

**Besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom als bedoeld in
artikel 1:79 van de Wet op het financieel toezicht aan Betaal Garant
Nederland**

Datum
25 november 2021

Kenmerk
[VERTROUWELIJK]

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) BESLUIT het volgende.

DNB legt aan Betaal Garant Nederland (BGN) gevestigd aan de De Cuserstraat 93 te Amsterdam een last onder dwangsom op als bedoeld in artikel 1:79 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze last onder dwangsom wordt aan BGN opgelegd voor overtreding van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft en artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft.

De last onder dwangsom houdt het volgende in.

BGN dient de overtreding van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft te beëindigen door:

- (i) **het product Afbouwgarantie niet langer aan te bieden, en**
- (ii) **de overtreding ten aanzien van lopende overeenkomsten te beëindigen. BGN kan dit doen door bijvoorbeeld de vergunning plichtige activiteiten over te dragen aan een onder toezicht staande instelling die hiervoor de benodigde vergunning heeft, de betreffende overeenkomsten te wijzigen dan wel te beëindigen (eventueel tegen een nader overeen te komen vergoeding).**

BGN dient de overtreding van artikel 2:3a van de Wft te beëindigen door:

- (i) **het product Zekerheidsstelling niet langer aan te bieden, en**
- (ii) **de lopende overeenkomsten ten aanzien van het product Zekerheidsstelling te wijzigen of te beëindigen.**

De termijn die DNB geeft waarbinnen volledig aan de last moet worden voldaan (de begunstigingstermijn) bedraagt **vier weken**. Deze termijn zal aanvangen na de dag van bekendmaking van dit besluit. Na het verstrijken van deze termijn zal direct een dwangsom van **EUR 10.000,-** worden verbeurd voor iedere week dat niet volledig aan de last is voldaan, met een maximum van **EUR 50.000,-**.

Aan dit besluit liggen de volgende overwegingen ten grondslag.

A. Wettelijk kader

1. Het relevante wettelijk kader is opgenomen in de **bijlage**. Deze bijlage maakt deel uit van dit besluit.

B. Onderzoek van DNB

Aanleiding en verloop onderzoek

2. Op 22 juni 2018 ontving DNB van [VERTROUWELIJK] een brief waarin [VERTROUWELIJK] onder meer aangeeft dat BGN waarschijnlijk als verzekeraar actief is, zonder daarvoor over de benodigde vergunning te beschikken. [VERTROUWELIJK] verzoekt DNB en de Autoriteit Financiële

Markten in voornoemde brief om onderzoek te verrichten naar de activiteiten van BGN en zo nodig handhavend op te treden.

Datum

25 november 2021

3. Bij brief van 25 juni 2018 gaf BGN aan dat zij op de hoogte is van de inhoud van de brief van [VERTROUWELIJK] aan DNB. Verder stelt BGN dat het product 'Afbouwgarantie' dat zij verstrekt, niet kwalificeert als verzekering. BGN geeft aan graag mondeling uitleg te geven aan DNB over haar activiteiten.
4. Op 6 september 2018 heeft telefonisch overleg plaatsgevonden tussen BGN en DNB over de werkzaamheden van BGN. In navolging van dit gesprek heeft BGN bij brief van 25 september 2018 een uiteenzetting van haar activiteiten gegeven.
5. Naar aanleiding van deze uiteenzetting heeft DNB BGN bij e-mail van 6 december 2018 verzocht om uiterlijk op 12 december 2018 aanvullende bescheiden te overleggen. Na het uitblijven van een reactie van BGN, binnen de door DNB gestelde termijn, heeft DNB BGN bij e-mail van 13 december 2018 verzocht de informatie uiterlijk op 14 december 2018 aan te leveren. Ook is BGN op die datum verzocht om uiterlijk op 18 december 2018 aanvullende informatie te verstrekken. BGN heeft op voornoemde informatieverzoeken van DNB niet gereageerd.
6. Bij aangetekende brief van 12 februari 2019 heeft DNB BGN van het vermoeden dat BGN artikel 2:27, eerste lid, van de Wft overtreedt, op de hoogte gesteld en verzocht deze overtreding te beëindigen.¹ DNB heeft BGN hierbij verzocht binnen twee weken schriftelijk te reageren op de brief van DNB en aan te geven op welke wijze en binnen welke termijn de overtreding zal zijn beëindigd. De gemachtigde van BGN heeft naar aanleiding van deze brief telefonisch kenbaar gemaakt dat BGN niet in staat was binnen de reactietermijn schriftelijk te reageren.
7. Op 20 maart 2019 heeft DNB BGN meermaals tevergeefs geprobeerd telefonisch te bereiken.²
8. Bij brief van 27 maart 2019 heeft DNB op grond van artikel 5:16 juncto artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bij BGN informatie gevorderd.³ DNB heeft BGN daarbij een termijn gesteld tot en met 16 april 2019.
9. Bij brief van 19 maart 2019, door DNB ontvangen op 15 april 2019, heeft BGN aangegeven geen werkzaamheden als verzekeraar te verrichten.
10. Bij brief van 15 april 2019⁴ heeft BGN op de informatievordering van 27 maart 2019 gereageerd en de gevorderde informatie overgelegd. Omdat deze informatie onvoldoende inzicht gaf in de activiteiten die BGN verricht, heeft

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

¹ Kenmerk [VERTROUWELIJK].

² Zie brief DNB van 27 maart 2019, waarin DNB heeft aangegeven dat er op 20 maart 2019 telefonisch contact is gezocht met BGN.

³ Kenmerk [VERTROUWELIJK]. De gevorderde informatie bestond onder andere uit de algemene voorwaarden afbouwgarantie, de algemene voorwaarden zekerheidsstelling, een certificaat afbouwgarantie en een certificaat zekerheidsstelling.

⁴ DNB merkt op dat de brieven van BGN van 19 maart 2019 en 15 april 2019 hetzelfde kenmerk bevatten.

op 27 juni 2019 een gesprek plaatsgevonden tussen DNB en BGN. DNB heeft in dit gesprek toegezegd een reikwijdteoordeel af te geven over de activiteiten van BGN.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

11. Naar aanleiding van het gesprek op 27 juni 2019 heeft BGN bij e-mail van 28 juni 2019 nadere informatie verstrekt over haar werkzaamheden. Op 19 juli 2019 is naar aanleiding hiervan nader telefonisch overleg gevoerd tussen DNB en BGN.
12. Bij brief van 19 juli 2019 (het reikwijdteoordeel) heeft DNB aan BGN kenbaar gemaakt dat DNB ten aanzien van het product 'Afbouwgarantie' van oordeel is dat sprake is van een verzekeringsovereenkomst.⁵ Meer specifiek meent DNB dat BGN ten aanzien van dit product optreedt als schadeverzekeraar, waarvoor op grond van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft een vergunning vereist is. Ten aanzien van het product 'Zekerheidsstelling' is DNB van oordeel dat geen sprake is van een verzekering in de zin van artikel 7:925 van het Burgerlijk Wetboek (BW). DNB merkt daarbij op dat het reikwijdteoordeel geen betrekking heeft op de vraag of BGN met het product 'Zekerheidsstelling' activiteiten verricht als bedoeld in de in artikel 2:3a van de Wft omschreven gevallen van betaaldienstverlening.⁶
13. Bij aangetekende brief van 9 december 2019 heeft DNB BGN verzocht de overtredingen van artikel 2:27, eerste lid, en artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft, zo spoedig mogelijk te beëindigen.⁷ DNB heeft BGN verzocht binnen een termijn van drie weken na dagtekening van de brief het aanbieden van het product 'Afbouwgarantie' en het verzorgen van escrowdienstverlening⁸ via het product 'Zekerheidsstelling' te staken en aan te geven op welke wijze en binnen welke termijn zij de overtredingen volledig zal beëindigen voor de reeds bestaande klanten.
14. Bij brief van 27 december 2019 heeft de gemachtigde van BGN kenbaar gemaakt dat BGN gehoor zal geven aan de verzoeken van DNB en de overtredingen zal staken. Zij heeft voorgesteld om uiterlijk op 15 februari 2020 een algeheel (afgewikkeld) plan van aanpak gereed te hebben, dat direct nadien zou kunnen worden geïmplementeerd.
15. Bij e-mail van 9 januari 2020 heeft DNB BGN bericht dat zij uiterlijk op 15 februari 2020 een gedetailleerd plan van aanpak verwacht, waarin de afwikkeling van bestaande contracten is uiteengezet, welk plan direct daarna zal worden geïmplementeerd. BGN heeft op deze e-mail niet gereageerd, noch een plan van aanpak overgelegd.
16. Op 27 februari 2020 heeft een telefoongesprek plaatsgevonden tussen DNB en de gemachtigde van BGN, waarin DNB heeft aangegeven binnen de gestelde termijn niets van BGN te hebben ontvangen. DNB heeft BGN bij e-

⁵ Kenmerk [VERTROUWELIJK].

⁶ Te weten het verrichten van een betaaldienst onder 3 als bedoeld in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten, richtlijn nr. 2015/2366/EU. Nadat DNB hierover nader onderzoek had gedaan, is DNB tot de conclusie gekomen dat het product Zekerheidsstelling kwalificeert als betaaldienst 3, ook wel escrowdienstverlening genoemd.

⁷ Kenmerk [VERTROUWELIJK].

⁸ Dit betreft aldus het verzorgen van betaaldienst 3 als genoemd in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten, richtlijn nr. 2015/2366/EU.

mail diezelfde dag verzocht haar te informeren wanneer DNB het plan van aanpak zal ontvangen. BGN heeft hierop niet gereageerd.

Datum

25 november 2021

17. Op 18 maart 2020 heeft DNB de gemachtigde van BGN tevergeefs getracht telefonisch te bereiken. DNB heeft de gemachtigde van BGN per e-mail diezelfde dag verzocht contact op te nemen. De gemachtigde van BGN heeft dit nagelaten.

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Resultaten onderzoek

18. Uit het onderzoek van DNB, het handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK), de door BGN verstrekte gegevens en de bij DNB bekende gegevens blijkt het volgende.

Algemeen

19. BGN is een commanditaire vennootschap, gevestigd aan de De Cuserstraat 93, 1081 CN te Amsterdam.
20. De vennoot van BGN is [VERTROUWELIJK].
21. BGN legt zich toe op het aanbieden van twee producten: Afbouwgarantie en Zekerheidstelling. Hierna beoordeelt DNB of BGN door het aanbieden en afwickelen van deze producten optreedt als schadeverzekeraar en/of betaaldienstverlener in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

Product Afbouwgarantie

22. DNB licht hierna de bestanddelen van het begrip schadeverzekeraar in de zin van artikel 1:1 van de Wft nader toe.

Schadeverzekeraar

23. Om te bepalen of BGN als schadeverzekeraar werkzaam is – en daarmee het verbod van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft overtreedt – beoordeelt DNB of is voldaan aan de definitie van schadeverzekeraar uit artikel 1:1 van de Wft. Ingevolge dit artikel is een schadeverzekeraar 'degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die schadeverzekeringen.'

Schadeverzekering

24. Artikel 1:1 van de Wft definieert schadeverzekering onder a als 'schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek [...] met dien verstande dat voor de toepassing van deze wet een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen'.
25. Ingevolge artikel 7:944 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is een schadeverzekering de verzekering die strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden. Artikel 7:925 van het BW geeft de volgende vier cumulatieve criteria aan de hand waarvan bepaald wordt of sprake is van een verzekering:
 - (i) een overeenkomst;

- (ii) een verbintenis tot premiebetaling;
- (iii) een verbintenis tot uitkering; en
- (iv) onzekerheid ten aanzien van uitkering dan wel de duur van de premiebetaling.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

26. Ad (i)
De Afbouwgarantie wordt beheerst door de algemene voorwaarden Afbouwgarantie (AV Afbouwgarantie). Hierin is de rechtsverhouding, omvattende de rechten en plichten, tussen BGN en haar cliënten (opdrachtgevers) neergelegd. Dit merkt DNB aan als een overeenkomst.
27. Ad (ii)
Ingevolge artikel 3 van de AV Afbouwgarantie worden de kosten voor de Afbouwgarantie berekend als promillage van de totale aanneemsom. DNB is van oordeel dat dit kwalificeert als een verbintenis tot premiebetaling.
28. Ad (iii)
In de AV Afbouwgarantie zijn de volgende bepalingen relevant voor het subonderdeel 'verbintenis tot uitkering':
- a. In artikel 2 van de AV Afbouwgarantie staat: "de Afbouwgarantie geeft de zekerheid dat de (ver)bouw van de woning (...) bij faillissement van de opdrachtnemer(s), onder exact dezelfde voorwaarden (...) wordt afgebouwd".
 - b. In artikel 13 van de AV Afbouwgarantie staat: "Alle werkzaamheden welke na faillissement opdrachtnemer(s) nog gedaan moeten worden, worden onder dezelfde condities (zoals vermeld in de aanneemovereenkomst) overgenomen door een, door Betaal Garant Nederland aan te wijzen, derde partij."
 - c. In artikel 14 van de AV Afbouwgarantie staat: "Deze derde partij zal in opdracht van Betaal Garant Nederland vanuit een nulpuntstelling te werk gaan, dit houdt in dat vanaf het punt waar de failliete opdrachtnemer(s) gestopt is/zijn, het werk hervat wordt vanuit de afgegeven begroting en betaalregeling overeenkomstig de aanneemovereenkomst. Opdrachtgever(s) kunnen geen beroep doen op een betaling aan failliet, waarbij de werkzaamheden niet zijn verricht. Kosten welke derden moeten maken om de verbouwing/nieuwbouw af te maken worden 1 op 1 doorbelast conform de eerder tussen failliet en opdrachtgever(s) overeengekomen aanneemovereenkomst. Indien opdrachtgever(s) zich houden aan de betaaltermijnen zoals verwoord in de eerdergenoemde aanneemovereenkomst dan zullen er geen extra (on)kosten zijn t.a.v. de aanneemovereenkomst(en) en zal het huis conform de afgesloten aanneemsom worden afgebouwd."
- Uit deze bepalingen volgt dat de zekerheid wordt gegeven dat bij faillissement van een opdrachtnemer, een project wordt afgebouwd tegen dezelfde voorwaarden. BGN wijst hiervoor een derde partij aan die onder dezelfde voorwaarden het project afbouwt. Hierdoor zullen er geen extra (on)kosten zijn voor de opdrachtgever(s). DNB is van oordeel dat hieruit de verbintenis tot uitkering volgt. Het na faillissement van een opdrachtnemer afbouwen van het project tegen dezelfde voorwaarden kwalificeert naar het oordeel van DNB als een 'prestatie anders dan in geld' als bedoeld in artikel 7:926, eerste lid, van het BW.

29. Ad (iv)

Ten tijde van het aangaan van de overeenkomst is het onzeker of sprake zal gaan zijn van faillissement en dus ook of uitkering plaats zal vinden, en indien wordt uitgekeerd, tot welk bedrag.⁹

30. De toelichting onder sub (iv) hiervoor onderschrijft dat ook sprake is van 'een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen', waarnaar in de definitie van schadeverzekering wordt verwezen. Immers, het onzekere voorval ofwel de onzekere omstandigheid betreft de onzekerheid van het faillissement, en door de gevolgen van dit eventuele faillissement wordt de verzekerde in zijn belangen getroffen.

Bedrijf maken van

31. DNB is niet gebleken dat BGN deze verzekeringen slechts incidenteel afsluit. Immers, het product Afbouwgarantie wordt aan eenieder aangeboden, en iedereen wordt de gelegenheid geboden dit product bij BGN af te nemen.¹⁰ DNB is aldus van oordeel dat BGN haar bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die schadeverzekeringen, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft.

Deelconclusie Afbouwgarantie

32. Gelet op het voorgaande is DNB van oordeel dat BGN doordat zij haar bedrijf maakt van het aanbieden en afwickelen van het product Afbouwgarantie, kwalificeert als schadeverzekeraar in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

Product Zekerheidsstelling

33. DNB licht hierna de bestanddelen van het begrip betaaldienstverlener in de zin van artikel 1:1 van de Wft nader toe.

Betaaldienstverlener

34. Om te bepalen of BGN als betaaldienstverlener werkzaam is – en daarmee het verbod van artikel 2:3a van de Wft overtreedt – beoordeelt DNB of is voldaan aan de definitie van betaaldienstverlener, zoals opgenomen in artikel 1:1 van de Wft. Ingevolge dit artikel is een betaaldienstverlener 'degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten'.

Betaaldienst

35. Artikel 1:1 van de Wft definieert een betaaldienst als 'bedrijfswerkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten'. Gelet op de activiteiten die door BGN worden uitgevoerd in het kader van het product Zekerheidsstelling is DNB van oordeel dat er sprake is van het verlenen van betaaldienst 3, als genoemd in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten¹¹, door BGN. Betaaldienst 3 houdt in de uitvoering van betalingstransacties, met inbegrip van geldovermakingen, op een betaalrekening bij de betalingsdienstaanbieder van de gebruiker, of bij een andere betalingsdienstaanbieder. Uit de hieronder opgenomen bepalingen van de algemene voorwaarden van de Zekerheidsstelling (hierna: AV Zekerheidsstelling) blijkt dat BGN gelden van derden tijdelijk onder zich

⁹ De onzekerheid ten aanzien van een mogelijk faillissement, kwalificeert tevens als onzeker voorval in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

¹⁰ DNB merkt op dat op de website van BGN ook een link is opgenomen naar de algemene voorwaarden Afbouwgarantie, versie 2020.

¹¹ Richtlijn 2015/2366/EU.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

houdt en doorbetaalt, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, en aldus sprake is van een betaaldienst:

- a. In artikel 1 van de AV Zekerheidsstelling staat: "De opdrachtgever(s) beta(a)l(d)en uit de 1e termijnbetaling (of indien overeengekomen verspreid over meerdere betaaltermijnen), conform de tussen partijen gesloten aanneemovereenkomst, het bedrag van de vastgestelde Zekerheidsstelling aan Stichting BGN Zekerheidsstelling".
- b. In artikel 9 van de AV Zekerheidsstelling staat: "Indien de aanneemovereenkomst tot volle tevredenheid van alle partijen is afgewikkeld en dit schriftelijk kenbaar is gemaakt aan Betaal Garant Nederland (middels door alle partijen ondertekend oplevering rapport), alsdan zal de Zekerheidsstelling, minus de kosten voor de opdrachtnemer(s), aan de opdrachtnemer(s) binnen 5 werkdagen worden uitbetaald".
- c. In artikel 12 van de AV Zekerheidsstelling staat: "Indien de aannemer tijdens de werkzaamheden, conform de tussen partijen gesloten aanneemovereenkomst, failliet gaat zal, na melding van opdrachtgever(s), en na constatering door Betaal Garant Nederland in het insolventie register het bedrag Zekerheidsstelling binnen 5 werkdagen aan de partij/aannemer, welke de plaats in neemt van de failliete opdrachtnemer(s), worden uitbetaald".

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Bedrijf maken van

36. Voor wat betreft het bestanddeel 'bedrijf maken van', merkt DNB het volgende op. DNB heeft op 11 februari 2019 een Q&A op haar website gepubliceerd (Reikwijdte betaaldienstverlening - niet op zichzelf staande betaaltransacties¹²), waarin staat dat 'het bedrijf maken van het verlenen van betaaldiensten' uitsluitend ziet op de situatie waarin sprake is van het voor rekening van een betaler of begunstigde verlenen van betaaldiensten als een zelfstandig identificeerbare activiteit. Dat wil zeggen: een op zichzelf staande activiteit, niet onlosmakelijk verbonden met een andere, niet met het verrichten van betaaldiensten verband houdende, activiteit. Naar het oordeel van DNB verleent BGN, door het aanbieden van het product Zekerheidsstelling, betaaldienst 3 als genoemd in de bijlage bij de richtlijn, betaaldiensten als zelfstandig identificeerbare activiteit.¹³ Dit is een op zichzelf staande activiteit die niet onlosmakelijk verbonden is met een andere, niet met het verrichten van betaaldiensten verband houdende, activiteit, zoals de Afbouwgarantie.

Deelconclusie Zekerheidsstelling

37. DNB is van oordeel dat BGN, door haar bedrijf te maken van het aanbieden en realiseren van het product Zekerheidsstelling, kwalificeert als betaaldienstverlener in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

Conclusie

38. Gelet op het voorgaande komt DNB tot de conclusie dat BGN door het aanbieden en afwickelen van het product Afbouwgarantie kwalificeert als schadeverzekeraar in de zin van artikel 1:1 van de Wft en dat zij door het aanbieden en realiseren van het product Zekerheidsstelling kwalificeert als betaaldienstverlener in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

¹² Zie: <https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237543.jsp#>.

¹³ DNB merkt op dat op de website van BGN ook een link is opgenomen naar de nieuwe versie (versie 2020) van de algemene voorwaarden Zekerheidsstelling.

C. Geconstateerde overtredingen

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

39. Gelet op voormeld onderzoek, in samenhang met het wettelijk kader, constateert DNB het volgende.
40. Artikel 2:27, eerste lid, van de Wft bepaalt dat het een ieder met zetel in Nederland verboden is om zonder een daartoe door DNB verleende vergunning, het bedrijf uit te oefenen van levensverzekeraar of schadeverzekeraar. Artikel 2:48, eerste lid, van de Wft bepaalt ditzelfde ten aanzien van genoemde verzekeraars met beperkte risico-omvang. DNB heeft vastgesteld dat BGN kwalificeert als schadeverzekeraar in de zin van de Wft en dat zij daarvan haar bedrijf maakt. Aan BGN is geen ontheffing verleend en voor BGN geldt geen vrijstelling in de zin van artikel 3:60 van de Wft respectievelijk 2:49b van de Wft juncto artikel 1f van de Vrijstellingsregeling Wft.
41. Artikel 2:3a van de Wft bepaalt dat het een ieder met zetel in Nederland verboden is zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener. DNB heeft vastgesteld dat BGN kwalificeert als betaaldienstverlener en dat zij dat in de uitoefening van haar bedrijf doet. Aan BGN is geen vrijstelling verleend in de zin artikel 2:3d van de Wft juncto artikel 1a van de Vrijstellingsregeling Wft.¹⁴
42. BGN heeft haar zetel in Nederland en beschikt niet over de vereiste vergunningen om op te treden als schadeverzekeraar en/of betaaldienstverlener. BGN overtreedt dan ook vanaf in ieder geval vanaf 30 januari 2018¹⁵ tot heden artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft en artikel 2:3a van de Wft.

D. Handhavingsbevoegdheid van DNB

43. Ingevolge artikel 1:79 van de Wft is DNB bevoegd een last onder dwangsom op te leggen ter zake van overtreding van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid van de Wft en artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft.
44. DNB voert vast beleid bij het uitoefenen van haar bevoegdheden tot het treffen van handhavingsmaatregelen.¹⁶ Op grond van dit beleid hanteert DNB het uitgangspunt dat overtredingen niet worden gedoogd en dat in beginsel handhavend wordt opgetreden tegen geconstateerde overtredingen.

E. Belangenafweging

45. Hieronder overweegt DNB of het opleggen van een last onder dwangsom vanwege de geconstateerde overtreding opportuun is. Bij deze belangenafweging beoordeelt DNB alle relevante omstandigheden van het

¹⁴ Op grond van artikel 2:3d van de Wft juncto artikel 1a van de Vrijstellingsregeling Wft is één van de vereisten om van een vrijstelling gebruik te maken dat DNB in kennis moet worden gesteld van het voornemen om betaaldiensten te verlenen. DNB heeft van BGN geen kennisgeving ontvangen.

¹⁵ DNB hanteert de aanvangsdatum vanaf in ieder geval 30 januari 2018, omdat [VERTROUWELIJK] op die datum bij BGN vragen heeft gesteld over de reeds op dat moment in de markt staande producten 'Afbouwgarantie' en 'Zekerheidsstelling' van BGN.

¹⁶ Zie www.dnb.nl voor het 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank' van 2 november 2020 (Staatscourant 2020, 56540).

geval, waaronder de ernst van de overtreding. Voorts wordt de naar voren gebrachte zienswijze in aanmerking genomen.

Datum

25 november 2021

46. Met betrekking tot de ernst van de overtredingen overweegt DNB als volgt. Het doel van de Wft is onder meer het waarborgen van de soliditeit van financiële ondernemingen, de stabiliteit van de financiële sector, ordelijke en transparante financiële marktprocessen, een zorgvuldige behandeling van cliënten, bescherming van de consument en de integriteit van het financiële stelsel. Om deze doelstellingen te bereiken is in de Wft onder meer voorzien in gereguleerde toetreding tot de markt door middel van een vergunningstelsel en in de uitoefening van toezicht door de toezichthouder. Door het zonder vergunning van DNB uitoefenen van bedrijf van schadeverzekeraar en betaaldienstverlener onttrekt BGN zich aan het toezicht van DNB. BGN doorkruist hiermee de doelstellingen van de Wft. DNB beschouwt deze overtredingen dan ook als ernstige overtredingen. Gezien de ernst van deze overtredingen en de noodzaak tot het spoedig beëindigen daarvan, gaat DNB over tot het opleggen van een last onder dwangsom.

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Zienswijze

47. Bij brief van 5 oktober 2020 heeft DNB BGN in kennis gesteld van het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens de voorgeconstateerde overtredingen. BGN is in de gelegenheid gesteld naar aanleiding hiervan mondeling dan wel schriftelijk een zienswijze naar voren te brengen. Op 20 oktober 2020 heeft BGN haar zienswijze telefonisch naar voren gebracht. Tijdens deze telefonische zienswijzezitting is BGN in de gelegenheid gesteld om uiterlijk op 30 oktober 2020 nog schriftelijke stukken ter onderbouwing van de zienswijze in te dienen. Op verzoek van BGN¹⁷ is deze termijn door DNB verlengd tot en met 13 november 2020.¹⁸
48. BGN heeft bij e-mail van 13 november 2020 de stukken ter onderbouwing van haar zienswijze overgelegd.¹⁹ DNB heeft BGN bij e-mail van 23 november 2020, naar aanleiding van de toegezonden informatie, een aantal aanvullende vragen gesteld en verzocht om aanvullende stukken.²⁰ DNB heeft BGN in de gelegenheid gesteld om de verzochte informatie uiterlijk op 30 november 2020 te overleggen. Bij e-mail van 30 november 2020 heeft BGN op de e-mail van DNB van 23 november 2020 gereageerd. BGN heeft enkel de verzochte bankafschriften²¹ overgelegd, en bevestigt dat de betreffende rekening van BGN²² wordt gebruikt door de afnemers van de

¹⁷ E-mail van BGN aan DNB van 28 oktober 2020.

¹⁸ E-mail van DNB aan BGN van 28 oktober 2020.

¹⁹ Te weten (i) e-mails over het 'op zwart zetten' van de website (e-mail van BGN aan [VERTROUWELIJK] van 17 december 2019, email van BGN aan [VERTROUWELIJK] van 20 december 2020, en emailwisseling tussen BGN en [VERTROUWELIJK] van 30 december 2019), (ii) een e-mail van BGN naar [VERTROUWELIJK] van 16 december 2019 over het stopzetten van de marketingcampagne van BGN, (iii) bankafschriften van BGN met rekeningnummer [VERTROUWELIJK] van 1 januari 2020 tot en met 12 november 2020, (iv) een bankafschrift van Stichting BGN Zekerheidsstelling met rekeningnummer [VERTROUWELIJK] van 12 november 2020, (v) een bankafschrift van Stichting BGN Zekerheidsstelling van de gekoppelde betaalrekening aan rekeningnummer [VERTROUWELIJK] van 12 november 2020 en (v) een overzicht van de afgewikkeld projecten, met titel "ZHS.status.per.1102020".

²⁰ Te weten (i) bankafschriften van de rekening(en) die zijn/worden gebruikt voor de betalingen van de afnemers/cliënten die het product Afbouwgarantie afnemen (hebben afgenomen) van 1 januari 2020 tot heden, (ii) een overzicht van de stand van zaken van de projecten die betrekking hebben op het product Afbouwgarantie, (iii) inzicht in en/of een schatting van de einddatum van de projecten gerelateerd aan het product Afbouwgarantie die nog niet zijn afgewikkeld, (iv) een bevestiging dat de marketingcampagne is stopgezegd en (v) bankafschriften van rekeningnummer [VERTROUWELIJK] van 1 januari 2020 tot en met datum e-mail van DNB.

²¹ Betreffende rekening [VERTROUWELIJK] van BGN.

²² Rekening [VERTROUWELIJK] van BGN.

producten Afbouwgarantie en Zekerheidsstelling. Ten aanzien van de overige door DNB verzochte informatie heeft BGN, zonder nadere toelichting, aangegeven dat deze informatie reeds aan DNB zou zijn verstrekt. Hieronder gaat DNB op de zienswijze van BGN in.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Zienswijze BGN

49. BGN geeft aan het niet eens te zijn met de visie van DNB dat BGN vergunning plichtige activiteiten verricht. BGN meent dat er binnen de geldende wet- en regelgeving mogelijkheden zijn om zonder vergunning van DNB de producten Zekerheidsstelling en Afbouwgarantie aan te bieden. Volgens BGN moet het verzekerde bedrag 'ongewis' zijn om als verzekeraar te kunnen worden aangemerkt. Bij het product Afbouwgarantie geldt dat het verzekerde bedrag, het bedrag van de waarde van de betreffende woning is. Het product Zekerheidsstelling is niet meer dan een doorbetaling, aldus BGN.
50. Ook geeft BGN aan niet moedwillig dwars te liggen en te zoeken naar een oplossing. BGN heeft daarom naar aanleiding van het contact met DNB geen activiteiten meer ontplooid, de reclamecampagne gestaakt en de website 'op zwart gezet'. Dit blijkt volgens BGN ook uit haar boekhouding. Wat betreft de lopende contracten geeft BGN aan dat een flink aantal klanten haar de rug toegekeerd heeft, door negatieve berichtgeving in de media. BGN vreest voor civiele schadeclaims als zij de lopende contracten beëindigt terwijl woningen nog niet zijn afgebouwd. Daarom laat BGN de lopende contracten doorlopen. Omdat er geen enkele andere partij in Nederland is die een afbouwgarantie afgeeft, kunnen de lopende contracten niet worden overgedragen. Een groot deel van het portfolio is reeds afgewikkeld. Echter, door de coronacrisis en de door de overheid in dat verband afgekondigde maatregelen ligt de bouw stil, waardoor de afwikkeling vertraging oploopt.

Reactie DNB

51. In reactie op het standpunt van BGN dat met het leveren van het product Afbouwgarantie geen vergunning plichtige activiteiten worden verricht, omdat het verzekerde bedrag 'niet ongewis' zou zijn, merkt DNB het volgende op. Om als verzekeraar te kwalificeren, dient sprake te zijn van een onzekerheid ten aanzien van de uitkering dan wel op de duur van de premiebetaling (zie randnummer 25). Bij de Afbouwgarantie is het ten tijde van het aangaan van de overeenkomst onzeker of sprake zal gaan zijn van faillissement van de aannemer en dus ook of uitkering plaats zal vinden, en indien wordt uitgekeerd, tot welk bedrag. De onzekere omstandigheid betreft dus de onzekerheid van het faillissement (zie randnummers 29-30). Anders dan BGN stelt, is aldus niet van belang dat bij de Afbouwgarantie het maximaal verzekerde bedrag vooraf duidelijk is. Dit neemt de onzekerheid ten aanzien van het faillissement immers niet weg.
52. Voor zover BGN heeft opgemerkt dat het product Zekerheidsstelling enkel een doorbetaling is, en aldus (zo begrijpt DNB) niet als betaaldienst kwalificeert, merkt DNB het volgende op. Zoals in randnummer 35 reeds uiteen is gezet, constateert DNB dat uit de AV Zekerheidsstelling blijkt dat BGN gelden van derden tijdelijk onder zich houdt en doorbetaalt. BGN heeft deze constatering van DNB niet betwist. Voornoemde activiteit kwalificeert als betaaldienst 3,

als genoemd in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten.²³ Nu BGN van deze activiteit haar bedrijf maakt, kwalificeert zij als betaaldienstverlener in de zin van artikel 1:1 van de Wft

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

53. Ten slotte reageert DNB op de stelling van BGN dat zij geen activiteiten meer ontplooit, en dus niet in strijd zou handelen met de eventueel op haar rustende vergunningplicht voor het aanbieden van de producten Afbouwarantie en Zekerheidsstelling. DNB stelt vast dat BGN lopende overeenkomsten ten aanzien van de *Zekerheidsstelling* en de *Afbouwarantie* momenteel laat doorlopen, en niet actief beëindigt, bijvoorbeeld door het opzeggen van de overeenkomsten. Dit is door BGN tijdens de mondelinge zienswijzezitting ook bevestigd. Op basis hiervan concludeert DNB reeds dat BGN nog altijd, zonder vergunning, de betreffende diensten verleent. Voorts heeft BGN op 13 november 2020 een overzicht verstrekt van de 'Afgewikkelde projecten', waarin inzichtelijk is gemaakt dat er nog zeven lopende projecten (klanten) zijn.²⁴ Dit onderstreept het feit dat de diensten van BGN nog niet zijn beëindigd c.q. afgewikkeld.²⁵ Het feit dat BGN op haar website vermeldt dat zij op dit moment, tot nader order, geen nieuwe opdrachten – zowel voor Zekerheidsstelling als Afbouwarantie – aanneemt, neemt niet weg dat er nog lopende overeenkomsten zijn, aan de hand waarvan DNB vaststelt dat BGN nog altijd de diensten verleent.
54. Voor zover BGN voor het niet actief beëindigen van de overeenkomsten een rechtvaardiging zoekt in de omstandigheid dat zij anders mogelijk wordt aangesproken door haar klanten, stelt DNB dat dat voor rekening en risico van BGN komt. In ieder geval kan het niet zo zijn dat BGN ter voorkoming van eventuele schadeclaims in strijd kan (blijven) handelen met de op haar rustende wet- en regelgeving. Ditzelfde geldt voor de (on)mogelijkheid tot het onderbrengen van de Afbouwarantie bij een andere partij. Ook dit komt, wat hier verder ook van zij, voor rekening en risico van BGN. Ten overvloede kan in dit verband worden opgemerkt dat BGN eind 2019, bij monde van haar (destijds) gemachtigde, nog kenbaar heeft gemaakt op welke wijze klanten (en afnemers) zouden kunnen worden benaderd voor de beëindiging van de overeenkomsten.²⁶ Hoewel toen eveneens werd geadresseerd dat niet duidelijk zou zijn hoe klanten daarop zouden kunnen reageren (en daarmee de uiteindelijke afwikkelingsduur niet op voorhand zou zijn vast te stellen) is toen dus wél kenbaar gemaakt dat beëindiging van de overeenkomsten mogelijk was en zou worden uitgewerkt.

²³ Richtlijn nr. 2015/2366/EU.

²⁴ Dat overzicht maakt op een separaat tabblad inzichtelijk welke projecten tussen 7 januari 2019 en 25 september 2020 zijn uitbetaald, en daarmee zouden zijn afgewikkeld. Opgemerkt wordt dat waarschijnlijk per abuis, naar een uitbetaling op 13 respectievelijk 16 december 2020 wordt verwezen. DNB gaat er vanuit dat bedoeld is te verwijzen naar de datum van 13 respectievelijk 16 december 2019.

²⁵ Voornoemd overzicht refereert enkel aan 'ZHS', aan de hand waarvan DNB vermoedde dat dit overzicht enkel betrekking had op de nog lopende projecten *Zekerheidsstelling*. In reactie op de nadere uitvraag aan BGN van 23 november 2020, waarin DNB in het licht van voorgaande expliciet heeft verzocht om een dergelijk overzicht ook voor de projecten *Afbouwarantie* aan te leveren, heeft BGN DNB op 30 november 2020, zonder nadere toelichting, meegedeeld dat DNB dat overzicht al heeft. DNB stelt vast dat BGN heeft nagelaten, na herhaald verzoek van DNB, om aldus (ook) voor het product Afbouwarantie inzichtelijk te maken welke lopende projecten Afbouwarantie er nog zijn. In ieder geval kan DNB uit het overzicht van BGN niet herleiden welke lopende projecten betrekking hebben op de Afbouwarantie.

²⁶ Brief van [VERTROUWELIJK] (namens [VERTROUWELIJK]) aan DNB van 27 december 2019. De toelichting had betrekking op de invulling van het voorgestelde Plan van Aanpak ten behoeve van de beëindiging van dienstverlening.

55. Door het laten doorlopen van de overeenkomsten treedt BGN nog steeds op als schadeverzekeraar en betaaldienstverlener. BGN doet dit zonder over de daartoe vereiste vergunning van DNB te beschikken en handelt daarmee in strijd met artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft en artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Conclusie

56. Gelet op het voorgaande is DNB van oordeel dat de overtreding correct is vastgesteld en dat het opleggen van een last onder dwangsom voor deze overtredingen gerechtvaardigd en proportioneel is.

F. Inhoud last onder dwangsom

Last

57. BGN dient de overtreding van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft te beëindigen door:
- (ii) het product Afbouwgarantie niet langer aan te bieden, en
 - (ii) de overtreding ten aanzien van lopende overeenkomsten te beëindigen. BGN kan dit doen door bijvoorbeeld de vergunning plichtige activiteiten over te dragen aan een onder toezicht staande instelling die hiervoor de benodigde vergunning heeft, de betreffende overeenkomsten te wijzigen dan wel te beëindigen (eventueel tegen een nader overeen te komen vergoeding).
58. BGN dient de overtreding van artikel 2:3a van de Wft te beëindigen door:
- (i) het product Zekerheidsstelling niet langer aan te bieden, en
 - (ii) de lopende overeenkomsten ten aanzien van het product Zekerheidsstelling te wijzigen of te beëindigen.

Begunstigingstermijn

59. Gelet op artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb dient DNB een termijn te stellen gedurende welke BGN de last kan uitvoeren zonder dat BGN een dwangsom verbeurt (de begunstigingstermijn). Deze termijn dient zo kort mogelijk te worden gesteld, maar wel lang genoeg te zijn om aan de last te kunnen voldoen. DNB beschouwt een begunstigingstermijn van **vier weken**, waarbinnen volledig aan de last moet worden voldaan, redelijk. Deze termijn zal aanvangen na de dag van bekendmaking van het besluit.

Hoogte dwangsom

60. DNB stelt de hoogte van de dwangsom vast op een bedrag van **EUR 10.000,-** voor iedere **week** dat niet volledig aan de last is voldaan, met een maximum van **EUR 50.000,-**. Naar het oordeel van DNB staat de hoogte van de dwangsom en het maximum van het te verbeuren bedrag in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom genoemd in artikel 5:32b, derde lid, van de Awb.

G. Invordering

61. DNB wijst BGN erop dat DNB BGN via een invorderingsbesluit nader zal informeren over eventueel verbeurde dwangsommen en de invordering daarvan. In dit invorderingsbesluit zal een betalingstermijn van zes weken zijn opgenomen. Indien BGN niet binnen deze termijn betaalt, zal DNB vanaf

de eerste dag na het verstrijken van deze betalingstermijn over het openstaande bedrag wettelijke rente (momenteel 2%) in rekening brengen.

Datum
25 november 2021

H. Openbaarmaking

Kenmerk
[VERTROUWELIJK]

62. Ingevolge artikel 1:97, eerste lid, van de Wft dient DNB een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom in beginsel openbaar te maken, zodra het besluit onherroepelijk is geworden. In afwijking hiervan maakt DNB op grond van artikel 1:97, vierde lid, van de Wft een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom zo spoedig mogelijk openbaar, indien een dwangsom wordt verbeurd. Als gevolg hiervan wordt een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom dat onherroepelijk is geworden in beginsel ook openbaar gemaakt als binnen de in het besluit genoemde begunstigingstermijn aan de last is voldaan. Over een eventuele openbaarmaking wordt BGN op een later moment afzonderlijk geïnformeerd.

I. Bezwaar

63. Tegen dit besluit kan door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit bezwaar worden gemaakt. Een bezwaarschrift kan worden ingediend via: www.dnb.nl/bezwaarmaken. Een bezwaarschrift kan ook per post worden ingediend bij:

De Nederlandsche Bank N.V.
Divisie Juridische Zaken, afdeling Toezicht & Wetgeving
Postbus 98
1000 AB Amsterdam

64. Het indienen van een bezwaarschrift heeft geen schorsende werking met betrekking tot de last onder dwangsom. Ook in geval een bezwaarschrift wordt ingediend dient derhalve aan de last onder dwangsom te worden voldaan binnen de in het besluit genoemde begunstigingstermijn.

Hoogachtend,

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]

Directeur

Artikel 1:1 van de Wft:

(...)

betaaldienst: bedrijfswerkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten;

(...)

betaaldienstverlener: degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten;

(...)

schadeverzekeraar: degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die schadeverzekeringen;

schadeverzekering:

a. schadeverzekering als bedoeld in artikel 944 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde een natura-uitvaartverzekering; [...]

met dien verstande dat voor de toepassing van deze wet een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkeringsplicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen;

(...)

verzekeraar met beperkte risico-omvang: een verzekeraar die ingevolge artikel 4, 7 of 10 van de richtlijn solvabiliteit II is uitgesloten van het toepassingsgebied van die richtlijn en geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, bedoeld in artikel 4, vijfde lid, van die richtlijn om een vergunning aan te vragen of te behouden;

Artikel 2:3a, eerste lid van de Wft:

Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener.

Artikel 2:27, eerste lid, van de Wft:

Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van levensverzekeraar of schadeverzekeraar.

Artikel 2:48, eerste lid, van de Wft:

Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van levensverzekeraar, natura-uitvaartverzekeraar of schadeverzekeraar met beperkte risico-omvang.

Artikel 6:96, eerste en tweede lid, van het BW:

1. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gedeelde winst.
2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking:
 - a. redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;
 - b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;
 - c. redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

Artikel 7:925, eerste lid, van het BW:

Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.

Datum

25 november 2021

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Artikel 7:926, eerste lid, van het BW:

Onder uitkering is begrepen een prestatie anders dan in geld.

Artikel 7:944 van het BW:

Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.

Bijlage bij de richtlijn betaaldiensten, richtlijn nr. 2015/2366/EU:

(...)

3. Uitvoering van betalingstransacties, met inbegrip van geldovermakingen, op een betaalrekening bij de betalingsdienstaanbieder van de gebruiker of bij een andere betalingsdienstaanbieder:

- a) uitvoering van automatische afschrijvingen, met inbegrip van eenmalige automatische afschrijvingen;
- b) uitvoering van betalingstransacties met behulp van een betaalkaart of een soortgelijk apparaat;
- c) uitvoering van overmakingen, met inbegrip van doorlopende betalingsopdrachten.