

Postbus 1110
3000 BC Rotterdam
Weena 800
3014 DA Rotterdam
T +31 10 224 00 00
F +31 10 414 84 44

D.J.L. van Ee | Advocaat
R.H. Tewarie | Advocaat
M.C.C. von Meijenfeldt | Advocaat
T +31 10 22 40 582
M +31 6 46 92 92 69
mirjam.vonmeijenfeldt@nautadutilh.com

Rotterdam, 24 augustus 2023

AANGETEKEND

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB)
Juridische Zaken, Toezicht en wetgeving – Procedures & Privacy (TP&P)
t.a.v. mr. D. de Jonge
Postbus 98
1000 AB Amsterdam

Geachte heer de Jonge, geachte heer/mevrouw,

Betreft: Amsterdam Gem. / SEBA Handhavingsverzoek DNB
Uw kenmerk: T033-1930957199-4554

Namens onze cliënte, de gemeente Amsterdam ("**Gemeente**"), berichten wij u als volgt in de bezwaarprocedure met bovengenoemd kenmerk.

1 INLEIDING

- Op 27 februari 2023 heeft Stichting Erfpachters Belang Amsterdam ("**SEBA**") een handhavingsverzoek ingediend bij de Autoriteit Financiële Markten (het "**Handhavingsverzoek**"), die op 19 april 2023 is doorgezonden aan De Nederlandsche Bank N.V. ("**DNB**"). SEBA heeft DNB met dit Handhavingsverzoek verzocht handhavend op te treden tegen de overstapregeling van de Gemeente voor appartementsgerechtigden met een erfpachtconstructie (de "**Overstapregeling**"). Naar het oordeel van SEBA kwalificeert de toepassing van de Overstapregeling als (schade)verzekering in de zin van art. 7:925 Burgerlijk Wetboek ("**BW**") jo. 7:944 BW jo. 1:1 Wet op financieel toezicht ("**Wft**"), terwijl de Gemeente niet over de daarvoor benodigde vergunning beschikt. De Gemeente zou daarmee – volgens SEBA – art. 2:27 Wft overtreden.

Amsterdam

Brussel

Londen

Luxemburg

New York

Rotterdam

- Op 12 juni 2023 heeft DNB het handhavingsverzoek afgewezen (het

Deze communicatie is vertrouwelijk, kan zijn onderworpen aan een beroepsgeheim en mag niet worden gebruikt, geopenbaard, verveelvoudigd, gedistribueerd of behouden door een ander dan de beoogde ontvanger. Alle juridische relaties zijn onderworpen aan de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V. (zie www.nautadutilh.com/terms). Deze voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking, zijn gedeponereerd bij de rechtbank in Rotterdam en worden op verzoek kosteloos toegezonden. Nederlands recht is van toepassing en geschillen worden onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank in Amsterdam. NautaDutilh N.V.; statutair gevestigd te Rotterdam; handelsregister nr. 24338323. Voor informatie inzake de verwerking van uw persoonsgegevens zie onze privacy policy: www.nautadutilh.com/privacy.

"**Primair Besluit**"). In het Primair Besluit concludeert DNB dat de Overstapregeling niet als (schade)verzekering kwalificeert, waardoor de Gemeente met het aanbieden van de Overstapregeling zonder vergunning art. 2:27 Wft niet overtreedt. Tegen het Primair Besluit van DNB heeft SEBA op 19 juli 2023 bezwaar gemaakt (het "**Bezwaar**").

3. In het kader van de hoorzitting die op 7 september 2023 zal plaatsvinden, wenst de Gemeente als belanghebbende in de bezwaarprocedure een schriftelijke reactie op het Bezwaar van SEBA in te dienen. Daartoe zal de Gemeente allereerst kort de achtergrond van de Overstapregeling toelichten (hoofdstuk 2), vervolgens zet de Gemeente het juridisch kader uiteen dat relevant is voor de beoordeling van het Handhavingsverzoek (hoofdstuk 3), op basis van dit juridisch kader concludeert de Gemeente daarna – in lijn met het Primair Besluit van DNB – dat geen sprake is van een overtreding omdat de Overstapregeling niet kwalificeert als een (schade)verzekering (hoofdstuk 4). De Gemeente sluit af met haar verzoek aan DNB ook na heroverweging ex 7:11 Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") het Primair Besluit in stand te laten en het Handhavingsverzoek af te wijzen.

2 ACHTERGROND

2.1 De overstapregeling in het algemeen

4. In Amsterdam zijn erfpachters met een voortdurend erfpachtrecht verplicht een canon¹ te betalen aan de Gemeente. De canon voor een voortdurend erfpachtrecht wordt na ommekomst van elk tijdvak herzien aan de hand van de dan geldende erfpachtgrondwaarde en het dan geldende canonpercentage zoals vastgesteld conform het vigerende beleid of zoals vastgesteld door deskundigen.
5. De Gemeente biedt sinds 1 oktober 2017 erfpachters met een bestaand voortdurend erfpachtrecht met uitsluitend een woonbestemming waarop oudere algemene bepalingen van toepassing zijn de gelegenheid vrijwillig over te stappen op de Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam (AB 2016) conform het bepaalde in de Overstapregeling. Overstap naar eeuwigdurende erfpacht houdt in dat de AB 2016 op het erfpachtrecht van toepassing worden. Kiest de erfpachter voor een overstap naar de AB 2016, dan wordt de overstap naar eeuwigdurende erfpacht vastgelegd in een notariële akte waarvan een afschrift zal worden ingeschreven ten kantore van de Dienst van het kadaster en de openbare registers.

¹ Art. 5:85 BW: "In de akte van vestiging kan aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom - de canon - te betalen."

6. Als onderdeel van de overstap wordt de canon herzien. Op grond van de Overstapregeling worden de financiële afspraken zoals die golden voor het lopende tijdvak voor het voortdurende erfpacht nog uitgediend. Dit betekent dat de canonherziening pas ingaat na afloop van de periode die gelijk is aan het lopende tijdvak zoals dat gold onder het voortdurende erfpachtrecht. Bij eeuwigdurende erfpacht vindt vervolgens geen herziening van de canon meer plaats, maar wordt de canon uitsluitend nog jaarlijks met inflatie gecorrigeerd. Wanneer een erfpachter voor overstap naar eeuwigdurende erfpacht kiest, krijgt de erfpachter zekerheid over de canon. Bij voortdurende erfpacht bestaat de mogelijkheid om de canon voor het lopende tijdvak af te kopen. Bij eeuwigdurende erfpacht bestaat de mogelijkheid de canon eeuwigdurend af te kopen.
7. Overstappen is altijd vrijwillig en kan op ieder gewenst moment, zowel gedurende het lopende tijdvak als ook aan het einde van het tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht. Wil een erfpachter niet overstappen, dan blijft zijn recht van erfpacht ongewijzigd. Voor die erfpachter wordt de canon nog steeds na ommekomst van het lopende tijdvak herzien. Die erfpachter behoudt de mogelijkheid om indien gewenst op een later moment over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht.

2.2 De overstapregeling bij appartementsrechten

8. Bij appartementsrechten heeft in de regel niet iedere appartementsgerechtigde een eigen voortdurend erfpachtrecht, maar komt dit recht toe aan de gezamenlijke appartementsgerechtigden. Het voortdurend erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten, waardoor het erfpachtrecht zich in een gemeenschap bevindt. Ten tijde van de splitsing is aan iedere appartementsgerechtigde een deel van de algehele canonverplichting toegedeeld, waardoor iedere appartementsgerechtigde een eigen canonverplichting heeft. Deze canonverplichting vloeit voor iedere appartementsgerechtigde voort uit een en hetzelfde voortdurende erfpachtrecht.
9. Doordat iedere appartementsgerechtigde deelgenoot is in het voortdurende erfpachtrecht, zou voor een wijziging van het voortdurende erfpachtrecht de medewerking nodig zijn van iedere appartementsgerechtigde. Dit betekent dat een individuele appartementsgerechtigde niet de mogelijkheid zou hebben om de overstap te maken naar eeuwigdurende erfpacht zonder medewerking van diens mede-appartementsgerechtigden.
10. Deze uitkomst acht de Gemeente niet wenselijk. De Gemeente heeft bij

toepassing van de Overstapregeling bij appartementsrechten die zijn ontstaan door een appartementensplitsing van een erfpachtrecht beoogd dezelfde mogelijkheden te bieden als bij grondgebonden woningen en bij appartementen waarbij het erfpachtrecht op het appartementsrecht is gevestigd. Daarom heeft de Gemeente het voor individuele appartementsgerechtigden mogelijk gemaakt om van de Overstapregeling gebruik te maken zonder medewerking van de andere appartementsgerechtigden.

11. Bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht kan elke appartementsgerechtigde individueel overstappen door middel van het sluiten van een obligatoire overeenkomst met de Gemeente, versterkt met een kwalitatieve verplichting en een kettingbeding met boetebeding. De Gemeente heeft deze keuze als volgt toegelicht in het raadsbesluit van 28 en 29 juni 2017 waarin de Gemeenteraad heeft ingestemd met de vaststelling van de overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017².

Ad 5.3. Bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht kan elke appartementsgerechtigde individueel overstappen door middel van een (obligatoire) overeenkomst, versterkt met een kwalitatieve verplichting en een kettingbeding met boetebeding.

Tijdens de vernieuwing van het erfpachtstelsel is gebleken dat zowel stakeholders, college als raad het belangrijk vinden dat appartementsgerechtigden individueel kunnen overstappen naar eeuwigdurende erfpacht.

Een groot deel van de Amsterdamse erfpachtrechten is door de onderscheiden erfpachters gesplitst in appartementsrechten. Het splitsen van een erfpachtrecht in appartementsrechten is immers een mogelijkheid die de wet biedt. Na een appartementensplitsing blijft er sprake van één erfpachtrecht. Bij de appartementensplitsing wordt de canon over de appartementsrechten verdeeld. De Vereniging van Eigenaren is hoofdelijk verbonden voor de door één of meerdere appartementsgerechtigden verschuldigde canon.

Om overstap per appartementsrecht mogelijk te maken zal de gemeente een obligatoire overeenkomst aanbieden aan de individuele appartementsgerechtigde die naar eeuwigdurende erfpacht wil overstappen. De overeenkomst tot overstap wordt gezekeerd door middel van een kwalitatieve verplichting en een kettingbeding met bijbehorend boetebeding, waarmee wordt gewaarborgd dat ook de toekomstige rechtsopvolgers van de erfpachter aan alle rechten en plichten uit de overeenkomst tot overstap zijn gebonden.

Indien alle appartementsgerechtigden dit wensen is het ook mogelijk om collectief over te stappen.

² Zie www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/documenten/doc-overstapregeling/.

12. Er wordt aldus tussen de Gemeente en de appartementsrechtigde een obligatoire afspraak gemaakt over de toepasselijkheid van de AB 2016 die wordt vastgelegd in een notariële akte. Onderdeel van deze obligatoire afspraak is overeenstemming over de canon na ommekomst van de periode gelijk aan het lopende tijdvak zoals dat gold voor het voortdurende erfpachtrecht (zie randnummer 6 hiervoor). Het in de gemeenschap betrokken zakelijke recht (het voortdurende erfpachtrecht) wordt als zodanig dus niet gewijzigd, maar tussen de appartementsgerechtigde en de Gemeente komt een overeenkomst tot stand op basis waarvan op individueel niveau afwijkende afspraken worden gemaakt. Deze obligatoire afspraak wordt door middel van kwalitatieve verplichtingen en een kettingbeding tevens opgelegd aan opvolgende verkrijgers van het desbetreffende appartementsrecht.
13. Zodra alle appartementsgerechtigden individueel zijn overgestapt, bestaat er de mogelijkheid om het erfpachtrecht dat in de gemeenschap is betrokken in zijn geheel te wijzigen. Voor de individuele appartementsgerechtigden die daarvoor al waren overgestapt blijven de overeengekomen rechten en plichten na deze wijziging van het onderliggende zakelijke recht onveranderd. Bij overstap hebben zij reeds een volmacht verstrekt aan het bestuur van de desbetreffende vereniging van eigenaars op basis waarvan de notariële akte kan worden gepasseerd op basis waarvan het onderliggende erfpachtrecht gewijzigd kan worden op het moment dat alle appartementsgerechtigden zijn overgestapt.

3 JURIDISCH KADER

3.1 Juridisch kader handhaven

14. Een bestuursrechtelijke, bestraffende of een herstelsanctie kan slechts worden opgelegd wanneer sprake is van een overtreding.³ Art. 5:1 lid 1 Awb kwalificeert een overtreding als een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
15. Voorgaande leidt ertoe dat wanneer niet in strijd wordt gehandeld met dergelijk voorschrift, geen sprake is van een overtreding, waardoor ook geen grondslag of bevoegdheid bestaat voor handhaving (het opleggen van een sanctie).⁴

3.2 Juridisch kader verzekeringsbegrip

³ Art. 5:2 Awb.

⁴ Dat laat uiteraard onverlet de bevoegdheid om op het handavingsverzoek te beslissen.

3.2.1 Het verzekeringsbegrip in het BW

16. In art. 7:925 lid 1 BW is het verzekeringsbegrip als volgt gedefinieerd:

"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."

17. In de parlementaire stukken wordt over dit verzekeringsbegrip opgemerkt dat het vrij ruim is geformuleerd en dat het aan de rechtspraak is overgelaten de grenzen van dit begrip te bepalen.⁵
18. Uit art. 7:944 BW volgt dat een schadeverzekering zich onderscheidt van andere verzekeringen doordat de schadeverzekering strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.

3.2.2 Het verzekeringsbegrip in de Wft

19. Art. 2:27 lid 1 Wft luidt:

"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."

20. De Wft sluit voor het verzekeringsbegrip aan bij het BW. Dat begrip kent de volgende vier kenmerken:⁶

- (1) een overeenkomst;
- (2) een verbintenis tot premiebetaling;
- (3) een verbintenis tot uitkering; en
- (4) onzekerheid over de uitkering of duur van de premiebetaling.

⁵ Kamerstukken II 1985/86, 19529, nr. 3, p. 6 (MvT).

⁶ Zie ook het Factsheet 'Definitie verzekeren', DNB, 1 april 2017.

21. Wat betreft het schadeverzekeringsbegrip, is voor de toepasselijkheid van de Wft nog van belang dat een uitkeringsplicht bestaat ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn of haar belangen wordt getroffen.
22. Wanneer aan de hiervoor genoemde vier kenmerken is voldaan, *kan* sprake zijn van een verzekering maar dit hoeft niet per se het geval te zijn.⁷ Doorslaggevend is of het product naar maatschappelijke opvattingen als verzekering pleegt te worden aangemerkt.⁸ Hierbij wordt de rechtsverhouding tussen partijen, alsmede alle overige omstandigheden van het geval in aanmerking genomen.

4 GEEN OVERTREDING WANT OVERSTAPREGELING IS GEEN VERZEKERING

23. De Gemeente is met DNB van mening dat de Overstapregeling niet voldoet aan de hiervoor genoemde kenmerken van het verzekeringsbegrip en zodoende niet kwalificeert als verzekering. Daardoor is geen sprake is van een overtreding van de Wft. Voor handhaven bestaat daarom geen grondslag of bevoegdheid waardoor het Handhavingsverzoek ook na heroverweging ex 7:11 Awb dient te worden afgewezen. De Gemeente licht dit hieronder toe.

4.1 Kenmerk 1: overeenkomst

24. Wanneer een appartementsgerechtigde gebruik wenst te maken van de Overstapregeling, wordt de obligatoire afspraak over de gewijzigde canonverplichting vastgelegd in een notariële akte houdende een overeenkomst tot overstap tussen de appartementsgerechtigde en de Gemeente. Daarmee voldoet de Overstapregeling aan het kenmerk 'overeenkomst'. De Overstapregeling kan echter pas als verzekering kwalificeren als ook aan de overige kenmerken is voldaan.

4.2 Kenmerk 2: verbintenis tot premiebetaling

25. SEBA stelt dat de canon die de appartementsgerechtigde na de overstap gaat betalen heeft te gelden als premiebetaling, maar alleen wanneer deze hoger zou zijn dan de canon die zou gelden als de erfpachter niet was

⁷ Q&A 'Garanties in koopovereenkomsten: wel of geen verzekering', DNB, 24 december 2018 & Q&A 'Abonnementen: wel of geen verzekering?', DNB, 28 augustus 2019. Hoewel deze Q&A's specifiek zien op garanties en abonnementen, zal de hierin vervatte lijn naar alle waarschijnlijkheid ook in andere situaties worden gehanteerd.

⁸ Q&A 'Garanties in koopovereenkomsten: wel of geen verzekering', DNB, 24 december 2018 & Q&A 'Abonnementen: wel of geen verzekering?', DNB, 28 augustus 2019.

overgestapt.⁹

26. Dit is onjuist. Wanneer een appartementsgerechtigde overstapt, moet de appartementsgerechtigde na ommekomst van de periode gelijk aan het lopende tijdvak zoals dat gold voor het voortdurende erfpachtrecht (zie randnummer 6 hiervoor) een gewijzigde erfpachtcanon gaan betalen. Deze betalingsverbintenis vormt een vergoeding voor het gebruiksrecht op grond van het erfpachtrecht en kwalificeert dus niet als een verbintenis tot premiebetaling waartegenover een uitkeringsplicht van de Gemeente staat (zie hierover ook §4.3).
27. Bovendien is van saldering, zoals SEBA in randnummer 4.20 van het Bezwaar suggereert, geen sprake. SEBA licht niet toe waar die saldering volgens haar precies op ziet en stelt enkel dat een verzekeringspremie verwerkt zit in de eeuwigdurende erfpachtcanon.¹⁰ Dit is onjuist. Er vindt geen verrekening of saldering plaats. Dat er mogelijk een andere betalingsverplichting zou hebben gegolden als de erfpachter niet was overgestapt is niet relevant. Er bestaat maar één betalingsverplichting op basis van de obligatoire afspraak en er worden geen bedragen met elkaar verrekend of gesaldeerd. Er zit dan ook geen verzekeringspremie verwerkt in de eeuwigdurende erfpachtcanon. Evenmin zit een verzekeringspremie verwerkt in de canon voor de periode gelijk aan het lopende tijdvak zoals dat gold voor het voortdurende erfpachtrecht. De canon voor deze periode blijft ongewijzigd, ook na overstap naar eeuwigdurende erfpacht (behoudens onder omstandigheden bij een bestemmingswijziging en/of bebouwingswijziging).
28. Uit het voorgaande volgt dat de appartementsgerechtigde in het kader van de Overstapregeling geen verbintenis tot premiebetaling heeft. Aan dit kenmerk van een verzekering is zodoende niet voldaan.

4.3 Kenmerk 3: verbintenis tot uitkering

29. Om van een verzekering te kunnen spreken, dient tegenover de verplichting tot betaling van een premie een uitkeringsplicht te staan. Een verzekeringsuitkering kan worden gedaan in geld of in natura, maar niet bij wijze van korting.¹¹

⁹ Indien de canonverplichting na overstap lager zou uitvallen dan wanneer de erfpachter niet zou zijn overgestapt, stelt SEBA dat dit niet kwalificeert als een premie maar als schade-uitkering. De canon is dus volgens SEBA ofwel een premie ofwel een schade-uitkering. Zie randnummers 4.17 – 4.19 van het Bezwaar.

¹⁰ Zie het Bezwaar, randnummer 4.20.

¹¹ Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3 (MvT), p. 6. Hierin wordt toegelicht dat een uitkering op grond van art. 7:926 BW anders dan in geld mag geschieden, maar dat het daarbij gaat om het verrichten van diensten door de verzekeraar, zoals het vernieuwen van gebroken ruiten, het verlenen van rechtsbijstand of lijkbezorging. Het verlenen van korting wordt dus niet als een uitkering anders dan in geld aangemerkt.

30. Vooropgesteld moet worden dat het verkrijgen van een eeuwigdurend erfpachtrecht niet heeft te gelden als een uitkering, zo lijkt ook SEBA stilzwijgend te onderkennen. Volgens SEBA¹² bestaat de uitkering kennelijk uit het niet in rekening brengen van de canon voor zover de eeuwigdurende canon lager is dan de voortdurende canon zou zijn geweest indien niet zou zijn overgestapt. Dit standpunt kan niet worden gevolgd.
31. Het niet in rekening brengen van een hogere voortdurende canon kan niet worden aangemerkt als een uitkering die door de Gemeente aan de appartementsgerechtigde wordt gedaan.¹³ Het niet in rekening brengen van iets kwalificeert namelijk niet als een geldelijke uitkering noch als een uitkering in natura.¹⁴ De overstap behelst met betrekking tot de canonverplichting niets meer dan een wijziging in de berekeningsgrondslag van de canonverplichting, waarbij deze gewijzigde canonverplichting ingaat na ommekomst van de periode gelijk aan het lopende tijdvak onder het voortdurend erfpachtrecht. Voor alle duidelijkheid: de overstap zelf vindt dus al plaats met het passeren van de (obligatoire) akte tot overstap. Daar staat geen verbintenis tot uitkering van de Gemeente tegenover, slechts het zakelijke gebruiksrecht dat erfpacht heet. SEBA lijkt in randnummer 4.20 van het Bezwaar te suggereren dat een uitkering is verdisconteerd in de eeuwigdurende erfpachtcanon. Zoals reeds toegelicht in randnummer 27, wordt niets in de eeuwigdurende erfpachtcanon verdisconteerd.
32. Voor de vraag of sprake is van een uitkering is ook niet relevant wat de eventueel niet overgestapte appartementsgerechtigden aan canon betalen. Voor het bepalen of sprake is van een verzekering dient alleen naar de individuele rechtsverhouding tussen de appartementsgerechtigde en de Gemeente te worden gekeken, niet in relatie tot anderen.¹⁵ Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam (AB 2016) op onderdelen inhoudelijk verschillen van de eerdere algemene bepalingen voor voortdurende erfpachtrechten. Een één-op-één vergelijking van de canon onder de verschillende algemene bepalingen is aldus niet zonder meer mogelijk.
33. SEBA maakt niet duidelijk wat de 'verbintenis tot uitkering' is als de

¹² Zie het Bezwaar, randnummers 4.17 - 4.19.

¹³ Zoals hiervoor onder randnummer 27 toegelicht, vindt er geen saldering plaats, het is feitelijk immers niet zo dat een deel niet in rekening wordt gebracht. In de canon zit dus geen uitkering verwerkt.

¹⁴ Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 6 (MvT). Zoals gezegd wordt met een uitkering anders dan in geld (dus in natura) bedoeld op het verrichten van diensten door de verzekeraar. Het niet in rekening brengen van iets is geen dienst die door de verzekeraar wordt verricht.

¹⁵ F.H.J. Mijnsen en K. Engel, *Verzekering* (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2021, p. 3 en 4.

voortdurende erfpachtcanon lager uitvalt dan de eeuwigdurende erfpachtcanon. Een verplichting tot uitkering is in dat geval ook niet aan te wijzen.¹⁶ Voor zover SEBA betoogt dat het verschil in dat geval moet worden aangemerkt als een extra premie, is dat niet juist. Het kan niet zo zijn dat – afhankelijk van de vraag hoe de voortdurende erfpachtcanon zou zijn uitgedrukt in het geval de erfpachtgerechtigde niet zou zijn overgestapt – in het ene geval sprake is van een verbintenis tot uitkering en in het andere geval van een verbintenis tot premiebetaling.

34. Zou de argumentatie van SEBA worden gevolgd, dan dient vrijwel elke overeenkomst waarin een vaste prijs voor een dienst of product wordt overeengekomen te worden gekwalificeerd als verzekeringsovereenkomst, omdat daarmee het risico van toekomstige prijsveranderingen is weggenomen. Daarvan kan uiteraard geen sprake zijn.
35. Gelet op het voorgaande is ook aan het kenmerk 'verbintenis tot uitkering' niet voldaan.

4.4 Kenmerk 4: onzekerheid

36. Het kenmerkende element van een verzekering is onzekerheid.¹⁷ Een verzekeringsovereenkomst is immers een kansovereenkomst waarbij het naar objectieve maatstaven onzeker is of het verzekerde risico zich gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst zal verwezenlijken.¹⁸ Volgens de Gemeente is die vereiste onzekerheid bij de Overstapregeling niet aanwezig.
37. Wanneer een appartementsgerechtigde ervoor kiest om gebruik te maken van de Overstapregeling verkrijgt de appartementsgerechtigde vanaf dat moment zekerheid over de in de toekomst te betalen erfpachtcanon. De eeuwigdurende erfpachtcanon wordt op het moment van overstap vastgezet. De herziene canon gaat na overstap – zoals hiervoor toegelicht – in na ommekomst van de periode gelijk aan het lopende tijdvak onder het voortdurende erfpachtrecht. Dit geldt voor alle erfpachters die overstappen, ongeacht of zij een appartement of grondgebonden woning hebben. Onzekerheid over (de toekomstige hoogte van) de erfpachtcanon wordt door de overstap weggenomen. Van enige onzekerheid over de hoogte van de canon voor het eeuwigdurende erfpachtrecht waartegen de

¹⁶ Zie het Bezwaar, randnummer 4.19: "De premiebetaling kan ook leiden tot geen schade uitkering."

¹⁷ Zie hierover HR 11 april 1997, NJ 1998/111, m.nt. M.M. Mendel (*Bike Brothers/Nieuw Rotterdam schade*), waarin de Hoge Raad overwoog dat de essentie van de (schade)verzekeringsovereenkomst is dat onzeker is of de schade waartegen de verzekering dekking biedt, zal ontstaan.

¹⁸ T&C BW, commentaar op art. 7:925 BW: Definitie verzekering.

appartementsgerechtigde zou zijn 'verzekerd' is dan ook geen sprake. De Overstapregeling voldoet dan ook evenmin aan het kenmerk 'onzekerheid'.

38. Dat het onzeker blijft of de eeuwigdurende erfpachtcanon, die de overgestapte appartementsgerechtigden moeten betalen, hoger (of lager) uitvalt dan de voortdurende erfpachtcanon die voor andere appartementsgerechtigden die niet zijn overgestapt zou kunnen gelden, doet daar niets aan af. Voor de verzekeringsrechtelijke vraag of sprake is van onzekerheid dient enkel te worden gekeken naar de rechtsverhouding tussen de individuele appartementsgerechtigde die is overgestapt en de Gemeente. De verzekeringsovereenkomst is immers een wederkerige overeenkomst tussen verzekeraar en verzekeringnemer.¹⁹ Of niet-overgestapte appartementsgerechtigden meer of minder canon moeten betalen doet voor die vraag niet ter zake. In de rechtsverhouding tussen de individuele appartementsgerechtigde en de Gemeente bestaat, zoals hiervoor in randnummer 37 toegelicht, gedurende het eeuwigdurende erfpachtrecht geen onzekerheid. Dat de appartementsgerechtigde op het moment van de overstap niet zeker weet of de overstap naar eeuwigdurende erfpacht in vergelijking met de canonherziening einde tijdvak voor hem voordelig uitpakt kwalificeert evenmin als onzekerheid in verzekeringsrechtelijke zin.

4.5 Naar maatschappelijke opvattingen

39. In lijn met het Primair Besluit van DNB is de Gemeente van mening dat de Overstapregeling niet kwalificeert als verzekering. De Gemeente overtreedt daarmee niet de Wft door de Overstapregeling aan te bieden zonder vergunning. De Overstapregeling voldoet, zoals hiervoor toegelicht, immers niet aan alle vier vereiste kenmerken van een verzekering.
40. Bovendien, zelfs als de Overstapregeling daaraan wel zou voldoen, staat daarmee nog niet vast dat de Overstapregeling kwalificeert als verzekering. Uiteindelijk is doorslaggevend of de Overstapregeling naar maatschappelijke opvattingen als een (schade)verzekering pleegt te worden aangemerkt.²⁰ Ook daarvan is geen sprake. De Gemeente is van mening dat de Overstapregeling naar maatschappelijke opvattingen enkel kan worden aangemerkt als een alternatieve berekeningsgrondslag van de canonverplichting – zoals hiervoor toegelicht – na ommekomst van de periode gelijk aan het lopende tijdvak onder het voortdurende erfpachtrecht en niet als (schade)verzekering.

¹⁹ F.H.J. Mijnsen en K. Engel, Verzekering (Monografieën BW, deel B88), Deventer: Kluwer 2021, p. 3 en 4.

²⁰ Q&A 'Garanties in koopovereenkomsten: wel of geen verzekering', DNB, 24 december 2018 & Q&A 'Abonnementen: wel of geen verzekering?', DNB, 28 augustus 2019.

41. Dat de Overstapregeling naar maatschappelijke opvattingen niet als een (schade)verzekering pleegt te worden aangemerkt volgt bijvoorbeeld uit het feit dat, zoals Prof. Mr. W.H. van Boon aandraagt in zijn brief,²¹ het bij het verzekeringsbedrijf gangbaar is dat de geïnde premies gebruikt worden om de schadelast te financieren: het risico dat de verzekerden lopen wordt op die manier gespreid. De Gemeente bevestigt dat met de berekening van de canon voor de eeuwigdurende erfpacht geen spreiding van risico is beoogd, waardoor ook – naar de analyse van Prof. Mr. W.H. Boon – in verzekeringseconomische zin geen sprake kan zijn van een commercieel verzekeringsproduct.
42. Het is evident, zo lijkt ook SEBA stilzwijgend te onderkennen, dat de Overstapregeling bij erfpachters van een grondgebonden woning niet kwalificeert als verzekering. De Gemeente heeft bij toepassing van de Overstapregeling bij appartementen beoogd dezelfde mogelijkheid te bieden als bij grondgebonden woningen. Niet valt in te zien hoe de maatschappelijke opvattingen zouden kunnen meebrengen dat de Overstapregeling in het geval van grondgebonden woningen niet als verzekering wordt aangemerkt en in het geval van appartementen wel.

4.6 Conclusie

43. Nu geen sprake is van een overtreding, kan niet handhavend worden opgetreden.²² Een belangenafweging, zoals SEBA in randnummer 5.3 van haar Bezwaar suggereert, wat daar ook van zij, biedt geen grondslag voor handhaving. Voor het bewerkstelligen van een wijziging van het erfpachtstelsel of het stelsel van consumentenbescherming in dit kader, is een handhavingsprocedure niet de geëigende procedure.

5 VERZOEK

Gelet op voorgaande onderschrijft de Gemeente de conclusie van DNB en stelt de Gemeente zich met de DNB op het standpunt dat geen sprake is van een overtreding zoals naar voren gebracht in het Handhavingsverzoek. De Gemeente verzoekt DNB na heroverweging, het Primair Besluit in stand te laten en het Handhavingsverzoek af te wijzen.

²¹ Bijlage 2 bij het Handhavingsverzoek, p. 8.

²² Art. 5:2 jo. 5:1 Awb.

Hoogachtend,



NautaDutilh N.V.

D.J.L. van Ee / R.H. Twarie / M.C.C. von Meijenfeldt