

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/13/646341/ DW RK 18/197

KAMER VOOR GERECHTSDEURWAARDERS TE AMSTERDAM

Beslissing van 22 februari 2019 zoals bedoeld in artikel 43 van de Gerechtsdeurwaarderswet inzake de klacht met nummer C/13/646341/ DW RK 18/197 (ED/FK) van:

Het BUREAU FINANCIËEL TOEZICHT,
gevestigd te Utrecht,
klaagster,
gemachtigden mr. W.F.C. Vogel, mr. A. van den Brink,

tegen:

1. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
2. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
3. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
4. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
5. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
6. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
7. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
8. [],
gerechtsdeurwaarder te [], thans toegevoegd gerechtsdeurwaarder te [],
9. [],
gerechtsdeurwaarder te [], thans toegevoegd gerechtsdeurwaarder te [],
10. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
11. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
12. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
13. [],
gerechtsdeurwaarder te [],
14. [],
gerechtsdeurwaarder te [],

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 bijlagen 2 producties ingekomen op 13 april 2018;
- een verweerschrift met als bijlagen 37 producties ingekomen op 12 juli 2018.
- een e-mail van 13 november 2018 van beklagden met aanvullende producties 38 tot en met 43;
- het proces-verbaal van de openbare behandeling ter zitting van 23 november 2018 en de ter zitting voorgedragen en overgelegde pleitnota's;
- de nader op 22 februari 2019 bepaalde uitspraak.

1. De feiten

- a) De gerechtsdeurwaarders zijn allen benoemd (geweest) als gerechtsdeurwaarder in de in aanhef van deze beslissing vermelde vestigingsplaatsen. Zij maken als gerechtsdeurwaarder (in loondienst) onderdeel uit van de besloten vennootschap [].
- b) De aandelen van [] waren (ten tijde van het onderzoek) in meerderheid (51%) in handen van een gerechtsdeurwaarder. De gerechtsdeurwaarders is enig bestuurder in [].
- c) 49% van de aandelen van [] wordt gehouden door Stichting Administratiekantoor [] Gerechtsdeurwaarders (Stak). Bestuurders van deze stichting zijn de heren [] en []. 100% van de certificaten van de aandelen van de Stak is in handen van DAS Legal Finance BV (hierna verder: DLF). DAS Holding NV is voor 100% eigenaar van DLF. DLF heeft een winstrecht van 100%.
- d) Bij een aantal opdrachtgevers zijn specifieke contractafspraken gemaakt. De verworven omzet van deze specifieke contracten bedroeg in 2016 ongeveer 5/6 deel van de totale omzet van []. Bij een deel van de contracten is DLF indirect betrokken als mede eigenaar van Cannock Chase Incasso, DAS Incasso Rotterdam en DAS/MKB. Het aandeel van deze opdrachtgevers in de totale omzet van [] B.V. bedraagt ongeveer 15% waarbij [] B.V. op basis van de afgesloten contracten 50% van de omzet als korting af moet dragen aan deze contractanten.
- e) 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”
- f) 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).

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

h) DLF en [] B.V. hebben vervolgens tegen de indirecte opdrachtgeversregeling bezwaren ingediend bij de NMa. 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 hebben medegedeeld dat zij vraagtekens had bij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de indirecte opdrachtgeversregeling die de mededinging zou beperken.

i) 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.

j) 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).

k) 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.

l) 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 gegrond verklaard voor zover de rechtbank ten onrechte de staatssecretaris niet in de proceskosten had veroordeeld. Voor het overige is de beslissing bevestigd.

m) Het BFT is op 13 april 2017 een onderzoek gestart bij [] B.V. Het onderzoek is afgerond op 11 augustus 2017. Naar aanleiding van de bevindingen uit het onderzoek heeft het BFT een klacht ingediend.

n) Uit de door de gerechtsdeurwaarders overgelegde productie 40 volgt dat DLF zijn aandelenbelang in [] B.V. per 1 november 2018 heeft verkocht aan een gerechtsdeurwaarder.

2. De klacht

2.1 Het BFT baseert haar klacht, kort gezegd, op de stelling dat de gerechtsdeurwaarders handelen in strijd met artikel 12a van de Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw), artikel 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels voor gerechtsdeurwaarders van 9 juli 2001 (de Verordening Gedragsregels), alsmede artikel 4 sub b van de VO 2010.

2.2. Om de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder te borgen, is in de VO 2010 onder andere bepaald dat een participant in een gerechtsdeurwaarderskantoor niet ook direct of indirect opdrachtgever mag zijn. Artikel 4 sub b van de VO 2010 bepaalt dat de gerechtsdeurwaarder er zorg voor moet dragen dat personen die geen gerechtsdeurwaarder zijn, slechts deelnemen in de vennootschap waaraan het gerechtsdeurwaarderskantoor toebehoort, indien zij niet direct of indirect betrokken zijn bij opdrachten aan het kantoor. De toelichting bij het artikel maakt duidelijk dat een opdrachtgever van het gerechtsdeurwaarderskantoor geen deelneming in hetzelfde kantoor kan hebben. In gevallen dat opdrachten worden verstrekt door een incassobureau, sluit de verordening niet alleen het incassobureau uit van deelneming, maar ook de crediteur wiens vordering ter incasso uit handen is gegeven aan het incassobureau.

2.3 Zoals beschreven in paragraaf 5.1 van de rapportage werkt [] bij een aantal opdrachtgevers met specifieke afspraken die zijn vastgelegd in een contract. Bij een deel van de afgesloten contracten is DLF (indirect) betrokken. Dit betreft de contracten met de volgende opdrachtgevers: Cannock Chase Incasso, DAS Incasso Rotterdam en DAS/MKB. DLF is (mede) eigenaar van deze drie ondernemingen. Zoals DLF zelf in het jaarverslag aangeeft worden incassozaken van opdrachtgevers van DLF waarvoor een gerechtelijk traject moet worden opgestart aan [] in behandeling gegeven. Als gevolg hiervan wordt een deel van de omzet van [] verkregen van opdrachtgevers waarvan DLF (mede)eigenaar is. Doordat DLF (mede) eigenaar is van opdrachtgevers van [] en zelf ook participeert in [] is sprake van indirect opdrachtgeverschap door DLF en handelen de gerechtsdeurwaarders in strijd met artikel 4 van de Verordening Onafhankelijkheid. Blijkens de reactie van [] op de concept rapportage van het BFT wordt door [] ook niet als zodanig betwist dat niet wordt voldaan aan de regel ten aanzien van het indirect opdrachtgeverschap.

2.4 Artikel 12a van de Gdw bepaalt dat de gerechtsdeurwaarder zijn ambt in onafhankelijkheid moet uitoefenen en zijn ambt niet mag uitoefenen in enig verband waardoor de onafhankelijkheid wordt of kan worden beïnvloed. In de memorie van toelichting bij de Gerechtsdeurwaarderswet is aangegeven dat *‘de praktijk van financiële participatie door derden in gerechtsdeurwaarderskantoren op gespannen voet staat met de positie van de gerechtsdeurwaarder. Ter waarborging van de 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. 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’*.

2.5 Op meerdere manieren is sprake van een verstrengeling tussen DLF en [] waardoor sprake is van (schijn van) (financiële) afhankelijkheid. Ten eerste is tijdens het BFT onderzoek gebleken dat vanuit DLF aan [] een financiering is verstrekt in de vorm van een lening en rekeningcourantfaciliteit. Het betreft een lening van € 9,5 miljoen. De looptijd van de lening eindigt op 30 november 2022. Op deze lening dient jaarlijks € 1,2 miljoen te worden afgelost. Hieruit blijkt de financiële verstrengeling tussen [] en DLF. Ten tweede combineren personen in dienst van DLF, bestuursfuncties bij DLF met functies binnen de structuur van []. [] heeft contracten gesloten met opdrachtgevers waarvan DLF (mede) eigenaar is. De contracten met deze drie opdrachtgevers zijn ondertekend door een gerechtsdeurwaarder en personen als voornoemd die functies hebben bij zowel DLF als bij []. Ook moet op basis van de afgesloten contracten met Cannock Chase Incasso, DAS Incasso Rotterdam en DAS MKB (DAS Incasso Arnhem) 50% van de verworven omzet (als korting) door [] worden afgedragen aan deze opdrachtgevers.

2.6 De primaire taak van de gerechtsdeurwaarder is het op onpartijdige wijze tenuitvoerleggen van gerechtelijke uitspraken. De schuldenaar moet er vanuit kunnen gaan dat het handelen van de gerechtsdeurwaarder op geen enkele wijze wordt beïnvloed door de opdrachtgever. Hij staat tussen partijen in en het past niet bij het ambt van gerechtsdeurwaarder om afhankelijk te zijn van de partij waarvan hij opdrachten ontvangt. Indien, zoals in hier het geval is, sprake is van een verstrengeling tussen de gerechtsdeurwaarder en een opdrachtgever, wordt in ieder geval de schijn van afhankelijkheid gewekt

met als gevolg dat hij door de 'buitenwereld' niet zal worden gezien als onafhankelijk. Dit heeft een negatief effect op het vertrouwen dat de maatschappij in de gerechtsdeurwaarder stelt. Het optreden in dienst van het algemeen belang mag niet blootstaan aan de invloed van particuliere belangen. Zoals in de toelichting bij de Verordening Onafhankelijkheid wordt gesteld, geldt voor de betrokkenheid van opdrachtgevers dat deze onder alle omstandigheden uit den boze is.

3. Het (ontvankelijkheids-) verweer van de gerechtsdeurwaarders

Klacht te laat ingediend

3.1 De gerechtsdeurwaarders hebben aangevoerd dat de klacht door het BFT is ingediend buiten de daarvoor geldende wettelijke termijn van drie jaar. De betrokkenheid van DLF bij [], en hoe die betrokkenheid is gestructureerd, was reeds sinds 2006 bekend bij de Commissie van deskundigen (hierna verder: de Commissie). De gerechtsdeurwaarders zijn hierover altijd transparant geweest en hebben hierover altijd een open discussie gevoerd met de betrokken partijen. Ook het BFT was hierbij betrokken, nu tussen de Commissie en het BFT nauw wordt samengewerkt. Het BFT kan zich niet verschuilen achter het feit dat zij pas sinds 1 juli 2016 belast is met de toezichthoudende taak. De vorige toezichthouder (de KBvG) was immers eveneens reeds vanaf het begin actief betrokken en bekend met de structuur van de organisatie waarbinnen de gerechtsdeurwaarders werkzaam zijn. Daarin werd geen overtreding van de wet- en regelgeving gezien. Het zou onjuist en onredelijk zijn als de klachttermijn de facto zou worden verlengd als gevolg van een wisseling van de toezichthouder. Het spreekt voor zich dat de wetenschap van de vorige toezichthouder in dit verband aan de nieuwe toezichthouder moet worden toegerekend. Dat de KBvG had besloten om de indirecte opdrachtgeversregeling niet te handhaven, doet niet af aan het verloop van de klachttermijn. Ook als wordt besloten om gedurende een bepaalde periode niet te handhaven, loopt de klachttermijn door. Het verloop daarvan is voorts aan de toezichthouder toe te rekenen.

Klacht ingediend in strijd met handhavingsbeleid

3.2 Ter zitting hebben de gerechtsdeurwaarders daaraan toegevoegd dat het BFT heeft gehandeld in strijd met haar eigen handhavingsbeleid door een klacht in te dienen. Uit dat beleid volgt dat er twaalf elementen moeten worden meegewogen alvorens een klacht in te dienen waaronder opzet en verwijtbaarheid, medewerking en herstel. Van opzet en verwijtbaarheid is geen sprake. De gerechtsdeurwaarders zijn altijd transparant geweest over de participatie van derden in hun gerechtsdeurwaarderskantoor. Er is steeds een constructief overleg en een open discussie gevoerd over de kwestie, zelfs na de uitspraak van de Raad van State. De KBvG had als toezichthouder de gekozen structuur van de organisatie geaccepteerd en de gerechtsdeurwaarders mochten erop vertrouwen dat de VO 2010 niet zou worden gehandhaafd nu de KBvG dit steeds expliciet had aangegeven en in overleg was met het Ministerie over een nieuwe regeling. Diverse malen is door de gerechtsdeurwaarder aan wie de aandelen zijn verkocht aan het BFT verzocht om een gesprek om tot een oplossing te komen. Het BFT hield de deur echter dicht en heeft een klacht ingediend. Dat is disproportioneel en in strijd met het handhavingsbeleid.

Goedkeuring ondernemingsplannen

3.3 De gerechtsdeurwaarders hebben verder aangevoerd dat door de ondernemingsplannen van de gerechtsdeurwaarders te accepteren de Commissie, het BFT en de Minister onder meer hebben ingestemd met de opzet van de kantoororganisatie en het

financieringsplan. Deze punten waren uitgewerkt in de door de gerechtsdeurwaarders ingediende ondernemingsplannen. Dit betekent dat de Commissie, de KBvG en de Minister destijds hebben ingestemd met het feit dat bepaalde personen bestuursfuncties bij DLF combineren, althans combineerden met functies binnen de structuur van de gerechtsdeurwaardersorganisatie die een financiering heeft verstrekt in de vorm van een lening en een rekening-courantfaciliteit. De gerechtsdeurwaarders mochten er op vertrouwen dat zij 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. Dat tot 1 juli 2016 de KBvG belast was met de beoordeling van de verzoeken tot benoeming tot gerechtsdeurwaarder en niet het BFT, doet hier niet aan af. De Commissie wordt gevormd door medewerkers van het BFT, de emailadressen van het BFT worden gebruikt door deze medewerkers en het BFT voert tevens het secretariaat van de Commissie. De gerechtsdeurwaarders mochten erop vertrouwen dat ook het BFT akkoord was met de ondernemingsplannen.

Op voormelde drie gronden dient het BFT niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar klacht.

Gerechtsdeurwaarder in loondienst

3.4 De gerechtsdeurwaarders hebben daarnaast aangevoerd dat allen in loondienst zijn van []. 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 het bestuur van [] enerzijds en de KBvG en/of 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. Ter zitting is daaraan toegevoegd dat het hier een aangelegenheid betreft die uitsluitend betrekking heeft op de inrichting van de organisatie en de juridische structuur waarbinnen deze zich bevindt, hetgeen per definitie behoort tot het (exclusieve) domein van het bestuur en de aandeelhouder(s). Daarom is het niet redelijk dat daaromtrent een klacht wordt ingediend tegen de gerechtsdeurwaarders, die hier niet bij betrokken waren, noch konden zijn. Aldus, probeert het BFT een kwestie die feitelijk speelt tussen haar en DLF en het bestuur van [] 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 afgewezen te worden.

Verordening in strijd met VWEU en mededingingswet

3.5 Als laatste 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 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") en artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. 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 heeft wezenlijke nadelige gevolgen voor de mededinging op twee markten waarop de gerechtsdeurwaar-

ders diensten aanbieden. Nu de concurrentie op de relevante markten wordt beperkt, is deze regel in strijd met de Europese regels en de Mededingingswet en dient daarom onverbindend te worden verklaard. 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. Op grond van het voorgaande menen de gerechtsdeurwaarders dat de indirecte opdrachtgeversregeling onverbindend dient te worden verklaard en de kamer deze regeling buiten beschouwing dient te laten.

4. Het inhoudelijke verweer van de gerechtsdeurwaarders

4.1 De gerechtsdeurwaarders hebben aangevoerd dat de (juridische)structuur waarbinnen zij opereerden volledig voldeed aan de wet- en regelgeving die betrekking heeft op de onafhankelijkheid van gerechtsdeurwaarders. De onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarders was voldoende gewaarborgd.

De gerechtsdeurwaarders voeren aan dat in het licht van die regelgeving 51% van de aandelen in het kapitaal van [] wordt gehouden door een gerechtsdeurwaarder en dat de overige aandelen zijn gecertificeerd en worden gehouden door de STAK. Het bestuur van [] bestaat uitsluitend uit een gerechtsdeurwaarder. Hieruit volgt dat alle beslissingen binnen [] ten aanzien van het beleid van kantoor, het beheer van de derdengelden en de behandeling van alle opdrachten genomen kunnen worden door een gerechtsdeurwaarder en de gerechtsdeurwaarder daarin doorslaggevende zeggenschap heeft. Hij heeft de meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders en als enig bestuurder neemt hij alle bestuursbesluiten. De gerechtsdeurwaarders voldoen daarmee aan het door het BFT geschetste normenkader.

4.2 Het standpunt van het BFT dat er, vanwege verstrengeling tussen de gerechtsdeurwaarders en DLF, gecombineerd met de uitingen van DAS in haar jaarverslag van 2015 (en 2016), een objectieve schijn van afhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder van DLF zou zijn gewekt wordt betwist. In de ruim tien jaar dat DLF participeert in de organisatie van de gerechtsdeurwaarders, hebben zij nooit een klacht ontvangen over een vermeende schending van de onafhankelijkheidsvereisten. Dat personen werkzaam bij DLF bestuursfuncties combineren met functies binnen [] is niet relevant. Geen van deze personen heeft ooit enige uitvoerende functie bij [] bekleed. De heren [] en [] zien in hun hoedanigheid van commissaris conform de Statuten enkel toe op het beleid van [], welk beleid wordt uitgevoerd door een bestuurder die gerechtsdeurwaarder is. Het bestuur van [] heeft te allen tijde uit gerechtsdeurwaarders bestaan en de betreffende bestuurders zijn daardoor in hun uitvoerende taak en hun onafhankelijkheid nimmer beperkt. Bovendien blijkt uit de toelichting op de Verordening 2010 dat de Verordening (of enige andere wet- en regelgeving) zich niet verzet tegen het feit dat de raad van commissarissen van een gerechtsdeurwaarderskantoor (voor een meerderheid) uit niet-gerechtsdeurwaarders bestaat. Het is DLF op basis van de toepasselijke wet- en regelgeving zelfs toegestaan om direct 49% van de aandelen te houden. De STAK is slechts opgericht teneinde de onafhankelijkheid van de Gerechtsdeurwaarders verder te onderstrepen. Het is gangbare praktijk dat een investeerder een of meerdere commissarissen levert om zo haar investering in bepaalde mate te kunnen controleren. Daarmee is evenwel niet gezegd dat deze commissarissen zeggenschap in de onderneming hebben; laat staan doorslaggevende zeggenschap. Uit

het klaagschrift volgt niet dat de commissarissen hun taak strijdig met de wet zouden hebben ingevuld.

4.3 De gerechtsdeurwaarders hebben altijd volledige openheid betracht ten aanzien van de *governance* binnen haar Organisatie, waaronder (het bestuur van) de STAK en de raad van commissarissen van []. Niet valt in te zien op welke wijze het feit dat het bestuur van [] contracten heeft gesloten met opdrachtgevers waarvan DLF (mede) eigenaar is, in strijd is met toepasselijke wet- en regelgeving. [] werd enkel vertegenwoordigd door een gerechtsdeurwaarder, in zijn hoedanigheid van bestuurder. Nu een gerechtsdeurwaarder enig bestuurder van [] is en daarmee zelfstandig de afweging kon maken over het al dan niet afsluiten van deze contracten, valt niet in te zien waarom dit feit enige schijn van afhankelijk met zich zou brengen. Uit de jaarverslagen van DAS van 2015 (en 2016) volgt juist de volledige transparantie die DAS te allen tijde (heeft) betracht ten aanzien van haar participaties in gerechtsdeurwaarderskantoren.

4.4 Er is evenmin sprake van financiële afhankelijkheid. De rekeningcourantfaciliteit is in mei 2015 deels omgezet in een langlopende lening. Er bestaat nog maar een beperkte rekening-courantverhouding tussen DLF en []. Het BFT onderbouwt noch in het klaagschrift noch in de definitieve rapportage waarom de lening tot financiële afhankelijkheid zou leiden. De lening is gesloten op marktconforme voorwaarden en zonder het verstrekken van aanvullende zekerheden. Het verwijt van het BFT dat de gerechtsdeurwaarders financieel afhankelijk zou zijn van DLF en dat hierdoor hun onafhankelijkheid in het gedrang komt, is ongegrond en onjuist.

4.5 Ten aanzien van het handelen in strijd met de indirecte opdrachtgeversregeling hebben de gerechtsdeurwaarders samengevat aangevoerd dat de KBvG zich niet kon vinden in de indirecte opdrachtgeversregeling. De KBvG heeft deze daarom in de concept VO 2012 laten vallen en voorts aan DLF bevestigd dat zij de VO 2010 voor wat betreft de indirecte opdrachtgeversregeling niet zou handhaven. Om diezelfde reden is in overleg met de KBvG besloten het Herstelplan 2010 niet verder uit te voeren. De gerechtsdeurwaarder verwijzen ten aanzien van dit verweer naar door hen overgelegde producties 26 tot en met 28 (e-mails van de KBvG aan DLF) en 29 tot en met 31 (citaten uit notulen van de ledenraadvergadering van de KBvG) waaruit blijkt dat opvolgende voorzitters van de KBvG het standpunt innamen om de VO 2010 niet te handhaven. Dat besluit werd, zo blijkt uit de overgelegde citaten uit de notulen van de ledenraadsvergadering, breed gedragen. De KBvG heeft de gang van zaken ook bevestigd aan gerechtsdeurwaarder sub 1 (productie 32).

4.6 De gerechtsdeurwaarders hebben zich aanvankelijk door middel van het Herstelplan 2010 geschikt naar de indirecte opdrachtgeversregeling door met de KBvG afspraken te maken in dat herstelplan. Als gevolg van kritiek op de indirecte opdrachtgeversregeling en ook de positie die de KBvG innam, mochten de gerechtsdeurwaarders er echter op vertrouwen dat zij binnen de met de Commissie, de KBvG en de Minister vastgestelde structuur mochten (blijven) opereren. Dat geldt ook voor de periode na 24 februari 2016. In dit verband verwijzen de gerechtsdeurwaarders naar de hiervoor aangehaalde passages uit de notulen van de ledenraadsvergadering van de KBvG. Ook uit de notulen van 21 april 2016 volgt dat de voorzitter van de KBvG expliciet heeft bevestigd dat handhaving van de VO 2010 zou worden opgeschort in het kader van de gesprekken met het ministerie over een mogelijke AMvB (productie 33). Als gevolg van voornoemde

handelwijze van de KBvG is geen uitvoering (meer) gegeven aan het Herstelplan 2010 en behoeften de gerechtsdeurwaarders dat in redelijkheid ook niet te doen. Een en ander geldt temeer nu door de gerechtsdeurwaarders alsook door de ACM, ernstige bezwaren tegen de indirecte opdrachtgeversregeling werden geuit op grond van mededingingsrechtelijke gronden.

5. De beoordeling van de (ontvankelijkheids-) verweren

5.1 De kamer zal beginnen met bespreking van de meest verstrekkende verweren, te weten het verweer dat de klacht te laat is ingediend, dat de klacht in strijd is met het handhavingsbeleid van het BFT en dat het BFT door de goedgekeurde ondernemingsplannen heeft ingestemd met de organisatiestructuur. Vervolgens wordt ingegaan op 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. Als laatste zal worden ingegaan op het verweer met betrekking tot de gerechtsdeurwaarder in loondienst.

Klacht te laat ingediend, klacht in strijd met handhavingsbeleid

5.2 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.

5.3 De kamer overweegt dat het BFT niet kan worden betiteld als opvolger van de KBvG als toezichthouder. De KBvG is nimmer toezichthouder geweest in de zin van de Gerechtsdeurwaarderswet. De primaire taak van de KBvG is onder de oude en huidige wetgeving gelijk gebleven, namelijk het bevorderen van een goede beroepsuitoefening van de gerechtsdeurwaarder (artt. 57 en 57a GdW). Dat kon onder meer door middel van het vaststellen van verordeningen. Daarnaast kon de KBvG desgewenst een tuchtklacht indienen. De Gerechtsdeurwaarderswet voorzag slechts in financieel toezicht op de naleving van de artikelen 17 en 19 van de Gerechtsdeurwaarderswet dat in handen was van het BFT. Dat is een andere taak dan die vanaf 1 juli 2016 op het BFT rust als (integraal) toezichthouder. In die nieuwe hoedanigheid is het BFT bevoegd onderzoek te doen naar signalen die haar bereiken over eventuele normschendingen. Toezicht is het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of een zaak voldoet aan de daaraan te stellen eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren (Tweede kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 047, 3 pagina 7). Alvorens een klacht in te dienen dient het BFT dan ook eerst een onderzoek in te stellen. Indien het BFT na onderzoek tot de conclusie komt dat het handelen of nalaten van een gerechtsdeurwaarder klachtwaardig moet worden geacht, kan worden gekozen uit diverse tot beschikking van het BFT staande handhavingsinstrumenten, waaronder het indienen van een tuchtklacht bij de kamer. Dat het BFT haar eigen handhavingsbeleid niet heeft gevolgd, is door het BFT gemotiveerd weersproken en kan niet worden vastgesteld. Het is bovendien aan het BFT te kiezen welk instrument wordt aangewend om handhavend op te treden. Omdat er na 7 jaar nog geen einde was gekomen aan de discussie rond de participatie van derden acht de kamer de keuze van het BFT begrijpelijk en kan dit er niet toe leiden dat het BFT niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de klacht

5.4 Dat de KBvG herhaaldelijk (publiekelijk) kenbaar heeft gemaakt de indirecte opdrachtgeversregeling niet te zullen handhaven door middel van het indienen van een tuchtklacht, kan niet aan het BFT worden tegengeworpen. Het BFT heeft terecht aangevoerd dat de discussie over de indirecte opdrachtgeversregel te lang heeft geduurd. Aan die discussie is een einde gekomen met de uitspraak van de Raad van State. Daarbij werd het besluit van de Minister om geen goedkeuring te verlenen aan de VO 2012 in stand gelaten. Vanaf dat moment zou er op grond van de VO 2010 gehandhaafd moeten worden. Dat is niet gebeurd. Daarna heeft het BFT een onderzoek ingesteld bij de gerechtsdeurwaarders. De bevindingen uit dit onderzoek waren aanleiding om een klacht in te dienen. Dit betekent dat gerekend vanaf de datum van de uitspraak van de Raad van State, de klacht door het BFT is ingediend binnen de in artikel 37 lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet genoemde termijn. Het verweer als vermeld onder 3.1 en 3.2 faalt.

Goedgekeurde ondernemingsplannen

5.5 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 het BFT in de weg. Anders dan door de gerechtsdeurwaarders is aangevoerd kan BFT niet worden vereenzelvigd met de Commissie. Dat het secretariaat van de Commissie op grond van de wet is ondergebracht bij het BFT maakt dit niet anders. Dit laatste is immers bij wet bepaald. Dat de Commissie daarnaast gebruik maakt van emailadressen van het BFT maakt dit evenmin anders. De Commissie heeft bij wet een geheel andere taak toegewezen gekregen dan het BFT als toezichthouder. 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. Daarbij verschaft het BFT desgevraagd inlichtingen aan de Commissie ten aanzien van het ondernemingsplan, niet meer en niet minder. Uit het voorgaande volgt dat de gerechtsdeurwaarders er niet op mochten vertrouwen dat ook het BFT akkoord was met de door de KBvG en de Minister goedgekeurde ondernemingsplannen. Ook het verweer als vermeld onder 3.3 dient te worden verworpen.

VO 2010 in strijd met VWEU en de Mededingingswet

5.6 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 .

5.7 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 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.)

5.8 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.

5.9 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 gerechtsdeurwaarderskantoren, 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 gerechtsdeurwaarder-

kantoren 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.)

5.10 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-tenegstellingen kunnen ontstaan.

5.11 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 om tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over te gaan. Het verweer als hiervoor vermeld onder 3.5 slaagt evenmin.

De gerechtsdeurwaarder in loondienst

5.12 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.

5.13 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 voor-

gestelde 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).

5.14 Uit hetgeen hiervoor onder 5.12 en 5.13 is overwogen volgt 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.

5.15 Het voorgaande brengt mee dat het verweer als hiervoor gevoerd onder 3.4 eveneens faalt.

6. De inhoudelijk beoordeling van de klacht

6.1 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.

6.2 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.

6.3 De kamer overweegt 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. Al in de inhoud van de brieven van de Minister aan de KBvG van 20 mei 2010 (goedkeuring onder voorwaarde van de VO 2010) en 17 juni 2013 van de Minister aan de KBvG (onthouden goedkeuring aan de VO 2012) is naar voren gebracht dat participatie in gerechtsdeurwaarderskantoren door anderen dan gerechtsdeurwaarders als hoofdregel zou moeten worden uitgesloten. In de brief van 17 juni 2013 is daarover samengevat

opgemerkt dat deelname van participanten die indirect bij opdrachten aan het kantoor betrokken zijn, zich niet verhoudt tot de positie van de gerechtsdeurwaarder en zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het beeld zou kunnen ontstaan dat door verregaande participatie van indirecte opdrachtgevers (niet-gerechtsdeurwaarders) in gerechtsdeurwaarderskantoren, de gerechtsdeurwaarders zich in zekere mate vereenzelvigen met hun opdrachtgever/participant. Alleen dat is al schadelijk voor het publieke vertrouwen in de ambtsvervulling door de gerechtsdeurwaarder en moet daarom worden vermeden. Het toestaan van dergelijke participaties tast de geloofwaardigheid aan van het rechtsstelsel, waarin de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarder een belangrijk aspect is voor de acceptatie van het stelsel door de maatschappij. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat in de Gerechtsdeurwaarderswet per 1 juli 2016 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.

6.4 Dat in de ruim tien jaar dat DAS participeert in de organisatie van de gerechtsdeurwaarders, de gerechtsdeurwaarders nooit een klacht hebben ontvangen over een vermeende schending van de onafhankelijkheidsvereisten acht de kamer niet relevant. Er is aangevoerd dat die geldlening marktconform zou zijn, maar dat gaat eraan voorbij dat deelname van DAS in een gerechtsdeurwaarderskantoor is gericht op een voordeel ten opzichte van concurrenten in de markt voor incassoverlening. De participatie van DAS in een gerechtsdeurwaarderskantoor is ingegeven door de wens om een ketenvoordeel te verkrijgen. Dat ketenvoordeel is gelegen in directe en permanente toegang tot de ambtshandelingen van de gerechtsdeurwaarder. Dat voordeel blijkt alleen al uit het feit dat 25% van de winst van de gerechtsdeurwaarders zou toekomen aan DLF. Van belang is voorts dat een deurwaarder 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 verdelingen 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.

6.5 Dat de KBvG zelf van mening was dat de indirecte opdrachtgeversregeling niet noodzakelijk was om de onafhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarders te waarborgen, doet niet ter zake. In plaats van te voldoen aan het verzoek van de wetgever als gedaan in de brief van 20 mei 2010 werd de indirecte opdrachtgeversregeling door de KBvG geschrapt in de VO 2012 met verwijzing naar door de NMa op die regeling geuite kritiek. In de brief van NMa van 28 januari 2011 (productie 29 bij het verweer) heeft de NMa op verzoek van de KBvG onder meer een toelichting gegeven op de door haar geuite kritiek. De NMA heeft onder meer opgemerkt dat de nul optie (0% vreemd aandeelhouderschap) niet haar voorkeur had maar dat in het geval dat zowel de KBvG als de Minister de nul optie zou prefereren, de NMA daarop geen actie zou ondernemen. Dit werpt een ander licht op de kritiek van de NMa. Verder kan erop worden gewezen dat een groot aantal leden van de KBvG het niet met het standpunt van de KBvG eens waren. Deze leden hebben zich uiteindelijk verenigd en hebben hun standpunt herhaaldelijk bij de KBvG naar voren gebracht met het verzoek om de VO 2010 te handhaven.

6.6 Dit alles gezien in onderlinge samenhang en verband in ogenschouw genomen acht de kamer de klacht van het BFT gegrond. Een lening € 9.5 miljoen, waarop jaarlijks € 1,2 miljoen dient te worden afgelost, waarbij de verstrekker van de lening indirect opdrachtgever is van gerechtsdeurwaarderskantoor, en waarbij op grond van het afgesloten contract met een incasso B.V. van een gerechtsdeurwaarder 75% van de omzet als korting moet worden afgedragen, wekt naar buiten toe de schijn van afhankelijkheid van de gerechtsdeurwaarders.

6.7 Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven omdat het niet verder van belang is voor de beslissing in deze zaak.

7. De kamer overweegt dat het hier een principiële procedure betreft, 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 inde 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 verstrekende gevolgen voor de betrokken gerechtsdeurwaarders, zal de kamer volstaan met grondverklaring van de klacht en geen tuchtrechtelijke maatregel opleggen.

8. Het voorgaande leidt tot de navolgende beslissing.

BESLISSING

De kamer voor gerechtsdeurwaarders:

- verklaart het BFT 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.