.
- 6.9 In Regel 1 van de Erecode is ondermeer bepaald dat een NVM-lid in zijn communicatie waakt tegen onjuiste beeldvorming over personen, zaken en rechten en over zijn werkwijze, belangen en positie.
In Regel 7 van de Erecode is ondermeer bepaald dat een NVM-lid goede contacten dient te onderhouden met zijn collega's, zich niet zal schuldig maken aan oneerlijke concurrentie en zich zonder noodzaak niet negatief zal uitlaten over collega's of een optreden tegenover derden.
- 6.10 In de hiervoor onder 2.4 weergegeven passages in zijn brief van 12 september 2012 heeft appel-

lant een onjuiste voorstelling van zaken gegeven. In zijn brief heeft appellant immers het beeld opgeroepen dat met de afwikkeling van het faillissement geruime tijd zou zijn gemoeid en gedurende die tijd belangrijk minder aandacht zou worden besteed aan een juiste uitvoering van de overeenkomst, mede omdat de eigenaar van de ondernemingen daarmee geen bemoeienis meer zou hebben. Appellant heeft in zijn brief voorts gesteld dat voor de opdrachtgevers als gevolg van het faillissement de mogelijkheid werd geopend om een voor hen financieel ongunstige overeenkomst te beëindigen en te voorkomen dat de curator de opdrachten zou overdragen aan een andere partij. Zeker tegen de ook voor appellant uit ondermeer de perspublicaties bekende achtergrond dat de ondernemingen na het faillissement werden voortgezet met medewerking van de nog in dienst zijnde personeelsleden, heeft appellant aldus een onjuist en onvolledig beeld geschetst van de situatie. Dat de opdrachtgevers de mogelijkheid hadden om op basis van artikel 6 van de Algemene Consumentenvoorwaarden NVM, aangenomen dat deze van toepassing waren, de overeenkomst van opdracht op te zeggen of te ontbinden doet daaraan niet af.

- 6.11 Voorts geldt dat appellant door de verzending van zijn brief waarin een door appellant als “zeer aantrekkelijk” omschreven “actietarief” van 0.70% provisie was opgenomen, heeft getracht om opdrachtgevers van een ander NVM-lid te bewegen om de opdracht te beëindigen en aan hem te verstrekken. Die handelwijze verdraagt zich niet met de verplichting om goede contacten te onderhouden met collegae. Appellant heeft zich ook zonder noodzaak negatief uitgelaten over de gefailleerde ondernemingen door te suggereren dat minder adequaat aandacht zou worden besteed aan de behandeling van de belangen van de opdrachtgevers. Door de verzending van een brief met een dergelijke inhoud heeft appellant zich voorts schuldig gemaakt aan oneerlijke concurrentie.
- 6.12 Niet onbegrijpelijk is dat de curator appellant heeft gesommeerd om het in de brief geschetste onjuiste en onvolledige beeld te rectificeren en opgave te doen van de relaties waaraan de brief is verzonden. De curator had daarbij ook een belang gezien zijn streven om de ondernemingen te laten doorstarten ter bevordering waarvan hij de bedrijfsvoering daarvan tijdens het faillissement heeft voortgezet. Door aan de curator te berichten dat appellant niet in de gelegenheid was om de gehele brief van de curator te beantwoorden maar deze er op te wijzen dat een doorstart van de ondernemingen door appellant voor de boedel het meest gunstige resultaat zou opleveren en appellant er ook vanuit ging dat hij daartoe in de gelegenheid zou worden gesteld, heeft hij niet op de van hem onder de geschetste omstandigheden te verlangen wijze op de verzoeken van de curator gereageerd. Appellant heeft dan ook ten onrechte nagelaten om de hiervoor al als onjuist beoordeelde verzending van de brief aan de relaties van de ondernemingen ongedaan te maken en ook nagelaten om aan de curator opgave te doen van de namen van de relaties waarnaar hij de brief had verzonden. Indien, zoals appellant in hoger beroep heeft aangevoerd, de verzending van de brief van 12 september 2012 het gevolg zou zijn geweest van een impulsief en abusievelijk handelen, dan had het op zijn weg gelegen om gebruik te maken van de aan hem door de curator geboden mogelijkheid om zijn handelwijze te redresseren. Door dit na te laten heeft appellant tuchtrechtelijk laakbaar gehandeld.
- 6.13 De Centrale Raad van Toezicht acht eveneens de klacht in al haar onderdelen gegrond en verworpt het beroep in zoverre. De Centrale Raad van Toezicht acht echter na te melden straf juist, zodat de beslissing van de Raad van Toezicht op dat punt en voor wat betreft de veroordeling in de kosten moet worden vernietigd. Het feit dat de klacht ten volle gegrond en daarvoor aan appellant een boete wordt opgelegd is wel aanleiding appellant te belasten met de kosten die zijn verbonden aan de behandeling van de klacht in hoger beroep.

6.14 Gelet op de inhoud van de Statuten en het Reglement Tuchtrechtspraak NVM komt de Centrale Raad van Toezicht tot de volgende uitspraak.

7. **Beslissing in hoger beroep**

7.1 Vernietigt de beslissing van 29 mei 2013 van de Raad van Toezicht Groningen.

7.2 Verklaart de onder 3.2 opgenomen onderdelen van de klacht gegrond.

7.3 Legt aan appellant de straf op van een boete van € 5.000,-- en bepaalt dat dit bedrag binnen zes weken na ondertekening van deze uitspraak aan de Nederlandse Vereniging van Makelaars o.g. en Vastgoeddeskundigen NVM gevestigd te Nieuwegein zal worden voldaan.

7.4 Bepaalt dat appellant ter zake van de kosten van de behandeling van de klacht in hoger beroep een bijdrage van € 2.987,-- zal voldoen en bepaalt dat dit bedrag binnen zes weken na ondertekening van deze uitspraak aan de Nederlandse Vereniging van Makelaars o.g. en Vastgoeddeskundigen NVM gevestigd te Nieuwegein zal worden voldaan.

7.5 Verstaat dat aan klager het aan de NVM betaalde klachtgeld wordt gerestitueerd.

Aldus gewezen te Haarlem door mr. K.E. Mollema, voorzitter, mr. J.T. Anema, W. van Haselen, mr. J.C. Borgdorff, leden en mr. J.A. van den Berg, lid/secretaris en ondertekend op 15 april 2014.