



Datum van inontvangstneming : 07/03/2025

verwijzingsuitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 22/2646

verwijzingsuitspraak van de meervoudige kamer van 28 januari 2025 op het hoger beroep van:**Betaal Garant Nederland C.V., te Zwolle (BGN)**

(gemachtigde: [REDACTED])

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 10 november 2022, kenmerk 21/5824, in het geding tussen

BGN

en

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB)

(gemachtigden: [REDACTED])

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen: de Vereniging Elgen Huls, te Amersfoort (VEH)

(gemachtigde: [REDACTED])

Procesverloop in hoger beroep

BGN heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 10 november 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:9932).

DNB heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Over een aantal stukken heeft DNB medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 7 juli 2023 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. VEH heeft het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

De zitting was op 25 januari 2024. Aan de zitting hebben de gemachtigden van partijen deelgenomen. Op de zitting waren tevens aanwezig voor BGN [naam 1], voor DNB [naam 2] en [naam 3] en voor VEH [naam 4].

Het College heeft het onderzoek bij brief van 17 april 2024 heropend en partijen vervolgens in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven met betrekking tot de aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) te stellen prejudiciële vraag. Alleen DNB en VEH hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt.

BGN heeft het College bij brief van 16 juli 2024 laten weten dat zij op 30 april 2024 in staat van faillissement is verklaard. De curator in het faillissement heeft het College desgevraagd bericht het geding niet over te nemen. Hierop heeft DNB verzocht om ontslag van instantie. VEH heeft te kennen gegeven zich daarin te kunnen vinden.

BGN heeft zich hiertegen verzet. Het College heeft bij beslissing van 20 december 2024 het verzoek van DNB om ontslag van instantie afgewezen. De procedure is dan ook voortgezet.

Grondslag van het geschil

1.1 BGN verstrekt als onderneming adviezen en verzorgt waarborgen en garanties ten behoeve van particulieren bij bouw- en aannemingsprojecten. In dat verband biedt zij aan particulieren het product 'Afbouwgarantie' en het product 'Zekerheidsstelling' aan. Bestuurder van BGN is – via de Stichting [naam 5] – [naam 1]. De Stichting BGN Zekerheidsstelling is een aan BGN gelieerde stichting. Bestuurder van deze stichting is [naam 1].

1.2 VEH heeft DNB verzocht handhavend op te treden tegen BGN, omdat BGN waarschijnlijk als verzekeraar actief is zonder dat zij daarvoor een vergunning heeft.

1.3 DNB heeft onderzocht of de producten 'Afbouwgarantie' en 'Zekerheidsstelling' van BGN in strijd zijn met de Wet op het financieel toezicht (Wft). Op basis van dit onderzoek heeft DNB geconcludeerd dat BGN met het aanbieden van de Afbouwgarantie en de Zekerheidsstelling de Wft overtreedt.

1.4 Met het besluit van 8 december 2020 (dwangsombesluit) heeft DNB BGN een last onder dwangsom opgelegd omdat BGN:

- met het aanbieden van de Afbouwgarantie het verbod overtreedt om zonder vergunning, vrijstelling of ontheffing het bedrijf van schadeverzekeraar (met beperkte risico-omvang) uit te oefenen (overtreding van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft) en
- met het aanbieden van de Zekerheidsstelling het verbod overtreedt om zonder vergunning, het bedrijf van betalingsdienstverlener uit te oefenen (overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft).

Deze last bestaat eruit dat BGN binnen vier weken na bekendmaking ervan (begunstigingstermijn) deze overtredingen moet beëindigen door de Afbouwgarantie en de Zekerheidsstelling niet langer aan te bieden en de lopende overeenkomsten over te dragen, te wijzigen of te beëindigen. De dwangsom bedraagt € 10.000,00 voor iedere week na het aflopen van de begunstigingstermijn dat BGN niet volledig aan de last heeft voldaan. Het maximum bedraagt € 50.000,00.

1.5 Met het besluit van 6 oktober 2021, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht (bestreden besluit), heeft DNB het bezwaar van BGN tegen het dwangsombesluit ongegrond verklaard.

1.6 Nadat DNB had vastgesteld dat BGN dwangsommen had verbeurd, heeft zij met het besluit van 31 januari 2022 de verbeurde dwangsommen ingevorderd (invorderingsbesluit).

1.7 BGN heeft bezwaar gemaakt tegen het invorderingsbesluit. DNB heeft dit bezwaar als beroep naar de rechtbank doorgezonden.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft het beroep van BGN tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard en het beroep van BGN tegen het invorderingsbesluit niet-ontvankelijk. Naar het oordeel van de rechtbank heeft DNB terecht vastgesteld dat BGN een vergunning nodig had om de Afbouwgarantie en de Zekerheidsstelling aan te bieden en dat BGN door het ontbreken daarvan in strijd met de Wft heeft gehandeld.

2.2 Over de Afbouwgarantie heeft de rechtbank geoordeeld dat die een schadeverzekering is in de zin van de Wft en dat BGN met het aanbieden daarvan het bedrijf van schadeverzekeraar uitoefent. De afbouwgarantie zoals vormgegeven in de Algemene Voorwaarden van BGN voldoet aan alle vijf elementen van een schadeverzekering. Er is sprake van (1) een overeenkomst, (2) een premie, (3) een betalingsverbintenis (4) gericht op vergoeding van schade die voortkomt uit verlies, schade of gemis van verwacht voordeel en (5) een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid. De vergoeding van de schade hoeft niet per se een uitkering in geld te zijn en kan ook een andere soort prestatie zijn.

2.3 Over de Zekerheidsstelling heeft de rechtbank geoordeeld dat die een betalingsdienst is in de zin van de Wft en dat die dienst door BGN in de uitoefening van haar bedrijf wordt aangeboden. Een dienst waarmee betalingstransacties, inclusief geldovermakingen, op een betaalrekening bij een betalingsdienstaanbieder

worden uitgevoerd, is een betalingsdienst. BGN is de tussenpersoon die uitvoering geeft aan het overmaken van geld van de klant (betaler) naar de aannemer (beoogde ontvanger). Dat de Stichting BGN Zekerheidsstelling de rekening voert waar de Zekerheidsstelling wordt bewaard, maakt dat niet anders. Waar BGN in de tussentijd het geld onderbrengt, is niet van belang voor de vraag of BGN met het aanbieden van de Zekerheidsstelling een betalingsdienst verleent.

Overwegingen

Begripsbepaling

3 Door partijen en in de stukken worden meerdere begrippen gebruikt om dezelfde persoon aan te merken. Zo worden voor een klant van BGN de begrippen 'klant' en 'opdrachtgever' en het persoonlijk voornaamwoord 'u' gebruikt en voor de aannemer de begrippen 'aannemer', 'opdrachtnemer' en 'derde partij'. Voor de leesbaarheid van de uitspraak gebruikt het College daarin, evenals de rechtbank, alleen de begrippen 'klant' en 'aannemer'. Verder gebruikt het College in deze uitspraak overeenkomstig de EU-regelgeving de term "betalingsdienst" (en daarvan afgeleide termen), waar in nationale regelgeving ook wel de term "betaaldienst" (en daarvan afgeleide termen) wordt (worden) gebruikt.

Geschilpunten die kunnen worden beslist zonder uitleg van Unierecht door het Hof

Afbouwgarantie

4.1 De Afbouwgarantie werd door BGN aangeboden aan particulieren die een (nieuwbouw)woning laten bouwen of verbouwen door een aannemer. De Afbouwgarantie werd verleend in de vorm van een overeenkomst tussen de klant, de aannemer en BGN.

4.2.1 Op de Afbouwgarantie zijn de Algemene Voorwaarden Afbouwgarantie (AV Afbouwgarantie) van BGN van toepassing. Hieruit blijkt voor zover in dit geding van belang het volgende.

4.2.2 Op grond van artikel 2 AV Afbouwgarantie geeft de Afbouwgarantie de zekerheid dat de (ver)bouw van de woning (project) bij faillissement van de aannemer onder exact dezelfde voorwaarden zoals overeengekomen in de aannemingsovereenkomst wordt afgebouwd. Alle werkzaamheden die na faillissement van de aannemer nog gedaan moeten worden, worden onder dezelfde condities (zoals vermeld in de aannemingsovereenkomst) overgenomen door een door BGN aan te wijzen derde partij (artikel 13 AV Afbouwgarantie). Uit artikel 14 AV Afbouwgarantie volgt dat de derde partij in opdracht van BGN vanuit een nulpuntstelling te werk gaat. Dit houdt in dat het werk wordt hervat vanaf het punt waar de failliete aannemer is gestopt, conform de oorspronkelijk afgegeven begroting en overeengekomen betaalregeling. Indien de klant zich houdt aan de betaaltermijnen zoals verwoord in de oorspronkelijke aannemingsovereenkomst zullen er geen -extra (on)kosten in rekening worden gebracht en zal het pand conform de afgesproken aanneemsom worden afgebouwd. Bij faillissement van de aannemer komen de gebreken en/of tekortkomingen tot aan de nulpuntstelling voor rekening van de klant (artikel 15 AV Afbouwgarantie).

4.2.3 BGN beoordeelt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst over de Afbouwgarantie de aannemingsovereenkomst tussen de aannemer en de klant. De aannemer betaalt aan BGN voor de controle en nacalculatie van de aannemingsovereenkomst een bedrag van EUR 400 (artikel 25 AV Afbouwgarantie). De kosten voor de Afbouwgarantie worden op grond van artikel 3 AV Afbouwgarantie berekend als een promillage van de totale aanneemsom, waarbij het promillage per geval wordt vastgesteld en vooraf aan de klant wordt medegedeeld. Deze kosten dient de klant te betalen. De overeenkomst over de Afbouwgarantie komt tot stand op het moment dat BGN haar factuur verstuurt aan de klant. BGN verstrekt aan de klant het certificaat Afbouwgarantie, dat verwijst naar de aannemingsovereenkomst (artikel 25 AV Afbouwgarantie).

Wettelijk kader

4.3 De Wft luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

"Artikel 1:1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt, voorzover niet anders is bepaald, verstaan onder:
[...]

premie: de in geld uitgedrukte prestatie door de verzekeringnemer te leveren uit hoofde van een verzekering [...];

[...]

schadeverzekering:

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

[...]

verzekering:

[...]

d. schadeverzekering;

[...]

Artikel 2:27

1. 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.

[...]"

4.4 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) luidt, voor zover hier van belang, als volgt.

"Artikel 925

1. 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.

[...]

Artikel 926

1. Onder uitkering is begrepen een prestatie anders dan in geld.

[...]

Artikel 944

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

Standpunten van de partijen

4.5 BGN bestrijdt dat de Afbouwgarantie een schadeverzekering is. Volgens BGN is de betaling van de klant geen premie (element 2), maar een betaling voor verleende en gefactureerde diensten die BGN verricht bij het aangaan van de overeenkomst en verricht bij een faillissement van een oorspronkelijke aannemer. De hoogte van de betaling is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, niet gebaseerd op een daaraan voorafgaande risicoanalyse van BGN. Volgens BGN is ook geen sprake van een betalingsverbintenis van BGN gericht op vergoeding van schade die voorkomt uit verlies, schade of gemis van verwacht voordeel (elementen 3 en 4). BGN levert een administratieve en praktische dienst, aan een klant, die – in de kern genomen – bestaat uit het regelen van een nieuwe aannemer ingeval de oorspronkelijke aannemer failleert. Kern van de afbouwgarantie is dienstverlening, niet schadeloosstelling. De Afbouwgarantie bevat volgens BGN bovendien slechts in geringe mate een risico-element (element 5). De kosten voor de Afbouwgarantie zien goeddeels op het al vóór een eventueel faillissement treffen van voorzieningen om de gevolgen van een faillissement grotendeels te beheersen.

4.6 DNB voert aan dat de omschrijving van de Afbouwgarantie door BGN in deze procedure als een puur praktische dienst niet strookt met de garantie die BGN in haar algemene voorwaarden geeft. Volgens DNB zijn de betalingen die BGN van haar klanten ontvangt een tegenprestatie voor het accepteren van risico's door BGN. Uit de omstandigheid dat BGN de hoogte van de kosten voor de Afbouwgarantie relateert aan de hoogte van de aanneemsom volgt dat BGN bij de vaststelling van de hoogte van kosten voor de afbouwgarantie een risicoanalyse toepast. De schade die BGN dekt bestaat uit de kosten voor het zoeken van een nieuwe aannemer en de eventuele extra afbouwkosten. Ook de in de wet bedoelde onzekerheid is gegeven. Hier is onzeker of de aannemer failliet gaat, wanneer en of een opvolgende aannemer kan worden gevonden onder welke condities. Volgens DNB dekt de Afbouwgarantie al deze onzekerheden.

4.7 VEH stelt zich op het standpunt dat de aangevallen uitspraak in stand kan blijven.

Beoordeling door het College

5.1 Uit de hiervoor weergegeven wettelijke bepalingen volgt dat, om van een schadeverzekering te kunnen spreken, verschillende elementen aanwezig moeten zijn: (1) een overeenkomst (2) waarbij de verzekeraar zich jegens de verzekerde verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen (betalingsverbintenis) (3) tegen het genot van een premie (4) gericht op de vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden (5) ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.

5.2 Met de rechtbank is het College van oordeel dat de door BGN aangeboden Afbouwgarantie alle elementen bevat van een schadeverzekering als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft. Daartoe overweegt het College als volgt.

5.2.1 De klant sluit bij BGN een Afbouwgarantie af voor een bouwproject (nieuwbouw of verbouw). Tussen BGN en de klant komt daarbij een overeenkomst tot stand waarbij BGN de zekerheid geeft dat in het geval van een faillissement van de aannemer (-) "de (ver)bouw van de woning (project) [...] voor exact dezelfde voorwaarden zoals overeengekomen en vermeld in de tussen partijen gesloten aanneemovereenkomst wordt afgebouwd" (artikel 2 AV Afbouwgarantie) en (-) "alle werkzaamheden welke na faillissement opdrachtnemer(s) nog gedaan moeten worden [...] onder dezelfde condities (zoals vermeld in de aanneemovereenkomst) overgenomen [worden] door een, door Betaal Garant Nederland aan te wijzen, derde partij" (artikel 13 AV Afbouwgarantie). Naar het oordeel van het College is hierbij sprake van een verbintenis tot het doen van een of meer uitkeringen gericht op de vergoeding van vermogensschade die de klant zou kunnen lijden als gevolg van het faillissement van de aannemer. De uitkering bestaat uit het regelen van een opvolgende aannemer en het door die aannemer laten afbouwen van de woning van de klant onder dezelfde voorwaarden als de klant met de oorspronkelijke aannemer had afgesproken. Dat de uitkering hier een 'dienst' is, en niet een uitkering in geld, betekent niet dat de overeenkomst geen verzekeringsovereenkomst kan zijn. De uitkering als bedoeld in artikel 7:925 van het BW kan ingevolge artikel 7:926, eerste lid, van het BW ook een prestatie zijn anders dan in geld. BGN dekt met haar prestatie (een deel van) de schade die de klant lijdt dan wel zou kunnen lijden door het faillissement van zijn aannemer terwijl de woning nog niet is afgebouwd. De vermogensschade is gelegen in de eventuele extra kosten die de klant moet maken om de woning door een nieuwe aannemer afgebouwd te krijgen. BGN dekt met haar garantie de kosten van het zoeken van een nieuwe aannemer en de eventuele extra afbouwkosten. Het risico dat de klant geen aannemer vindt die de woning wil afbouwen onder dezelfde (gunstige) voorwaarden als de gefailleerde aannemer, wordt overgenomen door BGN. Anders dan BGN betoogt is de prestatie waartoe BGN zich heeft verbonden niet enkel een administratief proces of praktische dienst bestaand uit het vinden en benaderen van een nieuwe aannemer. BGN geeft daarnaast de zekerheid aan de klant dat de bouw onder dezelfde condities zal worden voortgezet. Het risico dat geen opvolgende aannemer kan worden gevonden die de woning afbouwt onder exact dezelfde voorwaarden zoals overeengekomen in de tussen klant en gefailleerde aannemer gesloten overeenkomst, is overgenomen door BGN. De strekking van de garantie is om de klant in zoverre 'schadeloos' te stellen. Hiermee is aan het eerste, tweede en vierde element van de schadeverzekering voldaan.

5.2.2 De te vergoeden vermogensschade die de klant zou kunnen lijden is het gevolg van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen. Het onzekere voorval waardoor de klant in zijn financiële belangen wordt getroffen is het faillissement van de aannemer. Het College volgt niet het betoog van BGN dat de Afbouwgarantie slechts in geringe mate een risico-element zou bevatten. Dat BGN, naar zij stelt, al voorafgaand aan een eventueel faillissement maatregelen en voorzieningen treft om de gevolgen van een faillissement te kunnen beheersen, neemt namelijk niet weg dat bij het sluiten van de overeenkomst voor BGN en de klant geen zekerheid bestaat of en wanneer BGN een opvolgende aannemer moet regelen en de woning door die aannemer moet laten afbouwen. Hiermee is ook aan het vijfde element van de schadeverzekering voldaan.

5.2.3 Op de klant rust de verplichting tot betaling van de gefactureerde kosten van de afbouwgarantie. Artikel 2 AV Afbouwgarantie bepaalt dat de kosten van de Afbouwgarantie worden berekend over de totale aanneemsom waarbij het percentage per geval wordt vastgesteld (minimum € 500,-) en vooraf, door een factuur, aan de klant in rekening worden gebracht. Naar het oordeel van het College is hierbij sprake van een verbintenis tot premiebetaling. De betaling die BGN ontvangt ter zake van de Afbouwgarantie is een tegenprestatie voor het overnemen door BGN van het risico dat de afbouw van de woning bij faillissement van de aannemer tegen (voor de klant) ongunstigere condities moet plaatsvinden. Voor de kwalificatie van premie is niet noodzakelijk dat de kosten worden bepaald op basis van een (voorafgaande) risicoanalyse van de verzekeraar en dat de kosten zijn gerelateerd aan de omvang van het risico. De omstandigheid dat de hoogte van de premie gerelateerd is aan een door de verzekeraar gemaakte risicoschatting kan een aanwijzing zijn dat risico wordt overgedragen (vergelijk de uitspraak van het College van 20 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ2293). Dit betekent echter niet dat, als een dergelijke relatie niet (met zekerheid) is aangetoond, geen sprake kan zijn van een premie. De stelling van BGN dat zij de hoogte van de kosten voor de Afbouwgarantie 'puur commercieel' heeft bepaald in de zin van 'wat zou de klant voor de garantie willen betalen' en zonder risicoanalyse, doet, wat daar ook van zij, niet af aan het oordeel dat de door de klant te betalen kosten kwalificeren als premie als bedoeld in de definitie van artikel 7:925 van het BW en artikel 1:1 van de Wft.

5.2.4 Uit het voorgaande volgt dat het hiervoor onder 4.5 weergegeven betoog van BGN niet slaagt. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat BGN het bedrijf van schadeverzekeraar uitoefent in de zin van artikel 2:27, eerste lid, dan wel artikel 2:48, eerste lid, van de Wft.

Motivering van de prejudiciële vraag

Zekerheidsstelling

6 Naast de vraag of BGN het bedrijf van schadeverzekeraar uitoefent is aan de orde de vraag of BGN met de Zekerheidsstelling een betalingsdienst aanbiedt en aldus als betalingsdienstverlener moet worden aangemerkt. BGN beschikt niet over een vergunning om betalingsdiensten aan te bieden.

Regelgevend kader

7.1 Op grond van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft is het – kort gezegd – verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betalingsdienstverlener. Een betalingsdienstverlener is degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betalingsdiensten (artikel 1:1 van de Wft). Een betalingsdienst is een bedrijfswerkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn betalingsdiensten (artikel 1:1 van de Wft).

7.2 Dit verbod en deze definities van betalingsdienstverlener en betalingsdienst zijn opgenomen in de Wft ter implementatie (van respectievelijk het verbod van artikel 29 en de definities van betalingsdienstaanbieder en betalingsdienst in artikel 4) van Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (...) (ook wel Richtlijn betalingsdiensten).

7.3 Met Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (...) is Richtlijn 2007/64 ingetrokken.

7.4 Richtlijn 2015/2366 bevat voor onderhavig geschil geen relevante wijzigingen en gaat in artikel 4, voor zover hier van belang, uit van dezelfde definities als artikel 4 van Richtlijn 2007/64. De in artikel 1:1 van de Wft vastgestelde definities komen in wezen ook overeen met de definities uit artikel 4 van Richtlijn 2015/2366.

7.5 Richtlijn 2015/2366 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

"Artikel 1

1. Bij deze richtlijn worden de voorschriften vastgesteld op grond waarvan de lidstaten onderscheid maken tussen de volgende categorieën van betalingsdienstaanbieders:

[...]

d) betalingsinstellingen; [...]

Artikel 4 Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

3. „betalingsdienst”: een of meer in bijlage I vermelde bedrijfswerkzaamheden;

4. „betalingsinstelling”: een rechtspersoon aan wie overeenkomstig artikel 11 vergunning is verleend om overal in de Unie betalingsdiensten aan te bieden en uit te voeren;

5. „betalingstransactie”: een door of voor rekening van de betaler of door de begunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen, ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de begunstigde zijn;

[...]

8. „betaler”: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die houder is van een betaalrekening en een betalingstransactie vanaf die betaalrekening toestaat, hetzij, bij ontbreken van een betaalrekening, een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een betalingsopdracht geeft;

9. „begunstigde”: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beoogde ontvanger is van de geldmiddelen waarop een betalingstransactie betrekking heeft;

10. „betalingsdienstgebruiker”: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de hoedanigheid van betaler, begunstigde of beide van een betalingsdienst gebruikmaakt;

11. „betalingsdienstaanbieder”: een orgaan bedoeld in artikel 1, lid 1, of een natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie een vrijstelling op grond van artikel 32 of 33 is verleend;

12. „betaalrekening”: een op naam van een of meer betalingsdienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt;

13. „betalingsopdracht”: door een betaler of begunstigde aan zijn betalingsdienstaanbieder gegeven instructie om een betalingstransactie uit te voeren;

[...]

24. „overmaking”: een betalingsdienst voor het crediteren van de betaalrekening van een begunstigde met een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties van een betaalrekening van een betaler door de betalingsdienstaanbieder die de betaalrekening van de betaler beheert, op basis van een door de betaler

gegeven instructie;
[...]

BIJLAGE I

BETALINGSDIENSTEN (als bedoeld in artikel 4, punt 3)

[...]

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.

[...]"

De Zekerheidsstelling

8.1 De Zekerheidsstelling is een dienst die BGN aanbiedt aan de partijen bij een aannemingsovereenkomst, op grond van een overeenkomst die tot stand komt tussen de klant, de aannemer en BGN.

8.2 Op de Zekerheidsstelling zijn de Algemene Voorwaarden Zekerheidsstelling (AV Zekerheidsstelling) van BGN van toepassing. Meer in het bijzonder is daarin – voor zover in dit geding van belang – het volgende bepaald.

De klant betaalt uit de eerste, door de klant aan de aannemer verschuldigde, termijnbetaling van de aanneemsom een bepaald bedrag aan de Stichting BGN Zekerheidsstelling (artikel 1 AV Zekerheidsstelling). Het bedrag van de zekerheidsstelling bedraagt standaard 6% van de aanneemsom (artikel 3 AV Zekerheidsstelling). De aannemer verleent hiervoor finale kwijting aan de klant (artikel 4 AV Zekerheidsstelling). Als de aanneemovereenkomst tot tevredenheid van de aannemer en de klant is afgewikkeld en dit schriftelijk aan BGN kenbaar is gemaakt, wordt het bedrag van de Zekerheidsstelling binnen 5 werkdagen aan de aannemer uitbetaald (artikel 9 AV Zekerheidsstelling). De kosten voor de Zekerheidsstelling bedragen standaard voor de klant 4% van de Zekerheidsstelling, met een minimum van EUR 300, en voor de aannemer 2,5% van de Zekerheidsstelling, met een minimum van EUR 200 (artikelen 5 en 10 AV Zekerheidsstelling). BGN factureert de kosten van de klant aan de klant. De kosten van de aannemer worden bij uitbetaling van de Zekerheidsstelling aan de aannemer ingehouden. Als de aannemer failliet gaat, betaalt BGN de Zekerheidsstelling uit aan de aannemer die de plaats heeft ingenomen van de failliete aannemer (artikel 12 AV Zekerheidsstelling).

Standpunten van partijen

9.1 DNB stelt zich op het standpunt dat BGN met de Zekerheidsstelling een betalingsdienst aanbiedt als bedoeld in artikel 4, punt 3, van Richtlijn 2015/2366, gelezen in samenhang met punt 3 van bijlage I bij deze richtlijn en dat BGN om die reden moet worden aangemerkt als een betalingsinstelling als bedoeld in artikel 4, punt 4, van Richtlijn 2015/2366. Volgens DNB houdt de Zekerheidsstelling in dat BGN, in de bewoordingen van de definitie van betalingsdiensten onder punt 3 van bijlage I bij Richtlijn 2015/2366, betalingstransacties uitvoert op een betaalrekening bij de betalingsdienstaanbieder van de gebruiker of bij een andere betalingsdienstaanbieder. Het ontvangen en doorbetalen van geldmiddelen, eventueel onder inhouding van een bepaald bedrag, is de essentie van deze betalingsdienst onder dit punt 3. Het gaat erom dat geldmiddelen worden doorbetaald; dat wil zeggen dat betalingstransacties worden uitgevoerd tussen betaalrekeningen. Niet van belang is of BGN wel of niet inhoudelijk betrokken is bij de werkzaamheden van de aannemer. Verder is niet van belang dat BGN de geldmiddelen slechts beheert en daarover niet kan beschikken, omdat de definitie van betalingsdienst niet vereist dat de betalingsdienstaanbieder op enige wijze kan beschikken over het geld of het geld kan beheren. De onder punt 3 van bijlage I bij de Richtlijn 2015/2366 genoemde betalingsdienst ziet op de uitvoering van een betalingstransactie en niet op het beheer van of het beschikken over geld. Dat de klant geen betaalrekening heeft bij BGN is evenmin van belang, omdat het bij deze betalingsdienst gaat om de uitvoering van betalingstransacties op een betaalrekening bij de betalingsdienstaanbieder van de gebruiker of bij een andere betalingsdienstaanbieder.

9.2 BGN bestrijdt dat zij met de Zekerheidsstelling een betalingsdienst aanbiedt. BGN accepteert, op grond van de overeenkomst tussen haar, de klant en de aannemer, alleen een vooruitbetaling van een klant ten behoeve van de aannemer en de afwikkeling van een aanneemovereenkomst. De klant heeft geen betaalrekening bij BGN of de Stichting BGN Zekerheidsstelling. Van een betalingsdienst als bedoeld onder punt 3 van bijlage I bij de Richtlijn 2015/2366 is dus geen sprake, aldus BGN.

9.3 VEH stelt zich op het standpunt dat de aangevallen uitspraak in stand kan blijven.

De beoordeling door het College

10 De rechtbank onderschrijft in de aangevallen uitspraak het standpunt van DNB dat BGN met de Zekerheidsstelling een betalingsdienst aanbiedt en om die reden moet worden aangemerkt als een betalingsinstelling.

11 Voor het College is artikel 4, punt 3, van Richtlijn 2015/2366, gelezen in samenhang met punt 3 van bijlage I van Richtlijn 2015/2366, niet zodanig duidelijk dat over de uitleg ervan redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is. Deze onduidelijkheid maakt dat het College op grond van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie gehouden is daarover het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

12.1 Een betalingstransactie is een door of voor rekening van de betaler geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden overgemaakt (artikel 4, punt 5, van Richtlijn 2015/2366). Vaststaat dat geldmiddelen van de betaalrekening van de klant worden overgemaakt naar de betaalrekening van de Stichting BGN Zekerheidsstelling en dat BGN die geldmiddelen aldus op die rekening ontvangt. Het College wijst er daarbij op (zie hiervoor onder 1.1) dat BGN, via [naam 1] – die zowel enig bestuurder van de Stichting BGN Zekerheidsstelling als (indirect) beherend vennoot van BGN is – in wezen het beheer voert over deze rekening. Nadat de klant daarvoor toestemming heeft gegeven worden die geldmiddelen overgemaakt van de betaalrekening van Stichting Zekerheidsstelling BGN naar de betaalrekening van de aannemer. Zo bezien kunnen – in termen van – de definities van artikel 4 van Richtlijn 2015/2366 twee betalingstransacties worden onderscheiden.

12.2 Bij de eerste betalingstransactie geeft de klant als betaler (in de zin van artikel 4, punt 8, van Richtlijn 2015/2366) een betalingsopdracht (in de zin van artikel 4, punt 13) aan zijn bank als betalingsdienstaanbieder (in de zin van artikel 4, punt 11) om geldmiddelen van zijn betaalrekening (in de zin van artikel 4, punt 12) over te maken naar de betaalrekening van de Stichting BGN Zekerheidsstelling die dan als begunstigde (in de zin van artikel 4, punt 9) zou kunnen worden aangemerkt. Het lijkt erop dat de bank van de klant deze betalingstransactie uitvoert (in de zin van bijlage I, onder 3) en aldus de betalingsdienst verricht. Het College ziet in ieder geval niet in dat BGN respectievelijk de Stichting BGN Zekerheidsstelling deze betalingstransactie uitvoert.

12.3 Bij de tweede betalingstransactie geeft de Stichting BGN Zekerheidsstelling als betaler (in de zin van artikel 4, punt 8 van Richtlijn 2015/2366) een betalingsopdracht (in de zin van artikel 4, punt 13) aan haar bank als betalingsdienstaanbieder (in de zin van artikel 4, punt 11) om geldmiddelen van haar betaalrekening (in de zin van artikel 4, punt 12) over te maken naar de betaalrekening van de aannemer als begunstigde (in de zin van artikel 4, punt 9). Het lijkt erop dat de bank van de Stichting BGN Zekerheidsstelling deze betalingstransactie uitvoert (in de zin van bijlage I, onder 3) en aldus de betalingsdienst verricht. Ook hier ziet het College niet in dat BGN respectievelijk de Stichting BGN Zekerheidsstelling een betalingstransactie uitvoert.

13.1 DNB lijkt het ontvangen van de geldmiddelen van de klant op de rekening van de Stichting BGN Zekerheidsstelling en het vanaf die rekening doorbetalen van de geldmiddelen aan de aannemer echter te zien als één betalingstransactie uitgevoerd door BGN. Volgens DNB geeft BGN daarbij als tussenpersoon uitvoering aan het overmaken van geldmiddelen van de klant (die als betaler in de zin van artikel 4, punt 8 wordt gezien) naar de aannemer (die als begunstigde in de zin van artikel 4, punt 9 wordt gezien) en verleent zij aldus een betalingsdienst als bedoeld in artikel 4, punt 3, gelezen in samenhang met punt 3 van bijlage I van Richtlijn 2015/2366.

13.2 Steun voor die uitleg lijkt te kunnen worden gevonden in het antwoord van de Europese Commissie van 18 maart 2022 op Question ID 2020/5216 (te vinden op EBA, Single Rulebook Q&A, Question 2020_5216; www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/qna/view/publicId/2020_5216). De Commissie merkt daarin het volgende op:

"The receipt and forwarding of funds qualifies as a payment service according to Article 4(3) Directive (EU) 2015/2366 (PSD2) in conjunction with Annex I PSD2. Depending on the design of the contractual agreements it could qualify, for instance, as money remittance (Article 4(22) in conjunction with number 6, Annex I, PSD2) or as another payment service e.g. the execution of payment transactions (number 3, Annex I, PSD2). See also Recital 9 PSD2."

13.3 Verder past die uitleg in de door Richtlijn 2015/2366 nagestreefde doelstelling van consumentenbescherming, zoals die onder meer tot uitdrukking komt in overweging 6 van die richtlijn. Op de zitting heeft DNB in dat verband erop gewezen dat de diensten van BGN (Stichting) die eruit bestaan geldmiddelen van de klant te ontvangen en deze op enig moment door te betalen aan de aannemer, aan financieel toezicht dienen te zijn onderworpen, omdat de klant een faillissementsrisico loopt.

13.4 Daarentegen lijkt die uitleg niet te kunnen worden aanvaard op basis van de bewoordingen van de definitie van betalingsdienst en de daaraan ten grondslag liggende definitie van betalingstransactie. In artikel 4, punt 3, van Richtlijn 2015/2366 wordt een betalingsdienst gedefinieerd als "een of meer in bijlage I vermelde bedrijfswerkzaamheden". In punt 3 van die bijlage wordt gepreciseerd dat dit begrip onder meer ziet op de uitvoering van betalingstransacties. Volgens artikel 4, punt 5 van deze richtlijn zijn betalingstransacties, voor zover hier van belang, een door of voor de rekening van de betaler of door de begunstigde geïnitieerde handeling, waarbij geldmiddelen worden overgemaakt ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de

betaler en de begunstigde zijn. Deze transacties omvatten volgens punt 3, onder c, van de genoemde bijlage de uitvoering van overmakingen. De overmaking wordt in artikel 4, punt 24, van de richtlijn omschreven als een betalingsdienst voor het crediteren van de betaalrekening van een begunstigde met een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties van een betaalrekening van een betaler door de betalingsdienstaanbieder die de betaalrekening van de betaler beheert, op basis van een door de betaler gegeven instructie. In de situatie van BGN wordt met het doorbetalen van de geldmiddelen weliswaar de betaalrekening van de aannemer gecrediteerd, maar niet van een betaalrekening van de klant. De geldmiddelen worden namelijk overgemaakt van de betaalrekening van de Stichting BGN Zekerheidsstelling. BGN noch de Stichting BGN Zekerheidsstelling houdt rekeningen op naam van de klanten aan, noch beheren zij rekeningen van klanten. Om dezelfde reden kan de klant hier niet als betaler worden aangemerkt in de zin van artikel 4, punt 8, van de richtlijn. De klant staat immers geen betalingstransactie toe van een rekening die door hem wordt gehouden.

13.5 Verder zou uit de context van de bepalingen in het hoofdstuk "Uitvoering van betalingstransacties" (artikelen 78-93) van Richtlijn 2015/2366 en de definities van betalingstransacties, betaler en betalingsbegunstigde kunnen worden afgeleid dat uitvoering van betalingstransacties vooral technisch moet worden opgevat en dat "uitvoering" betrekking heeft op het verrichten van een betalingstransactie op een betaalrekening. Zo is bijvoorbeeld voor de uitvoering van een betalingstransactie in de richtlijn een termijn bepaald (artikel 83) en zijn betalingsdienstaanbieders voor niet-uitvoering, gebrekkige uitvoering en of niet-tijdige uitvoering van betalingstransacties aansprakelijk (artikel 89). Deze bepalingen lijken een directe en technische betrokkenheid van de betalingsdienstaanbieder bij de transfer van de geldmiddelen van de ene betaalrekening naar een andere betaalrekening te veronderstellen.

14 Het voorgaande leidt het College tot de vraag of artikel 4, punt 3, van Richtlijn 2015/2366, gelezen in samenhang met punt 3, aanhef en onder c, van bijlage I bij deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat een dienst van het ontvangen en doorbetalen van geldmiddelen die een entiteit als tussenpersoon aanbiedt, een betalingsdienst – en meer in het bijzonder de uitvoering van overmakingen in de zin van deze richtlijn – vormt, als die entiteit in het kader van een overeenkomst met een klant en een aannemer de geldmiddelen van de klant op haar betaalrekening ontvangt en zij die geldmiddelen, nadat de klant daarvoor toestemming heeft gegeven, vanaf die betaalrekening overmaakt aan de aannemer?

15 Van een vergunningsplichtige activiteit als bedoeld in artikel 2:3a van de Wft is pas sprake, als BGN haar bedrijf heeft gemaakt van het verlenen van betalingsdiensten. De rechtbank heeft geoordeeld dat BGN met het aanbieden van de Zekerheidsstelling het bedrijf van betalingsdienstverlener uitoefent. BGN heeft dit oordeel van de rechtbank niet (gemotiveerd) betwist.

16 Gezien het voorgaande zal het College zich tot het Hof wenden met de hierna in de beslissing geformuleerde prejudiciële vraag.

Verder verloop van de procedure

17 In afwachting van het arrest van het Hof zal het College iedere verdere beslissing aanhouden.

Beslissing

Het College verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

- Moet artikel 4, punt 3, van Richtlijn 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, gelezen in samenhang met punt 3, aanhef en onder c, van bijlage I bij deze richtlijn, aldus worden uitgelegd dat een dienst van het ontvangen en doorbetalen van geldmiddelen die een entiteit als tussenpersoon aanbiedt, een betalingsdienst – en meer in het bijzonder de uitvoering van overmakingen in de zin van deze richtlijn – vormt, als die entiteit in het kader van een overeenkomst met een klant en een aannemer de geldmiddelen van de klant op haar betaalrekening ontvangt en zij die geldmiddelen, nadat de klant daarvoor toestemming heeft gegeven, vanaf die betaalrekening overmaakt aan de aannemer?

en houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door [REDACTED]
[REDACTED] beslissing is in het openbaar uitgesproken op 28 januari 2025.

[REDACTED]