

Nog altijd vraagtekens rond vergunningplicht garantiefondsen

Wft biedt geen duidelijkheid

Heeft een garantiefonds een vergunning als verzekeraar nodig? Die vraag hangt al jaren boven de markt. Volgens de wet en toezichthouder DNB luidt het antwoord 'ja', maar de gevolgen van dit standpunt zijn onduidelijk.

Door Rob van de Laar

Aannemers die een bouwgarantie bieden aan hun klanten moeten volgens de AFM strikt genomen een bemiddelingsvergunning hebben. Maar er zijn ontsnappingsmogelijkheden. De Wft biedt geen duidelijkheid over de status van waarborg- en garantiefondsen. Die moeten een DNB-vergunning hebben voor het uitoefenen van het schadeverzekeringsbedrijf als de toezichthouder hun activiteiten als verzekeringsactiviteiten beoordeelt. Welke criteria daarvoor worden gehanteerd, zijn niet duidelijk.

Vrijstelling

Voor de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (Nationale Hypotheekgarantie) is in de Wft een wettelijke vrijstelling van de vergunningplicht opgenomen, maar dat geldt bijvoorbeeld niet voor de Stichting Waarborgfonds Motorverkeer. Volgens de gegevens in het openbare register van DNB heeft de toezichthouder sinds de inwerkingtreding van de Wft aan geen enkele stichting een vergunning verleend.

Wel heeft DNB in 2007 een aantal woningbouwgarantieverstrekkers opgedragen hun portefeuille met terugwerkende kracht per 1 januari 2007 onder te brengen bij een verzekeraar. Daaronder was de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK), die de portefeuille bouwgarantieverzekeringen toen overdroeg aan HDI-Gerling. Maar dat er

altijd sprake is van een vergunningplicht, werd door DNB toen ontkend.

Oud en nieuw recht

Reginald Gubler van De Garantiewaorborg strijdt al jaren tegen de vergunningplicht voor garantiefondsen. In de jaren negentig werd zijn stichting SGWN door de toenmalige toezichthouder de Verzekeringskamer onder de toen van kracht zijnde Wet toezicht Verzekeringsbedrijf niet vergunningplichtig geacht. Daarover is later echter een juridische strijd ontstaan, omdat opvolgers PVK en DNB eind 2003 een andere interpretatie van de Wtv hebben gegeven die als zodanig niet was gewijzigd. In 2005 heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven onder de toen nog geldende Wtv een bindende uitspraak gedaan die heeft geleid tot de zesde wijziging Wft, waarin een bijzonder regime voor garantiefondsen is opgenomen.

"Primair hebben wij altijd gesteld dat er geen sprake is van verzekeren door stichtingen", zegt Gubler. "Daarin gesteund door de civielrechtelijke jurisprudentie waarbij de Hoge Raad in cassatie heeft vastgesteld dat er bij de stichtingen geen verzekeringsovereenkomsten tot stand komen zoals bedoeld in artikel 246 Wetboek van Koophandel. Dat artikel is per 1 januari 2006 echter vervallen en het verzekeringsbegrip is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. De wetgever heeft hierbij bewust geen overgangsrecht opgenomen zodat 'oud recht' op dat moment 'nieuw recht' is geworden. Dat impliceert dat aan de cassatie-uitspraak van de Hoge Raad dus nog gewoon rechten kunnen worden ontleend", zo meent Gubler.

In de Wft is voor de definitie van verzekeren aansluiting gezocht bij de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek. "Dat wil zeggen dat én DNB én AFM geen eigen bevoegdheid meer

hebben om anders te oordelen. Civielrechtelijk gezien is er geen sprake van verzekeren door stichtingen en op voet van die constatering is er naar onze mening geen sprake van een DNB-vergunningplicht voor instellingen (stichtingen) en kan van een AFM-vergunningplicht voor aannemers evenmin sprake zijn."

Btw

Volgens Gubler is het nog wat gecompliceerder: "De Belastingdienst stelt zich op het standpunt -verwijzend naar de uitspraak van de Hoge Raad - dat wij als dienstverlenende organisatie onderhevig zijn aan de btw. De wetgever stelt evenwel dat sprake is van een verzekeraar onder een bijzonder regime en dan zou juist assu-

fonds aanbiedt, is aan te merken als een verzekeringsproduct, dan moet de aannemer een vergunning hebben als hij meer dan NAW-gegevens doorgeeft van klanten." Maar de toezichthouder wijst erop dat die vergunningplicht omzeild kan worden: "Er zijn diverse mogelijkheden voor de aannemer om geen vergunning te hoeven aanvragen: alleen NAW-gegevens doorgeven, klanten doorverwijzen naar een bemiddelaar die een vergunning heeft of zelf verbonden bemiddelaar worden bij een aanbieder."

Gubler vindt dat een kromme constructie: "Gezien de betrokkenheid van bouwgarantieverstrekkers bij het tot stand komen van overeenkomsten tussen aannemers



rantiebelasting te verwachten zijn, die niet door de aannemer kan worden verrekend."

De AFM stelt zich op het standpunt dat aannemers die klanten een garantieregeling aanbieden, in principe een bemiddelingsvergunning moeten hebben: "Als het product wat het waarborg- of garantie-

en consumenten, de te hanteren regelgeving, voorgeschreven garantiebepalingen, de modelaannemingsovereenkomsten en de betrokkenheid bij geschillenregelingen lijkt het omzeilen van het standpunt van de AFM eerder een farce dan een oplossing."

Toezicht
Wft
Schade
Belasting

De Belastingdienst stelt dat garantiefondsen btw-plichtig zijn, hoewel DNB veel fondsen als schadeverzekeraar beschouwt.