

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/13/646282/ DW RK 18/194 en C/13/646289 / DW RK 18/195

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS TE AMSTERDAM

Beslissing van 22 februari 2019 zoals bedoeld in artikel 43 van de Gerechtsdeurwaarderswet inzake de klachten met zaaknummers C/13/646282/ DW RK 18/194 en C/13/646289 / DW RK 18/195 (ED/FK) van:

1. De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid NEDERLANDSE BELANGENVERENIGING GERECHTSDEURWAARDERS,
gevestigd te Hilversum,
2. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
3. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
4. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
5. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
klagers, hierna verder te noemen DB.NU,
gemachtigde mr. [],

tegen:

1. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
2. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
3. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
4. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
5. [],
gerechtsdeurwaarder te [],

allen als gerechtsdeurwaarder verbonden aan de besloten vennootschap []

en

6. [],
gerechtsdeurwaarder te [],

7. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
8. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
9. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
10. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
11. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
12. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
13. [],
gerechtsdeurwaarder te [], thans toegevoegd gerechtsdeurwaarder te [],
14. [],
gerechtsdeurwaarder te [], thans toegevoegd gerechtsdeurwaarder te [],
15. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
16. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
17. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
18. [],
gerechtsdeurwaarder te [],

allen als gerechtsdeurwaarders verbonden (geweest) aan de besloten vennootschap [],

beklaagden,
gemachtigden mr. M. Jansen en mr. G. te Winkel, advocaten te Amsterdam

Ontstaan en loop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de klacht met als bijlage 6 producties ingekomen op 11 april 2018;
- een verweerschrift met 30 producties ingekomen op 1 mei 2018
- in de zaak met nummer C/13/646289 / DW RK 18/195 een op onderdelen aangepast verweerschrift ingekomen op 17 juli 2018;
- productie 31 tot en met 36 van de gerechtsdeurwaarders ingekomen op 13 november 2018;
- het proces-verbaal van de openbare behandeling van de zitting van 23 november 2018 en de aangehechte pleitnota's;
- ne nader op 22 februari 2019 bepaalde uitspraak

1. De feiten

Uitgegaan wordt van het volgende:

a) Beklaagden 1, 2, 4 & 5 zijn benoemd als gerechtsdeurwaarder in de in de aanhef van de beslissing vermelde vestigingsplaatsen en oefenen hun werkzaamheden uit als

zelfstandig gerechtsdeurwaarder bij- dan wel in loondienst van de []. Gerechtsdeurwaarder sub 2 is enig bestuurder van [].

b) Beklaagden 6 t/m 18 zijn benoemd als gerechtsdeurwaarder in de in de aanhef van de beslissing vermelde vestigingsplaatsen en oefenen hun werkzaamheden uit in loondienst van de besloten vennootschap [].

c) DAS participeert via Das Legal Finance (hierna verder: DLF) een 100% dochtervennootschap van DAS Holding N.V. in [] en [] met een aan beide vennootschappen verstrekte geldlening. DLF houdt in beide gerechtsdeurwaardersorganisaties een minderheidsbelang van 49%. DLF heeft een winstrecht in [] en [] van (meer dan) 80%.

d) Bij brief van 20 mei 2010 heeft de minister goedkeuring verleend aan een door de ledenraad van de KBvG vastgestelde Verordening Onafhankelijkheid van de Gerechtsdeurwaarder (hierna verder te noemen: de VO 2010). In de brief is onder meer opgenomen:

“In het bestuurlijk overleg van woensdag 3 februari j. alsook in ons overleg van vrijdag 16 april jl. is reeds aangegeven dat de onderhavige verordening een aantal onvolkomenheden heeft, die reparatie behoeven. Daartoe is uwerzijds bereidheid uitgesproken, wat voor mij van betekenis is bij de bereidheid nu tot goedkeuring over te gaan. Wat betreft de mededingingsrechtelijke aspecten van deze verordening dring ik aan op een duidelijker en gemakkelijker te handhaven regeling, door participatie in gerechtsdeurwaarderskantoren door anderen dan gerechtsdeurwaarders als hoofdregel uit te sluiten, waarbij als uitzondering zou kunnen gelden dat voor personen onder verantwoordelijkheid van de gerechtsdeurwaarder werkzaam op een gerechtsdeurwaarderskantoor een (kleine) minderheidsdeelneming is toegestaan”

e) Op 31 mei 2010 is de VO 2010 in de Staatcourant (Nr. 8276) gepubliceerd. De VO 2010 is in werking getreden op 1 juli 2010. De verordening regelt onder meer in artikel 3 de voorwaarden voor financiële participatie door derden in gerechtsdeurwaarderskantoren (de maximeringsregeling) en in artikel 4 onder b uitsluiting van financiële participatie in geval van directe of indirecte betrokkenheid bij opdrachten aan het kantoor (de indirecte opdrachtgeversregeling).

f) Naar aanleiding van voormelde verordening hebben DLF, [] en [] een herstelplan ingediend als genoemd in artikel 9 van de VO 2010.

g) DLF en de beklagde gerechtsdeurwaarders hebben tegen de indirecte opdrachtgeversregeling bezwaren ingediend. Deze bezwaren vonden in die zin gehoor bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA), thans de Autoriteit Consument en Markt (ACM)) dat die de KBvG bij brief van 28 januari 2011 onder meer heeft medegedeeld dat zij vraagtekens had bij de noodzaakzakelijkheid en proportionaliteit van de indirecte opdrachtgeversregeling die de mededinging zou beperken.

h) De KBvG heeft vervolgens een gewijzigde Verordening Onafhankelijkheid van de Gerechtsdeurwaarder (hierna verder: de VO 2012) opgesteld waarin artikel 4 sub b is geschrapt. Op 20 december 2012 is de VO 2012 door de ledenraad van de KBvG vastgesteld.

i) Bij besluit van 17 juni 2013 heeft de minister goedkeuring aan de VO 2012 onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang (artikel 82 GDW en artikel 10:27 Awb), daaronder begrepen het onnodig belemmeren van de marktwerking (art. 80 lid 2 GDW).

j) Tegen dit besluit heeft de KBvG beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Bij beslissing van 28 januari 2015 heeft de rechtbank het door de KBvG ingestelde beroep ongegrond verklaard.

- k) Bij beslissing van 24 februari 2016 heeft de afdeling rechtspraak van de Raad van State het door de KBvG tegen de beslissing van de rechtbank ingestelde hoger beroep vernietigd omdat de rechtbank ten onrechte de staatssecretaris niet in de proceskosten had veroordeeld en de beslissing voor het overige bevestigd.
- l) DLF heeft zijn aandelenbelang in beide gerechtsdeurwaarderskantoren op 7 november 2018 heeft verkocht aan een gerechtsdeurwaarder.

2. De klacht

2.1 DB.NU verwijt de beklaagde gerechtsdeurwaarders dat zij niet voldoen aan het bepaalde in de artikelen 3 en 4b van de VO 2010. Zij voert aan dat de gerechtsdeurwaarders hun standplaatsen exploiteren in constructies waarin DLF Holding N.V. (hierna verder: DLF) weliswaar voor 49% minderheidsaandeelhouder is, maar door preferentie op de aandelen een winstrecht heeft van bijna 100% in [] en van 100% in [] Gerechtsdeurwaarders BV. Met een winstrecht van (bijna) 100 % dat toekomt aan een opdrachtgever van de gerechtsdeurwaarders is er geen sprake van (slechts) 'enige' vorm van betrokkenheid, zoals in bepaalde gevallen is toegestaan op basis van de toelichting op artikel 3 van de VO 2010. In de praktijk zal het optreden van de gerechtsdeurwaarders blootstaan aan de invloed van deze grote particuliere belangen.

2.2 Daarnaast wordt de gerechtsdeurwaarders verweten dat zij handelen in strijd met artikel 4 sub b van de VO 2010. Zij exploiteren hun standplaatsen in constructies waarin DLF zowel grootaandeelhouder als opdrachtgever is. DLF meldt dit ook uitdrukkelijk in haar jaarverslagen over 2015 en 2016. In de jaarverslagen wordt ook vermeld dat DLF niet voldoet aan de VO 2010. Dat DLF zelf melding maakt van het feit dat zij daaraan niet voldoet, doet niets af aan de constatering dat de gerechtsdeurwaarders, volgens 'hun' aandeelhouder, niet voldoen aan de VO 2010. Niet DLF moet aan de VO 2010 voldoen, maar iedere individuele gerechtsdeurwaarder. DLF kan dan ook geen gesprekspartner van de KBvG zijn. Verwezen wordt naar de toelichting op artikel 4 van de VO 2010.

2.3 DB.NU heeft de afgelopen anderhalf jaar het nodige gedaan om aandacht te vragen voor handhaving van de VO 2010. De KBvG heeft tot nu toe categorisch geweigerd om deze verordening richting de gerechtsdeurwaarders te handhaven. DB.NU heeft, namens haar leden, de ledenraad van de KBvG al op 14 november 2016 gevraagd om de verordening te handhaven. Het niet door de KBvG handhaven van de VO 2010 is op 22 maart 2017 onder de aandacht van BFT gebracht. Op 20 juni 2017 is aan de Minister van Veiligheid en Justitie gevraagd om bij Algemene Maatregel van Bestuur de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder te regelen. De verordening en de daarbij behorende toelichting, geven op zichzelf al voldoende aan waarom alle gerechtsdeurwaarders van Nederland, in het bijzonder alle leden van klaagster, belang hebben bij het bestaan en de handhaving van de verordening. De belangrijkste maatschappelijke reden is nog steeds de waarborging van volstreekte onafhankelijkheid van de Nederlandse gerechtsdeurwaarders. Die onafhankelijkheid is één van de belangrijkste pijlers onder het openbare ambt van de gerechtsdeurwaarder. Twijfel over de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder is de bijl aan de wortel van het ambt. Niet voor niets is bij de totstandkoming van de nieuwe Gerechtsdeurwaarderswet in de Tweede Kamer uitgebreid gesproken over de onafhankelijkheid en de waarborging daarvan. De beklaagde gerechtsdeurwaarders waarborgen die onafhankelijkheid niet. Alle gerechtsdeurwaarders van Nederland hebben niet alleen de verplichting om aan alle op

hen van toepassing zijnde regelgeving te voldoen, zij hebben er ook belang bij dat alle gerechtsdeurwaarders voldoen aan dezelfde regelgeving. Daar waar geaccepteerd wordt dat bepaalde gerechtsdeurwaarders niet voldoen aan regelgeving ontstaat ongelijkheid. Ongelijkheid leidt weer tot concurrentievervalsing. De gerechtsdeurwaarders hebben hun standplaatsen ondergebracht in rechtspersonen waarvan aandeelhouders ook de incasso-opdrachten aanleveren. Dat is in de verordening verboden. Deze aandeelhouders/opdrachtgevers vallen immers niet onder de regelgeving die voor gerechtsdeurwaarders geldt. Hierdoor kunnen zij offertes aan potentiële opdrachtgevers uitbrengen waarmee (andere) gerechtsdeurwaarders niet kunnen concurreren. Zo kunnen zij bijvoorbeeld voorfinanciering van out of pocketkosten aanbieden. Dat is iets dat gerechtsdeurwaarders verboden is, maar wat voor opdrachtgevers soms wel een breekpunt in de onderhandelingen is.

3. Het verweer van de beklaagde gerechtsdeurwaarders

De ontvankelijkheid

3.1 De gerechtsdeurwaarders stellen voorop dat zij met uitzondering van gerechtsdeurwaarder sub 3 allen in loondienst zijn of waren van de vennootschappen. Aldus hebben en hadden zij geen enkele zeggenschap over de organisatie van het gerechtsdeurwaarderskantoor en de structuur waarbinnen deze opereert. Zij zijn aandeelhouder noch bestuurder en derhalve geen (mede-) beleidsbepalers. Er is langdurig en intensief overleg gevoerd tussen DLF en de besturen van beide gerechtsdeurwaardersorganisaties enerzijds en de KBvG en/of de Commissie van deskundigen (hierna verder: de Commissie) anderzijds over de organisatie en de (financiële en juridische) structuur waarbinnen deze opereren. De gerechtsdeurwaarders waren hierbij, gezien hun hoedanigheid van werknemer, niet betrokken. Aangezien het hier een aangelegenheid betreft die uitsluitend betrekking heeft op de inrichting van de organisatie en de structuur waarbinnen deze zich bevindt, hetgeen per definitie behoort tot het (exclusieve) domein van het bestuur en de aandeelhouder(s), is het niet redelijk dat daaromtrent een klacht wordt ingediend tegen de gerechtsdeurwaarders, die hier niet bij betrokken waren, noch konden zijn. Aldus probeert DB.NU een kwestie die feitelijk speelt tussen haar en DLF en de besturen van beide organisaties als het ware over de rug van de gerechtsdeurwaarders, zijnde werknemers in loondienst, uit te vechten. Daarvoor is het tuchtrecht niet bedoeld. De klacht is derhalve op oneigenlijke gronden ingediend en dient alleen al daarom niet-ontvankelijk verklaard, althans afgevoerd te worden.

3.2 De beklaagde gerechtsdeurwaarders hebben verder aangevoerd dat het indienen van de klacht aan een termijn gebonden is. De klacht dient te worden ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de gerechtsdeurwaarder waarop de klacht betrekking heeft. DLF en de gerechtsdeurwaarders zijn altijd volledig transparant geweest over de participatie van DLF in de gerechtsdeurwaarderskantoren en het feit dat DLF indirect betrokken is bij opdrachtgevers van de gerechtsdeurwaarders. Dat DLF een economisch meerderheidsaandelenbelang in de gerechtsdeurwaarderskantoren houdt en dat DLF indirect betrokken is bij opdrachtgevers daarvan is dus reeds langer dan drie jaar bekend bij klagers. DB.NU heeft aldus niet binnen bekwame tijd geklaagd, als gevolg waarvan zij niet ontvankelijk dienen te worden verklaard in hun klacht.

3.3 Daarnaast hebben de gerechtsdeurwaarders aangevoerd dat DB.NU een rechtstreeks belang moeten hebben bij het indienen van de klacht. Uit het klaagschrift volgt echter dat DB.NU slechts klaagt in het algemeen belang. Zij stellen hiertoe in het klaagschrift samengevat dat gelet op de VO 2010 en de toelichting daarop alle gerechtsdeurwaarders van Nederland, in het bijzonder alle leden van DB.NU, belang hebben bij het bestaan en de handhaving daarvan. De belangrijkste maatschappelijke reden en een van de belangrijkste pijlers onder het ambt is de waarborging van volstreekte onafhankelijkheid van de Nederlandse gerechtsdeurwaarders. Daarover mag geen twijfel ontstaan. Daar waar geaccepteerd wordt dat bepaalde gerechtsdeurwaarders niet voldoen aan regelgeving ontstaat ongelijkheid. En ongelijkheid leidt tot concurrentievervalsing. Hiermee geeft DB.NU onmiskenbaar te kennen dat zij klagen in het algemeen belang. DB.NU suggereert dat door schending van regelgeving ongelijkheid ontstaat, en dat ongelijkheid tot concurrentievervalsing leidt. Echter, zij stellen noch bewijzen dat zij zelf direct slachtoffer zijn van enige vermeende concurrentievervalsing. Ook hierin valt dus geen rechtstreeks belang van klagers te lezen. Nu DB.NU geen rechtstreeks belang heeft bij hun klacht dienen zij ook op die grond niet-ontvankelijk worden verklaard in hun klacht.

3.4 Voorts hebben de gerechtsdeurwaarders aangevoerd dat door de ondernemingsplannen van de gerechtsdeurwaarders te accepteren, de Commissie van deskundigen (hierna de Commissie), de KBvG en de Minister hebben ingestemd met de opzet van de kantoororganisatie van de gerechtsdeurwaarders. Immers, conform artikel 3 van het Besluit Ondernemingsplan was dit punt uitgewerkt in het ondernemingsplan van de desbetreffende gerechtsdeurwaarders. Dit betekent dat de Commissie, de KBvG en de Minister destijds hebben ingestemd met het feit dat DLF een winstrecht heeft in [] en [] van (meer dan) 80%. In het licht daarvan mochten de gerechtsdeurwaarders er gerechtvaardigd op vertrouwen na het positieve advies van de Commissie, het uitblijven van enig bezwaar van de zijde van de KBvG en de benoeming van de desbetreffende gerechtsdeurwaarders door de Minister, steeds handelden in overeenstemming met de op hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Door nu te stellen dat de gerechtsdeurwaarders tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen omdat DLF een economisch meerderheidsaandelenbelang in de kantoren houdt, probeert DB.NU in feite de goedkeuring van de Commissie, de KBvG en de Minister aan de ondernemingsplannen te ondermijnen. Toewijzing van de klacht zou een herziening vormen van het wettelijke proces ten aanzien van de benoeming van de betreffende gerechtsdeurwaarders dat destijds met de goedkeuring van de Minister en in betreffende koninklijke besluiten is afgerond. De Gerechtsdeurwaarderswet voorziet echter niet in de mogelijkheid om tot een herziening van de goedgekeurde ondernemingsplannen te komen, nog een reden waarom DB.NU in hun klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

Strijd met het Unierecht en de mededingingswet.

3.5 Verder hebben de gerechtsdeurwaarders aangevoerd dat de in de VO 2010 onder 4 b opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling een ongeoorloofde beperking vormt van de mededinging in de zin van artikel 101 het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") en artikel 6 van de Mededingingswet vormt. Verder maakt de regeling een inbreuk op de vrijheid van vestiging ex artikel 49 VWEU, en levert het een schending op van het verbod voor lidstaten, onder artikel 106 VWEU, om met betrekking tot de ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend, maatregelen te handhaven die in strijd zijn met de Europeesrechtelijke regels. De in de VO 2010 opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling is in strijd met de Europese

regels en de Mededingingswet. De kamer is als nationale rechterlijke instantie verplicht om met het Unierecht strijdige bepalingen buiten toepassing te laten. Indien klagers zouden betwisten dat de indirecte opdrachtgeversregeling in strijd is met het Unierecht of indien de kamer twijfels zou hebben over de compatibiliteit van deze regeling met de bepalingen van het Unierecht, kan de kamer prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Inhoudelijk

De beklagde gerechtsdeurwaarders hebben de klacht gemotiveerd bestreden. Voor zover van belang zal bij de inhoudelijke beoordeling daarvan op het verweer worden ingegaan.

4. De beoordeling van de verweren inzake de ontvankelijkheid

4.1 De kamer zal beginnen met bespreking van de meest verstrekkende verweren, te weten het verweer dat de klacht te laat is ingediend en het verweer dat de VO 2010 op het punt van de indirecte opdrachtgeversregeling in strijd is met de artikelen 6, 49, 106 en 101 VWEU. Vervolgens zal worden ingegaan op het verweer dat de klagers onvoldoende eigen belang hebben bij het indienen van de klacht, het verweer dat de ondernemingsplannen met daarin de gewraakte organisatiestructuur zijn goedgekeurd door de Commissie, de KBvG en de Minister en als laatst zal worden ingegaan op het verweer met betrekking tot de gerechtsdeurwaarder in loondienst.

Klacht te laat ingediend

4.2 De kamer neemt als startpunt van de termijn voor het indienen van de klacht de uitspraak van de afdeling rechtspraak van de Raad van State van 24 februari 2016. Vanaf dat moment was voor een ieder duidelijk dat de VO 2010 geldend recht was. Voor die tijd was er sprake van een onzekere situatie waarbij in de discussie bij het onderwerp participatie in gerechtsdeurwaarderskantoren versus de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder, de meningen van diverse belanghebbenden behoorlijk uiteenliepen en de KBvG haar eigen verordening op het punt van de indirecte opdrachtgeverschap niet zou handhaven. Dit betekent dat gerekend vanaf de datum van de uitspraak van de Raad van State, de klacht door DB.NU is ingediend binnen de in artikel 37 lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet genoemde termijn.

VO 2010 in strijd met VWEU en de Mededingingswet

4.3 De gerechtsdeurwaarders hebben betoogd dat de in de VO 2010 opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling in strijd is met artikel 101, lid 1 van de VWEU en artikel 6 van de Mededingingswet. De kamer overweegt dat niet elke overeenkomst of besluit, of in dit geval een verordening moet worden beschouwd als een beperking van de mededinging. Een verordening kan immers ook dienen als een tegenwicht tegen een onbeperkte marktwerking. Dat tegenwicht kan noodzakelijk zijn in een gereguleerd beroep en gegeven de bijzondere positie van het beroep: (in dit geval de ambtelijke positie van de gerechtsdeurwaarder. In dat verband kan onder meer worden gewezen op het arrest Wouters (HvJ EG 19 februari 2002). Uit dat arrest volgt niet alleen dat, zoals door de gerechtsdeurwaarders is aangevoerd, de gerechtsdeurwaarder een onderneming is en de KBvG een ondernemersvereniging, maar ook dat er (deontologische) regels kunnen bestaan die noodzakelijk zijn voor een goede rechtsbedeling, waarbij eventuele de mededinging beperkende gevolgen op de koop toe moeten worden genomen, zolang de mededinging beperkende gevolgen inherent zijn het legitieme doel

van die regels. Daarnaast kan worden gewezen op resolutie P6_TA(2006)0108 van het Europees Parlement over de juridische beroepen en het algemeen belang van een goed functioneren van de rechtstelsels. Daarin wordt onder meer aandacht gevraagd voor overwegingen van openbaar belang die voorrang dienen te krijgen boven de mededingingsbeginselen van de EU .

4.4 In de Gerechtsdeurwaarderswet is al rekening gehouden met de marktwerking. Zo staan in artikel 80 lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet de eisen vermeld waaraan door de ledenraad goedgekeurde Verordeningen moeten voldoen. In artikel 5 van de Gerechtsdeurwaarderswet is het ambt van gerechtsdeurwaarder voor een potentieel grotere groep personen opengesteld teneinde belemmeringen in de dienstverlening op Europees niveau terug te dringen. In de memorie van antwoord bij de artikelen 80 lid 2 en 82 van de Gerechtsdeurwaarderswet is naar aanleiding van vragen van leden van de Eerste Kamer over de beoordeling van verordeningen en de toetsingscriteria bij de goedkeuringsprocedure, door de minister antwoord gegeven op de vraag op welke momenten worden door de KBvG op te stellen Verordeningen vooraf door de Minister worden getoetst. Verder is antwoord gegeven op de vraag wat de onderlinge verhouding tussen de artikelen 80, tweede lid en artikel 82 is en is door de wetgever materiele invulling gegeven van het begrip onnodige belemmering van de marktwerking. Ten aanzien van dit laatste is opgemerkt:

“dat alleen die restrictieve regels mogen worden gesteld die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van het beroep. Met andere woorden: zonder dergelijke regels zou de uitoefening van het ambt niet mogelijk zijn, ze zijn als het ware inherent aan de uitoefening van het ambt. Hieruit vloeit voort dat de mededinging alleen dan mag worden beperkt of de belangen van de gerechtsdeurwaarder alleen dan mogen worden meegenomen indien dit gelet op de context die eigen is aan het ambt noodzakelijk is om de professionele onafhankelijkheid, de (vak)bekwaamheid, de integriteit en de onpartijdigheid te waarborgen, om belangenconflicten en misleidende reclame te vermijden.” (MvA 1 vergaderjaar 2000-2001, nr 109.)

4.5 Dat ook de VO 2010 door de wetgever op de mededingingsrechtelijke aspecten is getoetst volgt uit de brief van de Minister van 20 mei 2010 waarbij de VO 2010 onder voorwaarden is goedgekeurd waarbij met verwijzing naar de mededingingsrechtelijke aspecten van de verordening is aangedrongen op een duidelijker en gemakkelijker te handhaven regeling, door participatie in gerechtsdeurwaarderskantoren door anderen als gerechtsdeurwaarders als hoofdregel uit te sluiten.

4.6 Daarnaast kan worden gewezen op het volgende. Uit de parlementaire geschiedenis op de Wijziging van de Gerechtsdeurwaarderswet in verband met de evaluatie van het functioneren van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, alsmede de regeling van enkele andere onderwerpen in die wet, volgt wat de wetgever in gedachten had ten aanzien van participatie van opdrachtgevers en andere derden, de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder en mededingingsrechtelijke aspecten.

(.....)

“Het is de bedoeling van het wetsvoorstel de discussie die zich nu al aantal jaar voortzet rond de regeling van de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarderswet en de on-eigenlijke invloed die kan uitgaan van derdenparticipatie in gerechtsdeurwaarderskan-

toren, te beslechten. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Verordening Onafhankelijkheid en de discussies over de wijziging hiervan, blijkt dat optreden van de wetgever geboden is. De praktijk van financiële participatie door derden in gerechtsdeurwaarderskantoren en de oneigenlijke invloed die daarvan kan uitgaan staat op gespannen voet met de positie van de gerechtsdeurwaarder. Ter waarborging van de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder dient iedere (schijn van) belangenverstrengeling te worden voorkomen. Een belangenverstrengeling door financiële of persoonlijke relaties kan de noodzakelijke onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder in gevaar brengen. Deze financiële relatie kan ook ontstaan doordat de gerechtsdeurwaarder financieel te veel van één opdrachtgever afhankelijk wordt of degene van wie hij voor zijn kantoorvoering mede financieel afhankelijk is, zijn opdrachtgever is of wordt. Eerder is door de toenmalige Minister van Justitie aangegeven dat het uitgangspunt is dat deelname in een gerechtsdeurwaarderskantoor, anders dan door gerechtsdeurwaarders, moet zijn uitgesloten met een uitzondering voor een beperkt aandeel van een of meer derde(n), aan het kantoor verbonden medewerker(s)."

(.....)

"Dat participanten een bepaald belang hebben bij het ambtelijk optreden van de gerechtsdeurwaarder, welk belang los staat van normale zakelijke kantoorbelangen (aandeelhoudersbelangen) zoals het voortbestaan van de onderneming die het gerechtsdeurwaarderskantoor is, moet worden ontmoedigd. De wens om te participeren in gerechtsdeurwaarderskantoren door derden wordt vaak ingegeven vanuit de wens om hiermee een soort van ketenvoordeel te verkrijgen. Een opdrachtgever die een gerechtsdeurwaarder in zijn bedrijfsvoering en de uitvoering van zijn ambtshandelingen kan sturen heeft daarmee meer controle over de invordering van zijn vorderingen dan een reguliere klant van een gerechtsdeurwaarderskantoor. Beperkingen ten aanzien van de omvang van het toegestane belang in het kantoor en zeggenschap van deze derden-participanten doen daaraan op zichzelf niet veel af. Dit is waarom vanuit onafhankelijkheidsoogpunt een uitsluiting van derden van het nemen van een belang is een gerechtsdeurwaarderskantoor het meest veilig is."

Even verderop in de memorie van toelichting wordt opgemerkt:

"Er is rekening gehouden met mededingingsrechtelijke aspecten. Op grond hiervan zou de uitzondering kunnen gelden dat personen onder verantwoordelijkheid van de gerechtsdeurwaarder werkzaam op een gerechtsdeurwaarderskantoor een (kleine) minderheidsdeelneming hiervan zou de uitzondering kunnen gelden dat personen onder verantwoordelijkheid van de gerechtsdeurwaarder werkzaam op een gerechtsdeurwaarderskantoor een (kleine) minderheidsdeelneming is toegestaan. Het ketenvoordeel dat door derden wordt gezocht via het nemen van een belang in een gerechtsdeurwaarderskantoor, is uiteindelijk directe en permanente - toegang tot de ambtshandelingen van de gerechtsdeurwaarder. Dit brengt grote risico's voor de onafhankelijkheid mee." Om dit voordeel deels weg te nemen is dit wetsvoorstel een wijziging opgenomen van artikel 3 van de Gerechtsdeurwaarderswet. Artikel 3 houdt een verbod in om ambtshandelingen te verrichten voor (rechts)personen waarmee een te nauwe persoonlijke band bestaat. Dit verbod wordt met de voorgestelde wijziging uitgebreid naar vennoten of aandeelhouders zijnde niet-gerechtsdeurwaarders, in de entiteit van waaruit het gerechtsdeurwaarderskantoor wordt gedreven. Een en ander is nader uitgelegd bij de artikelsgewijze toelichting." (Tweede Kamer, vergaderjaar 2014 – 2015, wetsvoorstel 34 047 nr 3 p 14 en 15.)

4.7 De kamer overweegt dat uit het voorgaande volgt dat in de VO 2010 en de Gerechtsdeurwaarderswet (deontologische) regels zijn vastgelegd die ervoor zorgen dat de nodige garantie van integriteit en ervaring wordt geboden aan de eindgebruikers van professionele diensten waarmee een goede onafhankelijke rechtsbedeling wordt verzekerd. In dit licht bezien kan de in de VO 2010 opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling redelijkerwijze noodzakelijk worden geacht ter verzekering van onafhankelijkheid, integriteit en onpartijdigheid van de goede uitoefening van het ambt van gerechtsdeurwaarder in het algemeen belang. Deze beperking in het algemeen dat is gebaat bij helderheid over de onafhankelijke gerechtsdeurwaarder, kan moeilijk als onnodig worden beoordeeld.

Het bijzondere karakter van het ambt van de gerechtsdeurwaarder staat aan onbeperkte marktwerking in de weg. Tegenover het standpunt dat de gerechtsdeurwaarder op de incassomarkt bepaalde voordelen geniet, staat dat gerechtsdeurwaarder in tegenstelling tot derde-participanten, ook bij de uitvoering van incassowerkzaamheden onderworpen is aan toezicht en tuchtrechtspraak. Ook bij de uitvoering van incassowerkzaamheden dient de gerechtsdeurwaarder dus rekening te houden met situaties waarin belangen-tenstellingen kunnen ontstaan.

4.8 Op grond van het voorgaande is de in de VO 2010 opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling naar het oordeel van de kamer niet in strijd met het bepaalde in artikel 101 VWEU en artikel 6 van de Mededingingswet. Na deze vaststelling kan het overige van hetgeen door de gerechtsdeurwaarders hieromtrent is aangevoerd onbesproken blijven. Voor een verder gaande beoordeling is in het kader van het tuchtrecht geen plaats. Indien de gerechtsdeurwaarders het door hen gedane beroep op het mededingingsrecht willen handhaven ligt het op hun weg een klacht in te dienen bij de ACM of een civiele procedure te starten. Bij deze stand van zaken ziet de kamer ook geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over te gaan. Het verweer als hiervoor vermeld onder 3.5 slaagt evenmin.

Geen eigen belang bij de klacht

5.1 Ten aanzien van de ontvankelijkheid van DB.NU overweegt de kamer het volgende. In de Gerechtsdeurwaarderswet is niet vastgelegd wie als klager kan optreden in een tuchtprocedure voor de kamer. Uit rechtspraak (ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7801) volgt dat dat een klager een voldoende eigen belang moet hebben bij een klacht om als belanghebbende te worden aangemerkt en als klager te kunnen worden ontvangen in de tuchtprocedure.

5.2 De kamer overweegt dat anders dan door beklaagden is betoogd, door DB.NU niet alleen in het algemeen belang wordt geklaagd. DB.NU heeft gesteld dat het individuele belang van de klagers 2-5 en de leden van de vereniging (klager subsidiair 1) wordt geschaad. Daartoe is op ter zitting nader toegelicht dat er concurrentievervalsing plaatsvindt en op welke wijze. Verder is aangevoerd dat iedere individuele gerechtsdeurwaarder een eigen belang heeft bij de tuchtrechtelijke handhaving van het aanzien van het ambt waarbij de onafhankelijkheid en de schijn van belangenverstrengeling in het geding is. Nu het ledenbestand van DB.NU slechts bestaat uit individuele gerechtsdeurwaarders, brengt dat mee dat DB.NU voldoende eigen belang heeft om als belanghebbende kunnen te worden aangemerkt en zodoende ontvankelijk dient te worden verklaard in de klacht.

Goedkeuring ondernemingsplannen

6.1 Dat de betrokkenheid van DLF bij de gerechtsdeurwaarders, en hoe die betrokkenheid is gestructureerd, reeds sinds 2006 bekend is bij de Commissie staat evenmin aan het indienen van een klacht door DB.NU in de weg. De Commissie heeft bij wet een eigen taak toegewezen gekregen. De gerechtsdeurwaarder dient op grond van de wet zelf een ondernemersplan op te stellen en in te dienen. De beoordeling van het ondernemingsplan is door de wetgever in handen gesteld van een door de Minister te benoemen Commissie. Goedkeuring van een ondernemingsplan kan eventueel tuchtrechtelijk laakbaar handelen niet sauveren omdat daarvoor andere maatstaven gelden. Dat de KBvG goedkeuring heeft verleend lag in de lijn van hun herhaaldelijk naar buiten toe uitgedragen standpunt met betrekking tot het niet handhaven van de indirecte opdrachtgeversregeling. Door de Minister is in de brief waarmee de VO 2010 is goedgekeurd reeds gewezen op het feit dat er aanpassingen zouden moeten worden toegepast teneinde de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder te waarborgen. Die aanpassingen zijn door de KBvG niet toegepast, maar dat betekent niet dat DB.NU niet in haar klacht kan worden ontvangen. Ook dit verweer dient te worden verworpen.

Gerechtsdeurwaarder gedefungeerd en in loondienst

7.1 De beklaagde gerechtsdeurwaarders hebben verder als verweer aangevoerd dat gerechtsdeurwaarders sub 13 en 14 op 1 januari 2018 zijn gedefungeerd als gerechtsdeurwaarder. Met inachtneming van de door klagers gehanteerde peildatum, zou de klacht zich aldus niet moeten richten tegen deze gerechtsdeurwaarders.

7.2 De kamer overweegt dat ook een op eigen verzoek ontslagen gerechtsdeurwaarder op grond van het bepaalde in artikel 34 lid 5 van de Gerechtsdeurwaarderswet aan de tuchtrechtspraak blijft onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten als bedoeld in het eerste lid van dit artikel, gedurende de tijd dat hij werkzaam was als gerechtsdeurwaarder.

7.3 Verder is aangevoerd dat een gerechtsdeurwaarder in loondienst niet kan worden aangesproken voor de aan hem verweten gedragingen. Dit vanwege het feit dat een gerechtsdeurwaarder in loondienst geen invloed heeft op het kantoorbeleid en zich dus niet kan bemoeien met het afsluiten van overeenkomsten met derden.

7.4 Ten aanzien van het gevoerde verweer betrekking tot de gerechtsdeurwaarder in loondienst overweegt de kamer als volgt. De gerechtsdeurwaarder in loondienst is als eerste aan de orde gesteld in een door het WODC opgestelde "Trendrapportage gerechtsdeurwaarders" (2006 reeks onderzoek en beleid nr. 247). Een tegen de achtergrond van deze rapportage door de staatssecretaris van Justitie ingestelde Commissie is in een in 2009 onder de naam "Noblesse Oblige" uitgebracht rapport onder de punten 66, 72, 73,76 en 77 ingegaan op dit onderwerp. Een en ander is vastgelegd in aanbeveling 17 van dit rapport. In een brief met bijlage van 3 november 2009 heeft het toenmalige Kabinet een standpunt ingenomen op de in dit rapport gedane aanbevelingen. Ten aanzien van aanbeveling 17 is samengevat aangegeven dat het niet gewenst is dat er onduidelijkheid bestaat over het onderscheid tussen de gerechtsdeurwaarder die ondernemer is, degene die in loondienst bij een gerechtsdeurwaarderskantoor werkzaam is, en de kandidaat-gerechtsdeurwaarder die in opleiding is.

7.5 Een en ander is door de wetgever nader toegelicht en uitgewerkt in de memorie van toelichting op de Wijziging van de gerechtsdeurwaarderswet in verband met de

evaluatie van het functioneren van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, alsmede de regeling van enkele andere onderwerpen in die wet. Samengevat heeft dat ertoe geleid dat door de wetgever onderscheid is gemaakt tussen de door de Kroon benoemde gerechtsdeurwaarder, een (toegevoegd) gerechtsdeurwaarder (die in principe wel benoembaar is, maar niet wil kiezen voor het ondernemerschap) en een (kandidaat) gerechtsdeurwaarder (die bezig is met een beroepsopleiding). In de voorgestelde regeling is het uitgangspunt dat de toegevoegd gerechtsdeurwaarder verbonden is aan het kantoor van de gerechtsdeurwaarder aan wie hij is toegevoegd. Hiermee geeft deze constructie volgens de wetgever een goede aanvulling op de voorwaarden die gelden voor het ambt van gerechtsdeurwaarder en het ondernemerschap dat daar bij hoort. Ter onderscheiding van de door de Kroon benoemde gerechtsdeurwaarder geldt dat de toegevoegd gerechtsdeurwaarder niet zelfstandig bevoegd is en niet aan de verplichtingen die samengaan met het zelfstandig ondernemerschap hoeft te voldoen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2014 – 2015, wetsvoorstel 34 047 nr. 3 pagina 2, 3 en 19).

7.6 Uit hetgeen hiervoor onder 7.4 en 7.5 is overwogen volgt dus dat er slechts één mogelijkheid is om gerechtsdeurwaarder te worden zonder ondernemer te zijn: dat is als toegevoegd gerechtsdeurwaarder. Alleen hij hoeft niet aan de verplichtingen die samengaan met het zelfstandig ondernemerschap te voldoen. Voor de door de Kroon benoemde gerechtsdeurwaarders (dus ook die in loondienst) gelden alle wettelijke vereisten waaraan een gerechtsdeurwaarder dient te voldoen. Dus ook aan de verplichtingen die samengaan met het zelfstandig ondernemerschap waarbij zij in gelijke mate het ondernemersrisico lopen. In de rechtspraak is dit ook herhaaldelijk bevestigd (ECLI:NL:GHAMS:2010:BN1177, ECLI:NL:GHAMS: 2018:3351). Een andere zienswijze of interpretatie zou het gesloten systeem van de Gerechtsdeurwaarderswet ondermijnen.

7.7 Het voorgaande brengt mee dat ook dit verweer geen doel treft.

8. De inhoudelijke beoordeling van de klacht

8.1 De gerechtsdeurwaarder, waarnemend gerechtsdeurwaarder, toegevoegd gerechtsdeurwaarder, kandidaat-gerechtsdeurwaarder en degene die is toegevoegd in het kader van de stageverplichting bij de in artikel 25, eerste lid, bedoelde opleiding, zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen 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, waarnemend gerechtsdeurwaarder, toegevoegd gerechtsdeurwaarder of kandidaat-gerechtsdeurwaarder niet betaamt. Ter beoordeling staat of door de gerechtsdeurwaarders in strijd is gehandeld met het bepaalde in dit artikel.

8.2 Bij die beoordeling dient tot uitgangspunt dat de gerechtsdeurwaarder een door de Kroon benoemde ambtenaar is die in die functie openbaar gezag uitoefent. Het publiek moet er daarom op kunnen vertrouwen dat de gerechtsdeurwaarder zorgvuldig omgaat met deze bijzondere positie en de daarbij behorende (exclusieve) en soms verregaande bevoegdheden. De daarbij behorende kernwaarden zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid in het ambtelijk handelen ten dienste van het algemeen belang.

8.3 Uit de inhoud van de brieven van 20 mei 2010 en 27 juni 2013 van de Minister aan de KBvG volgt dat de wetgever zich van meet af aan op het standpunt heeft gesteld

dat (financiële) participatie van derden in gerechtsdeurwaarderskantoren op gespannen voet staat met de onafhankelijke positie van de gerechtsdeurwaarder. Ter waarborging van zijn onafhankelijkheid dient iedere (schijn van) belangenverstrengeling te worden voorkomen. Een belangenverstrengeling door financiële of persoonlijke relaties kan de noodzakelijke onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder in gevaar brengen. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat in de Gerechtsdeurwaarderswet een verbod is opgenomen om ambtshandelingen te verrichten voor rechtspersonen waarmee een te nauwe persoonlijke band bestaat en in artikel 12 a van de Gerechtsdeurwaarderswet een algemene norm is opgenomen inzake de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder.

8.4 Dit alles in onderlinge samenhang en verband in ogenschouw genomen maakt dat de gerechtsdeurwaarders niet aan het daartoe bepaalde in de VO 2010 hebben voldaan. Van belang is dat een gerechtsdeurwaarder voor de naleving van de regelgeving en het meewerken aan het toezicht afhankelijk is van die derde-participant, terwijl het toezicht van het BFT slechts kan plaatsvinden via de gerechtsdeurwaarder. In de VO 2010 is ook een aandeel van 49% in een gerechtsdeurwaarderskantoor niet toegestaan als, zoals in dit geval bij DLF, de participant indirect betrokken is bij vorderingen van dat kantoor. Dat de gerechtsdeurwaarders zich daarvan bewust waren volgt al uit het feit dat door hen in 2010 een herstelplan is ingediend teneinde de organisatiestructuur in overeenstemming te brengen met het bepaalde in de VO 2010. Dat dit herstelplan om redenen als door de gerechtsdeurwaarders aangevoerd nimmer is uitgevoerd, doet hieraan niet af.

8.5 De kamer gaat uit van de juistheid van wat de gerechtsdeurwaarders naar voren hebben gebracht over de koopovereenkomst met betrekking tot de aandelen en ziet op dit moment geen aanleiding voor het instellen van het door DB.NU verzochte nadere onderzoek haar deze verkoopovereenkomst. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven omdat het niet van belang is voor de beslissing in deze zaak.

9. Hetgeen hiervoor is overwogen leidt tot de volgende beslissing.

10. De kamer overweegt tenslotte dat het hier gaat om een principiële procedure, waarbij voor de eerste keer een inhoudelijk tuchtrechtelijk oordeel wordt gegeven over de participatie van derden in gerechtsdeurwaarderskantoren. Mede gelet op het feit dat de in de VO 2010 opgenomen indirecte opdrachtgeversregeling niet werd gehandhaafd, het feit dat de discussie over dit onderwerp ertoe heeft geleid dat DLF zich inmiddels heeft teruggetrokken uit het investeren in gerechtsdeurwaarderskantoren, en gezien de verstreckende gevolgen voor de betrokken gerechtsdeurwaarders, zal de kamer volstaan met gegrondverklaring van de klacht en geen tuchtrechtelijke maatregel opleggen.

BESLISSING

De kamer voor gerechtsdeurwaarders:

- verklaart DBNU ontvankelijk in de klacht;
- verklaart de klacht gegrond;
- laat het opleggen van een maatregel achterwege.

Aldus gegeven door mr. E. Diepraam, plaatsvervangend voorzitter, mr. L. Voetelink en mr. J.N. Reijn, leden en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 februari 2019, 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.