

Vergaderjaar 2017–2018

34 842

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars (Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 19 mei 2017 en het nader rapport d.d. 22 november 2017, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 4 januari 2017, no. 2016002321, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars, met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in uitbreiding van het instrumentarium voor de afwikkeling van verzekeraars. Daartoe wordt een nieuw hoofdstuk opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Daarnaast wordt voorzien in enkele nadere bepalingen in de Faillissementswet (Fw) om de faillissementsprocedure beter toe te snijden op verzekeraars. De belangrijkste vernieuwing die het voorstel biedt, is de introductie van ontwikkelingsplannen, zodat ingeval de verzekeraar faalt de afwikkeling daarvan op een beheerste wijze kan plaatsvinden.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over het instrument ontwikkelingsplan en over de voorwaarden voor toepassing van het ontwikkelingsinstrumentarium in het licht van het Europese recht. De toepassing van het instrument ontwikkelingsplan heeft mogelijk consequenties voor de eigendomsrechten van verzekeraars, zoals beschermd door artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM. Daarom dienen de aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de ontwikkelingsplannen dragend te worden gemotiveerd en dient het voorstel zo nodig op dit punt

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

te worden aangevuld. Verder kunnen bij een afwikkeling de rechten van aandeelhouders worden doorbroken. Vooralnog bestaan onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat het toepassingsbereik van de afwikkelingsinstrumenten in overeenstemming met het Unierecht is. Gelet op het ontbreken van een Europeesrechtelijk kader voor afwikkeling van verzekeraars en de jurisprudentie van het Hof van Justitie adviseert de Afdeling om het wetsvoorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat over dit wetsvoorstel met de Europese Commissie in overleg is getreden. Bovendien acht zij op onderdelen een aanvulling van de motivering en aanpassing van het voorstel aangewezen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 januari 2017, nr. 2016002321, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 mei 2017, nr. W06.16.0444/III, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over het instrument afwikkelingsplan en over de voorwaarden voor toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium in het licht van het Europese recht. De toepassing van het instrument afwikkelingsplan heeft mogelijk consequenties voor de eigendomsrechten van verzekeraars, zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarom dienen de aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de afwikkelingsplannen volgens de Afdeling dragend te worden gemotiveerd en dient het voorstel zo nodig op dit punt te worden aangevuld. Verder kunnen bij een afwikkeling de rechten van aandeelhouders worden doorbroken. Vooralnog bestaan onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat het toepassingsbereik van de afwikkelingsinstrumenten in overeenstemming met het Unierecht is, aldus de Afdeling. Bovendien acht zij op onderdelen een aanvulling van de motivering en aanpassing van het voorstel aangewezen.

Hieronder zal de volgorde van de opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert, worden aangehouden.

Inleiding

De financiële crisis heeft aangetoond dat er een tekort aan adequate instrumenten bestond om doeltreffend te kunnen omgaan met zwakke of falende banken. Het nieuwe Europese herstel- en afwikkelingskader dat in 2015 voor banken en beleggingsinstellingen is vastgesteld (hierna: BRRD)² voorziet inmiddels in een afwikkelingsinstrumentarium.

De financiële crisis maakte zichtbaar dat ook verzekeraars een systeemkritische rol in het financiële stelsel kunnen vervullen; als onderdeel van financiële conglomeraten, maar ook door bijvoorbeeld belegging van

² Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014, L 225, blz. 1), en Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PB 2014, L 173, blz. 190), zoals geïmplementeerd in de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Stb. 2015, 431 en 435).

premies van langlopende verzekeringen (bijv. levensverzekeringen), herverzekeringsstructuren en activiteiten op secundaire markten voor (verpakte) verzekeringen. Met name levensverzekeraars behalen thans al enige tijd, mede als gevolg van langdurige lage rentestand, lage rendementen, terwijl hoge verplichtingen uit verzekeringsovereenkomsten bestaan. Daarnaast drukken de woekerpolisaffaires op de resultaten. De schadeverzekeringssector staat eveneens onder druk. Volgens de toezichthouder, De Nederlandsche Bank (DNB), dienen verzekeraars hun verandervermogen te versterken en succesvol te innoveren, en zullen verzekeraars die daarin niet slagen, op zoek moeten naar alternatieven, bijvoorbeeld door een overname of door afbouw van de activiteiten zoals de overnames van Vivat door Anbang en van Delta Lloyd door Nationale-Nederlanden.³

Hoewel verzekeraars in veel opzichten op banken lijken, is het verzekeringsbedrijf in bepaalde opzichten wezenlijk anders dan het bankbedrijf. Zo is van zichtbare tijdsdruk die bij (dreiging van) insolventie van een bank tot een bank run kan leiden en tot redding van de instelling kan noodzaken, bij verzekeraars geen sprake. Voor verzekerden worden de gevolgen van een acute insolventie van bijvoorbeeld levensverzekeraars slechts op termijn, soms pas na jaren merkbaar. Ook kennen verzekeraars geen stelsel dat vergelijkbaar is met het depositogarantiestelsel voor banken. Bij (de dreiging van) insolventie kan grote schade optreden voor polishouders, verzekerden en begunstigden van verzekeringen (hierna: polishouders), en kunnen de maatschappelijke gevolgen groot zijn, bijvoorbeeld bij levensverzekeringen die voorzien in uitkeringen voor levensonderhoud.⁴ Zoals de toelichting vermeldt, zal in verband met de specifieke kenmerken van verzekeraars bij insolventie van een verzekeraar veelal niet zozeer het voortbestaan van de instelling, als wel het behoud van waarde van polissen (bescherming van de polishouders) van primair belang worden geacht.

Er bestaat thans naast het reguliere faillissement (dat bij verzekeraars alleen door DNB kan worden aangevraagd) een aantal bijzondere wettelijke interventieregelingen. Deze zijn echter onvoldoende consistent opgebouwd, en geven onvoldoende ruimte voor maatwerk. Het gaat om de overdrachtsregeling, de noodregeling, en de opvangregeling voor levensverzekeraars.⁵ Met de voorgestelde herordening en stroomlijning van de huidige interventieregelingen in de Wft en de Faillissementswet waarin het wetsvoorstel voorziet, wordt beoogd te komen tot een meer voorspelbaar en beter hanteerbaar kader voor ordentelijke afwikkeling of faillissement, waarbij adequaat rekening kan worden gehouden met de bijzondere kenmerken van verzekeraars en dat erop is gericht het belang van de polishouders te beschermen. Daarbij worden ook enkele knelpunten in het huidige instrumentarium aangepakt die naar voren zijn gekomen bij recente praktijkervaringen.⁶ Het voorstel heeft in dat verband vooral toegevoegde waarde door te voorzien in niet alleen het opstellen

³ DNB, jaarverslag 2016, 29 maart 2017, blz. 60.

⁴ Zoals levensverzekering, overeenkomsten van schadeverzekering betreffende uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen, toegezegd aan werknemers van de verzekeraar en hun nabestaanden.

⁵ Zie paragraaf 1 en 2 van de memorie van toelichting. De verschillende regelingen overlappen ten dele en sommige maatregelen zijn in bepaalde procedures wel, en andere niet of maar beperkt mogelijk. De opvangregeling levensverzekeraars is daarnaast niet toereikend voor grotere levensverzekeraars; terwijl die juist systeemkritisch van aard kunnen zijn. Ook is het huidige instrumentarium niet ingericht op de grote aantallen polissen en polishouders die sommige verzekeraars hebben.

⁶ Zo is het bij een regulier faillissement van een verzekeraar thans onmogelijk om voorafgaand aan de verificatievergadering uitkeringen uit levensverzekeringen te doen, ook al kunnen die noodzakelijk zijn voor levensonderhoud van de polishouder.

van crisisplannen maar ook in het opstellen van afwikkelingsplannen, zodat verzekeraars beter op crisissituaties zijn voorbereid, en in geval de verzekeraar faalt, de afwikkeling daarvan op een beheerste wijze kan plaatsvinden.

Anders dan bij banken is geen Europeesrechtelijk kader voor de afwikkeling van verzekeraars tot stand gebracht. Dit heeft gevolgen voor de mate waarin de met het wetsvoorstel geïntroduceerde instrumenten in internationale verhoudingen kunnen worden toegepast. Wel hebben de Financial Stability Board (FSB), de International Association of Insurance Supervisors (IAIS) en de Europese autoriteit voor de verzekeringssector en de bedrijfspensioensector (EIOPA) aanbevelingen opgesteld, waaraan het wetsvoorstel, naast de interventiemogelijkheden die Europeesrechtelijk voor banken zijn vastgelegd in de BRRD, inspiratie ontleent.⁷

1. Afwikkelingsplannen

Een belangrijk element van het voorstel betreft de zogenoemde afwikkelingsplannen. DNB vervult bij het voorkomen van insolventie momenteel al, mede ter uitvoering van de Europese regels voor verzekeraars (Solvency II),⁸ een centrale rol. Het voorstel bouwt daarop voort met regels inzake crisisplannen en afwikkelingsplannen. Als prudentiële toezichthouder verkrijgt DNB reeds zogenoemde «voorbereidende crisisplannen»⁹ van grote verzekeringsgroepen, waarin de verzekeraar jaarlijks vermeldt welke herstelstappen genomen kunnen worden in het geval de solvabiliteitseisen dreigen te worden doorbroken. Dit heeft een belangrijke invloed op een beheerste bedrijfsvoering en goed risicomanagement. Het wetsvoorstel codificeert deze verplichting.¹⁰ Daarnaast wordt voorgesteld dat DNB periodiek zogenoemde afwikkelingsplannen vaststelt, waarin wordt vastgelegd welke afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden toegepast kunnen worden als er sprake is van onomkeerbare financiële problemen. DNB beoordeelt zo op voorhand de afwikkelbaarheid van de verzekeraar. Indien DNB meent dat er wezenlijke belemmeringen zijn die aan een geordende afwikkeling in de weg zullen staan, stelt DNB de verzekeraar in de gelegenheid die belemmeringen naar eigen inzicht weg te nemen. Als de door de verzekeraar voorgestelde maatregelen niet voldoende zijn, kan DNB de instelling daartoe gerichte aanwijzingen geven.¹¹ De voorgestelde regeling voor afwikkelingsplannen voor verzekeraars sluiten nauw aan bij de afwikkelingsplannen die worden voorgeschreven op grond van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, en die voor verzekeraars worden voorgesteld in het kader van EIOPA, de FSB en de IAIS.

De toegevoegde waarde van het voorstel is naar het oordeel van de Afdeling niet zozeer gelegen in de herordening en vervolmaking van de bestaande afwikkelings- en faillissementsinstrumenten, maar vooral in de opdracht aan de verzekeraar om vooraf zijn bedrijfsstructuur zodanig in te richten dat, in geval de verzekeraar faalt, afwikkeling op een beheerste wijze kan plaatsvinden. Dat is van belang omdat zo verschillende onderdelen waar nodig snel van elkaar kunnen worden losgemaakt en afzonderlijk kunnen worden afgewikkeld. Ook kan onder omstandigheden

⁷ Zie memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁸ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency II).

⁹ Deze plannen worden ook voor banken voorgeschreven in artikelen 5–9 van Richtlijn 2014/59/EU en worden daar «herstelplannen» genoemd.

¹⁰ Artikel 3:288i1 Wft (nieuw).

¹¹ Artikelen 3A:81 e.v. Wft (nieuw).

wellicht worden voorkomen dat de bijzondere instrumenten van hoofdstuk 6 Wft (zoals onteigening) moeten worden ingezet ten aanzien van een gehele verzekeraar, terwijl de problematiek die aanleiding geeft tot de toepassing van die instrumenten slechts een bepaald onderdeel betreft. Verder kunnen hiermee de binnenlandse activiteiten van de buitenlandse worden gescheiden, hetgeen van belang is omdat harmonisatie van afwikkelingsinstrumenten niet heeft plaatsgevonden,¹² waardoor de effectuering van die instrumenten in internationaal verband niet is verzekerd. Afwikkelingsplannen zijn dan ook van belang om ook in de beperkte internationale regelingscontext te kunnen komen tot een beheerste afwikkeling van verzekeraars.

Tegelijkertijd moet worden onderkend dat aanwijzingen om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van een verzekeraar weg te nemen aanzienlijke invloed kunnen hebben op de bedrijfsvoering van de desbetreffende verzekeraar.

De Afdeling merkt in dit verband het volgende op.

a. Inmenging in eigendomsrecht

De toelichting gaat in op de verhouding van de in het voorstel geïntroduceerde afwikkelingsinstrumenten tot artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.¹³ Daarbij wordt evenwel geen aandacht besteed aan de verenigbaarheid van de aanwijzingen die DNB aan verzekeraars kan geven in het kader van de afwikkelbaarheid met de in deze artikelen gewaarborgde rechten.

Aanwijzingen die diep kunnen ingrijpen in de structuur en bedrijfsvoering van verzekeraars, vormen een inmenging in de eigendomsrechten van die verzekeraars. Deze inmenging kan worden aangemerkt als een regulering van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

Dit betekent dat moet worden beoordeeld of de inmenging is voorzien bij wet, of de inmenging legitieme doelstellingen in het algemeen belang heeft en of er een behoorlijk evenwicht is tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de verzekeraar («fair balance»). Kortom, voor de concreet gegeven aanwijzingen dient een legitiem doel te bestaan en de maatregel dient noodzakelijk, geschikt en proportioneel te zijn. Waar het bij de toepassing van afwikkelingsinstrumenten een afweging betreft tussen de belangen van polishouders, het voorkomen van ingrijpende maatschappelijke gevolgen en significante nadelige gevolgen voor de financiële markten en de economie enerzijds en die van aandeelhouders en andere belanghebbenden anderzijds, gaat het bij afwikkelingsplannen om een andere afweging. Dan gaat het om de afweging van enerzijds het belang van een beheerste afwikkeling in het onverhoopte geval van het falen van een verzekeraar, en anderzijds het belang van de verzekeraar bij een ongestoorde bedrijfsvoering en de wijze waarop de verzekeraar bedrijfsmatig is ingericht.

De Afdeling onderkent dat het voorstel enkele voorzieningen bevat die kunnen bijdragen aan de benodigde proportionaliteit van een aanwijzing. Zo volgt uit artikel 3A:81, vijfde lid, Wft dat DNB kan afzien van het

¹² Anders dan de coördinatie van saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures in titel IV van Solvency II.

¹³ Toelichting, paragraaf 6.

opstellen van een afwikkelingsplan indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep reeds afdoende is gewaarborgd. Daarvan zal bijvoorbeeld vaak sprake zijn bij de verzekeraars die kleiner van omvang zijn en die slechts schade verzekeren. Daarnaast bepaalt het voorgestelde artikel 3A:83, tweede en derde lid, Wft dat het primair aan de verzekeraar zelf is om maatregelen te treffen, indien DNB heeft vastgesteld dat sprake is van wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep; pas wanneer DNB van oordeel is dat de door de verzekeraar zelf voorgestelde maatregelen de belemmeringen niet in voldoende mate wegnemen, kan DNB dienaangaande een aanwijzing geven.

De Afdeling heeft in de toelichting evenwel een motivering gemist waarom de regering van oordeel is dat ook bij de aanwijzingen over de afwikkelbaarheid wordt voldaan aan de uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende voorwaarden en dat het voorstel in die zin voldoende in waarborgen voorziet om de proportionaliteit van aanwijzingen te verzekeren.¹⁴ In die afweging van belangen spelen overigens niet alleen een rol de consequenties van een aanwijzing voor de verzekeraar zelf, onder andere voor diens concurrentiepositie indien buitenlandse verzekeraars niet met (de gevolgen van) vergelijkbare maatregelen worden geconfronteerd, maar ook voor verschillende bij die verzekeraar betrokken belanghebbenden, zoals aandeelhouders, werknemers en polishouders, voor zover zij – al dan niet rechtstreeks – worden geraakt door de aanwijzing.

Voorts merkt de Afdeling in dit verband op dat de toelichting weliswaar een voorbeeld¹⁵ geeft van aanwijzingen die in dit verband kunnen worden gegeven, maar niet nader ingaat op de aard van de afzonderlijke aanwijzingen die ingevolge het vijfde lid van artikel 3A:83 Wft kunnen worden gegeven en op de aspecten die bij die afweging voor het al dan niet geven van een aanwijzing zullen moeten worden betrokken.

De Afdeling adviseert in de toelichting de aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de afwikkelingsplannen dragend te motiveren in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, en zo nodig het voorstel op dit punt aan te vullen.

b. Rechtsbescherming

De besluiten van DNB waarin belemmeringen voor de afwikkelbaarheid worden vastgesteld, die van de beoordeling van voorgestelde maatregelen om die belemmeringen weg te nemen en de eventuele aanwijzingen daarover, zijn bedoeld om de verzekeraar te bewegen, en zo nodig te dwingen wijzigingen in de structuur of bedrijfsvoering aan te brengen. Blijkens de toelichting staan de normale bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open tegen dergelijke besluiten.¹⁶ Deze rechtsmiddelen schorsen de werking van dergelijke besluiten niet.¹⁷ Vanwege het ingrijpende en mogelijk onomkeerbare karakter van de te treffen maatregelen kan het aangewezen zijn dat bezwaar en beroep tegen deze besluiten automatisch schorsende werking heeft.¹⁸ In het algemeen zal ook geen sprake zijn van

¹⁴ Overigens mist de Afdeling in paragraaf 7 van het algemeen deel van de toelichting, over de verhouding tot het Unierecht, ook een toets aan het proportionaliteitscriterium.

¹⁵ Paragraaf 3, onderdeel b.

¹⁶ Paragraaf 3, onderdeel d.

¹⁷ Artikel 6:16 van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁸ Daarbij kan bijvoorbeeld aangesloten worden bij artikel 35 van de Wet toezicht Trustkantoren, of artikel 48h of 48r van de Wet toezicht effectenverkeer 1995.

spoedeisendheid bij de uitvoering van deze besluiten; de toelichting maakt daar ook geen vermelding van.

De Afdeling adviseert de voor- en nadelen van automatische schorsende werking van bezwaar en beroep nader af te wegen, daar in de toelichting op in te gaan en, indien nodig, het voorstel aan te passen.

1. Afwikkelingsplannen

a. Inmenging in eigendomsrecht

De Afdeling maakt een opmerking over de bevoegdheid van DNB om aanwijzingen te geven die belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van een verzekeraar moeten wegnemen. Zij mist blijkens haar advies een motivering waarom de regering van oordeel is dat wordt voldaan aan de uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende voorwaarden en dat het voorstel in die zin voldoende voorziet in waarborgen om de proportionaliteit van aanwijzingen te verzekeren.

Allereerst is het van belang om te benadrukken dat het geven van een aanwijzing aan een verzekeraar of verzekeringsgroep om wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen pas wordt ingezet nadat die de verzekeraar of verzekeringsgroep eerst zelf in de gelegenheid is gesteld eventuele belemmeringen weg te nemen. Indien DNB bij het opstellen van het afwikkelingsplan¹⁹ vaststelt dat er bij de verzekeraar of verzekeringsgroep wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid bestaan, is het de verantwoordelijkheid van de verzekeraar of groep om deze weg te nemen. DNB zal de verzekeraar of groep hiervoor een redelijke termijn moeten gunnen. Naarmate wezenlijke aanpassingen meer geleidelijk kunnen worden doorgevoerd, zullen deze naar verwachting minder kostbaar worden en minder ingrijpen in de bedrijfsvoering.

In dit verband kan enerzijds worden opgemerkt dat op basis van de richtlijn financiële conglomeraten²⁰ strikt genomen op dit moment al is bepaald dat een financieel conglomeraat²¹, kort gezegd, moet kunnen worden afgewikkeld en dat onderdelen moeten kunnen worden afgestoten. Voor verzekeraars die tot een dergelijk conglomeraat behoren, mag daarom worden verwacht dat het opstellen van een afwikkelingsplan niet leidt tot ingrijpende wijzigingen in de structuur van het conglomeraat en de ondernemingen die daarvan onderdeel zijn.²² Immers, zij zouden reeds afwikkelbaar moeten zijn. Dit geldt voor Nederlandse financiële conglomeraten en voor onderdelen in Nederland van conglomeraten uit andere lidstaten.²³ Anderzijds mag worden verwacht dat voor kleinere verzekeraars geldt dat de aanwezigheid van wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid minder in de rede ligt, eenvoudigweg omdat dat

¹⁹ Waarbij DNB kan afzien van het opstellen van een plan indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid afdoende is gewaarborgd. Daarnaast wordt voor verzekeraars met een beperkte risico-omvang geen afwikkelingsplan opgesteld.

²⁰ Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2002, L 35).

²¹ Een financieel conglomeraat (fico) is een groep van een zekere omvang waarvan ten minste een verzekeraar en ofwel een bank ofwel een beleggingsonderneming deel uitmaakt.

²² Nederlandse fico's: Achmea, Aegon, Delta Lloyd en NN.

²³ Onder meer: Ageas, Allianz, Generali en Legal and General.

de onderneming(sstructuur) minder complex zal zijn. Voor de kleine verzekeraars, waarbij afwikkeling minder in de rede ligt, geldt dat DNB kan afzien van het opstellen van een afwikkelingsplan en daarmee ook van het identificeren en laten wegnemen van eventuele belemmeringen.

Mochten er desondanks bij de verzekeraar of verzekeringsgroep naar het oordeel van DNB wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid bestaan en de onderneming er zelf niet slagen de belemmeringen weg te nemen, althans daarvoor afdoende maatregelen voor te stellen, dan kan DNB een aanwijzing geven waarin zij de uitvoering van specifieke maatregelen voorschrijft. Deze aanwijzing kan een inbreuk vormen op het recht op een ongestoord genot van eigendom, zoals de Afdeling terecht opmerkt.

Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vereist artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM in de eerste plaats dat elke inbreuk op het ongestoorde genot van eigendom bij de wet voorzien en in overeenstemming met het nationale recht moet zijn. Dit nationale recht moet voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voldoende voorzienbaar zijn.²⁴ De inbreuk moet in de tweede plaats een legitiem openbaar doel van openbaar belang dienen. In de derde plaats is een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn met het daarmee nagestreefde doel. Dit vereist een evenwichtige verhouding tussen het nagestreefde doel en de bescherming van individuele rechten.

De aanwijzing waarin DNB bepaalde maatregelen van de verzekeraar of verzekeringsgroep oplegt, en voor zover nodig de naleving daarvan afdwingt, is bij wet voorzien en overeenkomstig het nationale recht. De bevoegdheid voor DNB om de aanwijzing te geven volgt immers uit het thans voorgestelde artikel 3A:83, vierde lid, van de Wet op het financieel toezicht. Hierin wordt ook bepaald welke voorwaarden zijn verbonden aan het uitoefenen van de bevoegdheid door DNB.

Zoals in de memorie van toelichting is opgemerkt, heeft toepassing van de afwikkelingsinstrumenten in de eerste plaats tot doel de belangen van polishouders van de verzekeraar te beschermen. In het verlengde hiervan wordt met afwikkeling beoogd significante maatschappelijke onrust en significante nadelige gevolgen voor de financiële markten en de economie te voorkomen. Daarmee is sprake van een legitiem doel in het openbaar belang.

Voorts zal, zoals hierboven is opgemerkt, de aanwijzing waarin DNB bepaalde maatregelen van de verzekeraar of verzekeringsgroep afdwingt, een uiterste maatregel zijn. Daarbij geldt uiteraard dat DNB proportioneel toepassing zal moeten geven aan haar bevoegdheden. Mocht DNB besluiten tot het geven van een aanwijzing om belemmeringen weg te nemen, dan zal dit altijd het resultaat zijn van een zorgvuldige belangenafweging. Daarbij zal het belang om de vermeende belemmering weg te laten nemen en zo de afwikkelbaarheid te vergroten, moeten worden afgewogen tegen de gerechtvaardigde belangen van onderneming om niet met onevenredige lasten te worden geconfronteerd. Het kan niet zo zijn dat de verzekeraar door de aanwijzing van DNB onevenredig belemmerd wordt in de mogelijkheid naar eigen inzicht het bedrijf uit te oefenen. Anderzijds kan met het wegnemen van wezenlijke belemmeringen worden voorkomen dat een verzekeraar of verzekeringsgroep op

²⁴ Arresten van 25 juni 1996 inzake Amuur tegen Frankrijk, nr. 19776/92, par. 50 en 9 november 1999 inzake Spacek tegen Tsjechië, nr. 26449/95, par. 54; www.echr.coe.int.

het moment dat deze faalt niet afwikkelaar is, of beter gezegd, dat de afwikkelingsinstrumenten die DNB ter beschikking staan niet op de verzekeraar of verzekeringsgroep toepasbaar zouden zijn. Dit zou afbreuk doen aan het eerder genoemde openbaar belang.

Uit het voorgaande volgt naar mijn oordeel dan ook dat bij eventuele maatregelen die dienen te verzekeren dat verzekeraars en verzekeringsgroepen afwikkelaar zijn, wordt voldaan aan de uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende voorwaarden alsmede dat het voorstel in de benodigde waarborgen voorziet om de proportionaliteit van aanwijzingen te verzekeren.

De toelichting is dienovereenkomstig aangevuld.

b. Rechtsbescherming

De Afdeling merkt over de besluiten van DNB ten aanzien van de afwikkelaarheid van de verzekeraar – waaronder ook het besluit om een aanwijzing te geven om belemmeringen weg te nemen – dat daartegen de normale bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan. De Afdeling wijst er op dat vanwege het ingrijpende en mogelijk onomkeerbare karakter van alle te treffen maatregelen het aangewezen kan zijn om in de wet te voorzien in de schorsende werking van dat bezwaar en beroep. De Afdeling adviseert de voor- en nadelen van van rechtswege schorsende werking af te wegen en daar in de toelichting op in te gaan.

Zoals de Afdeling opmerkt zal dat in het openbaar geen sprake zijn van spoedeisendheid van de uitvoering van besluiten ten aanzien van de afwikkelaarheid van een verzekeraar of verzekeringsgroep. Het betreft immers besluiten in de voorbereidingsfase waarin van (acute) financiële problemen bij de onderneming geen sprake zal zijn. Tevens wijst de Afdeling er terecht op dat mogelijkterwijs sprake is van besluiten met een ingrijpend en onomkeerbaar karakter, met name wanneer deze besluiten raken aan de structuur van de onderneming. In dat licht zou van rechtswege schorsende werking van bezwaar en beroep tegen dergelijke besluiten het voordeel kunnen hebben dat geen onomkeerbare maatregelen worden genomen voordat de rechtmatigheid van dergelijke besluiten in hoogste instantie door de rechter is vastgesteld.

Daartegenover staat dat een doorbreking van de normale bestuursrechtelijke procedure een bijzondere motivering behoeft. Het feit dat sprake is van ingrijpende en mogelijk onomkeerbare gevolgen is in zichzelf daarvoor onvoldoende. Immers, op grond van artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht kan te allen tijde aan de voorzieningenrechter het verzoek worden gedaan om als voorlopige voorziening hangende bezwaar en beroep het besluit van DNB te schorsen. De criteria voor het toewijzen van een dergelijk verzoek sluiten daarbij aan bij de redenen die door de Afdeling worden aangedragen voor van rechtswege schorsing. Het moet bij toewijzing van de voorlopige voorziening gaan om onverwijlde spoed. Met andere woorden, er moet niet gewacht kunnen worden op de afhandeling van het geschil in de hoofdzaak, en er moet sprake zijn van de onmogelijkheid om de eventuele gevolgen van de uitvoering van het besluit te herstellen. Er is dus voor een verzekeraar die wordt geconfronteerd met een ingrijpend besluit van DNB tot het opleggen van een aanwijzing om belemmeringen in de afwikkelaarheid weg te nemen al een mogelijkheid om een dergelijk besluit te laten schorsen teneinde eerst een definitief oordeel van de (hoogste) rechter te krijgen. In het wetsvoorstel is in artikel 3A:136 bepaald dat de rechter bij een verzoek om een voorlopig voorziening die (mede) strekt tot

opshorting van de uitvoering uitgaat van het rechtsvermoeden dat toekenning indruist tegen het algemeen belang. Dit artikel ziet echter nadrukkelijk niet op besluiten in de voorbereidingsfase, waaronder begrepen besluiten ter zake van het wegnemen van belemmeringen voor afwikkeling.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat niet alle aanwijzingen die DNB op grond van de genoemde bevoegdheid kan geven per definitie onomkeerbaar zullen zijn. Zij behoeven ook niet per definitie de structuur van de onderneming te raken. Denkbaar is bijvoorbeeld dat DNB verlangt dat dienstverlening tussen onderdelen van een groep wordt geformaliseerd in zogenoemde *service level agreements*, om bij separatie van een groep in afwikkeling continuïteit van dienstverlening te garanderen. Een dergelijk eis is noch onomkeerbaar, noch is zij dusdanig ingrijpend dat van rechtswege schorsende werking zou moeten worden geïntroduceerd voor het geval dat de verzekeraar zich tegen het besluit zou willen verzetten.

In het licht van het bovenstaande wordt afgezien van het introduceren van schorsende werking van rechtswege. De memorie van toelichting is aangevuld.

2. Voorwaarden voor besluit tot afwikkeling

Algemeen

In het voorgestelde artikel 3A:84 Wft zijn de doelstellingen voor het toepassen van de afwikkelingsinstrumenten opgesomd: bescherming van polishouders, het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen, het voorkomen van significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie, of het voorkomen van de inzet van staatssteun. Een besluit tot afwikkeling wordt ingevolge artikel 3A:85 Wft genomen indien de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen en niet te verwachten is dat met alternatieve maatregelen falen kan worden voorkomen, terwijl de afwikkeling in het algemeen belang is. Indien aan deze cumulatief gestelde voorwaarden is voldaan, moet een besluit tot afwikkeling worden genomen. Een «algemeen belang» is ingevolge artikel 3A:85, derde lid, Wft aanwezig wanneer afwikkeling noodzakelijk is om één of meer van de doelstellingen van artikel 3A:84 Wft te bereiken en dit via faillissement niet of niet in dezelfde mate mogelijk is. Indien niet aan de voorwaarden voor het toepassen van afwikkelingsinstrumenten wordt voldaan, kunnen de afwikkelingsinstrumenten niet worden toegepast²⁵ en is het aan DNB om het faillissement aan te vragen.

Het tijdstip waarop DNB de instrumenten kan toepassen is voor afwikkeling en faillissement gelijk: het moment waarop de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen en het redelijkerwijs niet valt te verwachten dat alternatieve maatregelen binnen een afzienbaar tijdsbestek het falen zouden voorkomen.²⁶ Dit betekent dat DNB in die situatie voor de keuze staat tussen het toepassen van het afwikkelinginstrumentarium of het in gang zetten van de faillissementsprocedure. Andere alternatieven zijn er voor DNB in die fase niet meer.

²⁵ Artikel 3A:92 Wft (nieuw).

²⁶ Artikel 3A:85, eerste lid, onderdelen a en b, Wft. Artikel 213a bis, eerste lid, van de Faillissementswet verwijst naar artikel 3A:85, eerste lid, Wft. Daarbij is van belang dat alleen DNB het faillissement van een verzekeraar kan aanvragen (artikel 213a bis, derde lid, van de Faillissementswet).

De Afdeling gaat hierna in op de verhouding van de afwikkelingsinstrumenten tot het Unierecht en op het afwegingskader voor de toepassing van die instrumenten.

a. De verhouding tot het Unierecht

Het Unierecht biedt minimumbescherming van aandeelhouders en crediteuren ten aanzien van het kapitaal van vennootschappen. Deze bescherming strekt zich uit tot de aandeelhouders van verzekeraars voor zover zij in de vorm van een vennootschap zijn opgericht.²⁷ Met de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden worden de rechten van aandeelhouders en de vergadering van aandeelhouders doorbroken.²⁸ In het bijzonder wijst de Afdeling in dit verband op het instrument van «bail-in», waarbij DNB zonder instemming van de aandeelhouders het bedrag van de uitgegeven eigendomsinstrumenten kan verminderen of deze instrumenten kan intrekken, alsmede nieuwe eigendomsinstrumenten kan uitgeven (hetgeen leidt tot verwatering van de aandelen).²⁹

In de vennootschapsrichtlijn ontbreekt een uitzondering op de minimumbescherming van aandeelhouders bij sanering of faillissement. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel is het bereik van deze richtlijn echter grosso modo beperkt tot situaties waarin de onderneming op een normale wijze aan het economisch verkeer deelneemt; zij betreft de normale werking van de vennootschap. Op het moment dat een bank of verzekeraar zich in een «gone concern»-situatie bevindt en om bepaalde redenen van algemeen belang wordt gesaneerd, is deze richtlijn niet meer van toepassing, aldus de toelichting.³⁰

Deze motivering overtuigt vooralsnog niet.

Ten aanzien van banken heeft het Hof van Justitie van de EU eerder geoordeeld dat de insolventie van één enkele bank geen rechtvaardiging biedt om de in vennootschapsrichtlijn neergelegde aandeelhoudersrechten te doorbreken met eenvoudige saneringsmaatregelen, ook al dienen die te verzekeren dat de vennootschap overleeft en zijn de aandeelhouders en de normale organen van de vennootschap tijdelijk van hun rechten ontheven.³¹

Recent heeft het Hof van Justitie weliswaar geoordeeld dat de bescherming van de richtlijn niet geldt voor uitzonderlijke saneringsmaatregelen die erop zijn gericht ontbinding en liquidatie van een bank te voorkomen. Deze uitzondering geldt evenwel slechts indien de maatregelen zijn getroffen in het kader van een situatie waarin de economie en het financiële stelsel van een lidstaat ernstig worden bedreigd en die maatregelen een einde beogen te maken aan een systemische bedreiging van de financiële stabiliteit van de Unie die voortvloeit uit het feit dat de betrokken vennootschap onvoldoende eigen vermogen heeft.³² Het gaat dan om méér dan de (dreigende) insolventie van één enkele bank: het moet gaan om systemische bedreiging van de financiële stabiliteit van de Unie.

²⁷ Richtlijn 2012/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 2012, L 315, blz. 74), de vennootschapsrichtlijn.

²⁸ Dit komt tot uitdrukking in het voorgestelde artikel 3A:80 Wft.

²⁹ Het voorgestelde artikel 3A:93.

³⁰ Toelichting, blz. 96 en 117.

³¹ Arrest van 12 maart 1996, C-441/93, Pafitis, EU:C:1996:92, punten 57, 58 en 59.

³² Arrest van 8 november 2016, C-41/15, Dowling, ECLI:EU:C:2016:836, m.n. punten 50, 53 en 54.

De artikelen 3A:84 en 3A:85 Wft in onderlinge samenhang gelezen kennen evenwel een ruimer toepassingsbereik dan enkel de situatie van systemische bedreiging van de stabiliteit van het financiële stelsel. De artikelen gaan niet uit van de hiervoor genoemde jurisprudentie, maar zijn geënt op de artikelen 14 en 18 van Verordening 806/2014 inzake de afwikkelingsinstrumenten ten aanzien van banken (alsmede op de eerdergenoemde initiatieven die in het kader van EIOPA, de FSB en de IAIS voor verzekeraars worden ontplooid). In dat afwikkelingskader is voor banken een doorbreking voorzien van de rechten zoals die voortvloeien uit de genoemde vennootschapsrichtlijn.³³

De Afdeling heeft begrip voor de wens om een wettelijke regeling tot afwikkeling te treffen. Zoals in de toelichting is uiteengezet, staat met name de levensverzekeringssector onder druk en is het doel van het wetsvoorstel primair het behoud van de waarde van polissen en daarmee de bescherming van de belangen van polishouders, waaronder velen met een levensverzekeringsspolis.³⁴ Evenzeer heeft de Afdeling begrip voor de keuze om daarbij aansluiting te zoeken bij het voor banken bestaande afwikkelingskader, aangezien verzekeraars in veel opzichten lijken op banken.³⁵ Een vergelijkbaar Europees afwikkelingskader voor verzekeraars ontbreekt evenwel, zodat het Unierecht niet voorziet in een uitzondering op de minimumbescherming van aandeelhouders. Weliswaar houdt het voorstel rekening met de belangen van aandeelhouders doordat afwikkelingsinstrumenten ingevolge artikel 3A:85, eerste lid, Wft pas kunnen worden ingezet als de verzekeraar faalt of zal falen en geen alternatieven meer voorhanden zijn om falen te voorkomen. Als enig alternatief voor het toepassen van afwikkelinstrumenten resteert dan faillissement. Bovendien waarborgt artikel 3A:88 Wft uitdrukkelijk dat schuldeisers door de toepassing van afwikkelingsinstrumenten geen grotere verliezen mogen lijden dan waarvan sprake zou zijn geweest bij faillissement.

Het valt echter niet met zekerheid te zeggen dat het Hof van Justitie met betrekking tot de voorgestelde afwikkelingsinstrumenten tot een vergelijkbaar oordeel komt als met betrekking tot banken en daarbij bovendien ruimte laat voor een ruimer toepassingsbereik daarvan. Naar het oordeel van de Afdeling bestaan in het licht van de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie vooralsnog onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de voorgestelde aanpak in overeenstemming is met het Unierecht.

De Afdeling acht het daarom noodzakelijk om over het voorgestelde afwikkelingskader voor verzekeraars in overleg te treden met de Europese Commissie. Daarbij zou dan tevens de totstandkoming van een Europees afwikkelingskader voor verzekeraars kunnen worden bepleit. Duidelijk is overigens dat het uiteindelijke oordeel ligt bij het Hof van Justitie.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de uitkomsten van het overleg met de Commissie alvorens het voorstel in te dienen bij de Tweede Kamer. Voorts adviseert de Afdeling, mede aan de hand van die uitkomsten, de voorwaarden voor toepassing van de afwikkelingsinstrumenten opnieuw in overweging te nemen, mede in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

³³ Zie artikel 123 van Richtlijn 2014/59/EU en artikel 45, derde lid, van richtlijn 2012/30/EU.

³⁴ Daarmee is het wetsvoorstel in lijn met de bijzondere bescherming van polishouders in geval van faillissement, zie met name overweging 127 en artikel 275 van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency II).

³⁵ Zie paragraaf 1 hiervoor.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling nog het volgende op.

b. Afwegingskader

Zoals ook de toelichting vermeldt,³⁶ is van belang dat met de voorgestelde artikelen een adequaat evenwicht wordt bereikt tussen het belang dat met de toepassing van de bijzondere afwikkelingsinstrumenten wordt gediend en de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op rechten van verschillende bij de verzekeraar betrokken partijen, in het bijzonder aandeelhouders. Met de formulering dat een besluit tot afwikkeling wordt genomen indien afwikkeling in het «algemeen belang» is, wordt, zo kan worden afgeleid uit de toelichting,³⁷ beoogd daartoe een drempel op te werpen. De faillissementsprocedure is de hoofdregel, afwikkeling door DNB is alleen aan de orde indien is voldaan aan de in artikel 3A:85 Wft neergelegde voorwaarden.

Naar het oordeel van de Afdeling dient in het voorstel en de toelichting in ieder geval zeker te worden gesteld dat de toepassing van deze bijzondere afwikkelingsinstrumenten slechts in uitzonderlijke omstandigheden plaatsvindt als daartoe een dringende noodzaak bestaat, gelet op de grote maatschappelijke gevolgen, de stabiliteit van de financiële markten of de economie. Dit vergt een stelsel dat voorziet in strikte waarborgen en voorwaarden om te bewerkstelligen dat van geval tot geval een adequate afweging wordt gemaakt tussen de inbreuk op aandeelhoudersrechten en de belangen die met de toepassing van het afwikkelingsinstrument worden behartigd. De Afdeling is er nog niet van overtuigd dat in de voorgestelde artikelen 3A:84 en 3A:85 Wft een voldoende uitbalanceerd stelsel wordt bereikt.

De Afdeling wijst in dit verband in het bijzonder op het volgende:

- 1°. De drempel voor het voldoen aan het «algemeen belang»-criterium is relatief laag, nu het voorstel bepaalt dat de enkele omstandigheid dat afwikkeling voor polishouders beter uitpakt dan faillissement reeds voldoende is om tot de toepassing van afwikkelingsinstrumenten te besluiten. Tegen deze achtergrond vraagt de Afdeling of het belang van de bescherming van polishouders op zichzelf voldoende rechtvaardiging vormt voor de toepassing van afwikkelingsinstrumenten, of dat het in de rede ligt om aanvullende voorwaarden te stellen waaraan tevens moet zijn voldaan, om zo meer recht te doen aan het onconventionele en ingrijpende karakter van de bijzondere afwikkelingsinstrumenten ten opzichte van het faillissement.*
- 2°. Het dwingende karakter van het afwegingskader in het voorgestelde artikel 3A:85, eerste lid, aanhef, Wft leidt ertoe dat de toezichthouder niet de mogelijkheid heeft om in een concreet geval, binnen de gestelde randvoorwaarden, de relevante betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. Ook kan problematisch zijn dat de formulering van artikel 3A:85 Wft ertoe leidt dat de bijzondere afwikkelingsinstrumenten moeten worden toegepast, terwijl de Minister van Financiën overweegt een bijzondere maatregel betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel op grond van hoofdstuk 6.1 Wft (zoals onteigening) toe te passen. Indien aan de voorwaarden is voldaan, is DNB gehouden de bijzondere afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Het is volgens de Afdeling de vraag of daarmee voldoende recht gedaan kan worden aan de complexe beoordeling en afweging die in ieder concreet geval zal moeten worden gemaakt.*

³⁶ Toelichting, paragraaf 3, onder c.

³⁷ Toelichting, paragraaf 10.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het vorenstaande aan te passen.

2. Voorwaarden voor besluit tot afwikkeling

a. De verhouding tot het Unierecht

De Afdeling maakt een opmerking over de verhouding van (onderdelen van) het wetsvoorstel tot het Unierecht. Meer in het bijzonder wijst de Afdeling op de bescherming die de vennootschapsrichtlijn³⁸ biedt aan aandeelhouders en crediteuren ten aanzien van het kapitaal van vennootschappen. Deze bescherming strekt zich uit tot de aandeelhouders van verzekeraars in de vorm van een vennootschap. Met de uitoefening van bepaalde afwikkelingsbevoegdheden worden de rechten van aandeelhouders op grond van die richtlijn doorbroken, aldus de Afdeling.

De Afdeling heeft blijkens haar advies begrip voor de wens om een wettelijke regeling tot afwikkeling te treffen. Evenzeer heeft de Afdeling begrip voor de keuze om daarbij aansluiting te zoeken bij het voor banken bestaande afwikkelingskader. Een vergelijkbaar Europees afwikkelingskader voor verzekeraars ontbreekt evenwel nog, zodat het Unierecht niet voorziet in een uitzondering op de voorgeschreven bescherming van aandeelhouders. Het voorstel houdt rekening met de belangen van aandeelhouders doordat afwikkelingsinstrumenten ingevolge artikel 3A:85, eerste lid, Wft pas kunnen worden ingezet als de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen en geen alternatieven meer voorhanden zijn om falen te voorkomen. Als enig alternatief voor het toepassen van afwikkelingsinstrumenten resteert dan faillissement. Bovendien waarborgt artikel 3A:88 Wft dat schuldeisers door de toepassing van afwikkelingsinstrumenten geen grotere verliezen mogen lijden dan wanneer sprake zou zijn geweest bij faillissement. Het valt echter niet met zekerheid te zeggen dat het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de voorgestelde afwikkelingsinstrumenten ruimte laat voor uitzondering op de vennootschapsrichtlijn, zo concludeert de Afdeling.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel zoals dat aan de Afdeling was gezonden, was ten onrechte nog geen aandacht besteed aan de context die aan het onderhavige kader wordt gegeven door de inhoud van de richtlijn solvabiliteit II.³⁹ Deze richtlijn brengt op een aantal punten tot uitdrukking dat het belang van polishouders voorop moet staan en dat dit met zich mee kan brengen dat de belangen van andere belanghebbenden bij een falende verzekeraar in bepaalde gevallen kunnen wijken voor de belangen van die polishouders. Dit is in lijn met hetgeen in de overwegingen bij de richtlijn wordt genoemd als het «voornaamste doel van verzekerings- en herverzekeringsregelgeving en -toezicht» namelijk om «een adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigden te bewerkstelligen». ⁴⁰ Zo bepaalt de richtlijn solvabiliteit II in artikel 275 dat vorderingen uit hoofde van verzekeringen moeten worden bevoorrecht boven alle andere vorderingen op de verzekeringsonderneming. In artikel

³⁸ Richtlijn 2012/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 2012, L 315, blz. 74), de vennootschapsrichtlijn.

³⁹ Waarbij geldt dat nu vennootschapsrichtlijn voor alle vennootschappen geldt, en de richtlijn solvabiliteit II alleen voor vennootschappen die verzekeraars zijn, deze laatste als een *lex specialis* is te beschouwen?

⁴⁰ Overweging 16 van de richtlijn solvabiliteit II.

144, tweede lid, derde volzin, van de richtlijn wordt bepaald dat wanneer de vergunning van een verzekeraar is ingetrokken – en bij een falende verzekeraar moet de vergunning altijd worden ingetrokken – de «autoriteit van de lidstaat van herkomst [...] alle passende maatregelen [neemt] om de belangen van de verzekerden te beschermen [...]» De richtlijn draagt de autoriteiten op, na het vervallen van de vergunning van de verzekeraar, zich de belangen van polishouders nadrukkelijk aan te trekken en alle passende maatregelen te nemen om hun belangen te beschermen.

Uit beide richtlijnbevestigingen blijkt dat de rechten van andere stakeholders (zoals de aandeelhouders beschermd door de vennootschapsrichtlijn) niet absoluut zijn maar in bepaalde gevallen kunnen wijken voor de belangen van de polishouders die door de richtlijn solvabiliteit II als voornaamste belanghebbenden bij de (falende) verzekeraar worden aangemerkt.⁴¹ Daarbij geldt dat op grond van deze bepaling het bereik van de richtlijn solvabiliteit II zich uitstrekt tot voorbij de fase van *going concern* tot de fase van *gone concern*. Immers, een verzekeraar van wie de vergunning is ingetrokken bevindt zich in *gone concern* en alleen dan is de onderlinge rangorde van vorderingen op de verzekeraar van belang.

In de memorie van toelichting is reeds opgemerkt dat de bescherming die door de vennootschapsrichtlijn wordt geboden aan aandeelhouders en schuldeisers zich primair richt op vennootschappen die in een situatie van *going concern* op een normale wijze aan het economisch verkeer deelnemen en niet op een situatie van *gone concern*. Dit blijkt ook uit de overwegingen bij die richtlijn die betrekking hebben op handelingen van (organen van de vennootschap) ten aanzien van de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding, de verhoging en de vermindering van hun kapitaal.⁴² Ten aanzien van de vermindering van het kapitaal wordt de inkoop van eigen aandelen of de onverplichte uitkering aan aandeelhouders gereguleerd.⁴³ Aldus kan worden geconcludeerd dat de richtlijn regels geeft over (de interne verhouding binnen) een normaal functionerende onderneming. Dit is een situatie die doorslaggevend afwijkt van de situatie waarin een verzekeraar verkeert die aan de toepassing van afwikkelingsbesluiten wordt onderworpen; een verzekeraar die faalt of waarschijnlijk zal falen en bij afwezigheid van een regime voor afwikkeling in faillissement zal moeten worden geliquideerd. Zoals eerder opgemerkt: in faillissement komen de aandeelhouders niet de rechten uit de vennootschapsrichtlijn toe.

Daar komt bij dat de bevoegdheidsverdeling tussen de organen van een vennootschap buiten faillissement evenmin een gegeven is. Zo heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld dat de bevoegdheidsverdeling tussen de organen van een vennootschap (in casu bij wijze van onmiddellijke voorziening) kan worden gewijzigd – hierbij werd de algemene vergadering van aandeelhouders de emissiebevoegdheid ontnomen – indien de financiële situatie van de vennootschap daartoe noopt en een wijziging in die bevoegdheidsverdeling in voldoende mate rekening houdt met de belangen van de diverse partijen.⁴⁴ De bevoegdheden die in beginsel toekomen aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn aldus niet statisch.

⁴¹ Zie ook de noot van mr. Theissen onder Gerechtshof Amsterdam 04-04-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1980, *JOR* 2017/199.

⁴² Overweging 3 van de richtlijn vennootschapsrecht.

⁴³ Overweging 5 van de richtlijn vennootschapsrecht.

⁴⁴ Arrest van de Hoge Raad Inter Access ECLI:NL:HR:2011:BO7067.

De Afdeling wijst terecht op de bescherming voor aandeelhouders die reeds in het wetsvoorstel is opgenomen doordat de afwikkelingsinstrumenten slechts kunnen worden ingezet indien de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen – eveneens het wettelijk criterium voor de aanvraag van faillissement van een verzekeraar – en doordat aandeelhouders en andere schuldeisers niet in een slechtere positie mogen worden gebracht dan wanneer diezelfde verzekeraar in faillissement zou worden geliquideerd. Het voorgaande brengt met zich dat aandeelhouders en schuldeisers als gevolg van toepassing van de instrumenten in economische zin niet kunnen worden benadeeld. Immers, indien niet tot afwikkeling zou kunnen worden besloten, rest voor de verzekeraar slechts liquidatie in faillissement en de aandeelhouders en andere schuldeisers lijden in die situatie een verlies dat groter of ten hoogste gelijk is aan hun verlies in afwikkeling. In economische zin wordt hun aldus in afwikkeling niets ontnomen.⁴⁵ Zie in dit verband een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat deze conclusie ondersteunt.⁴⁶ Het Hof oordeelde dat de intrekking van aandelen als bestuursrechtelijke maatregel de economische waarde van de aandelen niet vermindert wanneer de vennootschap geen activa heeft. Die situatie komt voor de aandeelhouders materieel overeen met die waarin zij in faillissement niets zouden ontvangen. Wel verliezen zij het recht door middel van stemming op de algemene vergadering invloed uit te oefenen (lees: bepaalde besluiten te blokkeren). Echter, nu zij in economische zin geen verlies lijden ten opzichte van het faillissementsscenario is de kans aanwezig dat zij die stemrechten zouden kunnen gebruiken om andere partijen zoals de polishouders die er in afwikkeling wellicht meer op vooruit zouden gaan te benadelen door faillissement af te dwingen. Dit is niet een effect dat door de vennootschapsrichtlijn wordt beoogd.

De Afdeling wijst er vervolgens op dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Pafitis oordeelde dat de insolabiliteit van één enkele bank geen rechtvaardiging biedt om de in de vennootschapsrichtlijn neergelegde aandeelhoudersrechten te doorbreken met eenvoudige saneringsmaatregelen, ook al dienen die te verzekeren dat de vennootschap overleeft.

Ik wijs er op dat in dit laatste zinsdeel een belangrijk, doorslaggevend verschil is gelegen met het doel van de afwikkeling van een verzekeraar. Het doel van afwikkeling is niet om de betreffende verzekeraar als zelfstandige onderneming te laten overleven. Het doel van de afwikkelingsmaatregelen is om de (portefeuille van) polissen van de polishouders van de verzekeraar op enigerlei wijze te continueren met het oog op een breder openbaar belang. Naar verwachting zal het voortbestaan van verzekeraar alleen bij hoge uitzondering het resultaat zijn van toepassing van het voorgestelde regime. Veeleer zal de afwikkeling van een verzekeraar bestaan uit overdracht (zo nodig na bail-in) van de portefeuilles, gevolgd door een liquidatie van de vennootschap in faillissement.

De Afdeling wijst er ten slotte op dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de bescherming van de vennootschapsrichtlijn niet geldt voor uitzonderlijke saneringsmaatregelen die erop zijn gericht ontbinding en liquidatie van een bank te voorkomen mits de maatregelen zijn getroffen bij een ernstige bedreiging voor de economie en het financiële stelsel van een lidstaat en die maatregelen een einde beogen te maken aan een systemische bedreiging van de financiële stabiliteit. De analyse van de Afdeling kan in die zin worden onderschreven dat het Hof in het

⁴⁵ Indien toepassing van een afwikkelingsinstrument onverhoopt op dit beginsel inbreuk maakt bestaat een recht op schadeloosstelling.

⁴⁶ Europees Hof voor de Rechten van de Mens 14 februari 2017, ECLI:ECHR:2017:0214JUDO003648007,36480/07, JOR 2017/155.

genoemde arrest veel gewicht toekende aan de bedreiging van de financiële stabiliteit in de lidstaat als grond voor doorbreking van de rechten die aan de aandeelhouders toekwamen op grond van de vennootschapsrichtlijn. Dat neemt echter niet weg dat het Hof van Justitie op grond van zwaarwegende belangen de rechten van aandeelhouders uit hoofde van de vennootschapsrichtlijn beperkte, zonder dat daarvoor in die richtlijn een expliciete grond aanwezig was. Dit betekent dat een afweging tussen de belangen van aandeelhouders en andere zwaarwegende belangen ertoe kan leiden dat de rechten van de aandeelhouders worden beperkt.

Hieronder zal worden ingegaan op een ander onderdeel van het advies van de Afdeling dat raakt aan het afwegingskader voor afwikkeling. Reeds nu wordt opgemerkt dat in het advies van de Afdeling aanleiding is gezien het wetsvoorstel aan te passen door dit belang van de bescherming van polishouders te verbinden met ten minste een ander belang, namelijk het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen, significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie. Daarmee wordt nog meer tot uitdrukking gebracht dat afwikkeling van een verzekeraar een zwaarwegend openbaar belang dient waarvoor het belang van aandeelhouders in bepaalde gevallen moet wijken.

Al hetgeen hierboven in reactie op het advies van de Afdeling is opgemerkt tezamen genomen, moet leiden tot de conclusie dat er voldoende grond is aan te nemen dat het wetsvoorstel de toets van het Europees recht kan doorstaan. In reactie op de suggestie van de Afdeling om in overleg te treden met de Europese Commissie kan ik melden dat Nederland, overigens tezamen met andere lidstaten, in nauw overleg is met de Europese Commissie over een Europees raamwerk voor herstel en afwikkeling van verzekeraars. Daarbij is het voornaamste doel om te komen tot Europese harmonisatie van een dergelijk raamwerk. Aangezien uitsluitend het Hof van Justitie een finaal oordeel kan vellen over de verenigbaarheid van het onderhavige voorstel met de vennootschapsrichtlijn, zie ik geen aanleiding de Europese Commissie te verzoeken om een formele opinie.

De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld.

b. Afwegingskader

De Afdeling maakt ten aanzien van de voorwaarden om tot afwikkeling van een verzekeraar over te gaan, twee opmerkingen. Naar het oordeel van de Afdeling dient in het voorstel en in de toelichting in ieder geval te worden verzekerd dat de toepassing van deze bijzondere afwikkelingsinstrumenten slechts in uitzonderlijke omstandigheden plaatsvindt als daartoe een dringende noodzaak bestaat, gelet op de grote maatschappelijke gevolgen, de stabiliteit van de financiële markten of de economie. Dit vergt een wettelijke regeling die voorziet in strikte waarborgen en voorwaarden om te bewerkstelligen dat per geval een adequate afweging wordt gemaakt tussen de inbreuk op aandeelhoudersrechten en de belangen die met de toepassing van het afwikkelingsinstrument worden behartigd. De Afdeling is er nog niet van overtuigd dat in de voorgestelde artikelen 3A:84 en 3A:85 Wft een voldoende uitgebalanceerd kader wordt bereikt.

De Afdeling merkt daarover het volgende op. De drempel voor het voldoen aan het openbaar belang-criterium is relatief laag, aldus de Afdeling. Het voorstel bepaalt dat de enkele omstandigheid dat afwikkeling voor polishouders beter uitpakt dan faillissement reeds voldoende

is om tot de toepassing afwikkeling te besluiten. Tegen deze achtergrond vraagt de Afdeling of het belang van de bescherming van polishouders op zichzelf voldoende rechtvaardiging vormt voor de toepassing van afwikkelingsinstrumenten, of dat het in de rede ligt om aanvullende voorwaarden te stellen waaraan tevens moet zijn voldaan, om zo meer recht te doen aan het onconventionele en ingrijpende karakter van de bijzondere afwikkelingsinstrumenten ten opzichte van faillissement. Het dwingende karakter van het afwegingskader in het voorgestelde artikel 3A:85, eerste lid, aanhef, Wft leidt ertoe dat de toezichthouder niet de mogelijkheid heeft om in een concreet geval, binnen de gestelde randvoorwaarden, de relevante belangen tegen elkaar af te wegen. Indien aan de voorwaarden is voldaan, is DNB gehouden de bijzondere afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Het is volgens de Afdeling de vraag of daarmee voldoende recht gedaan kan worden aan de complexe beoordeling en afweging die in ieder concreet geval zal moeten worden gemaakt. De Afdeling wijst in haar opmerkingen enerzijds op de invulling van het vereiste dat de afwikkeling van een verzekeraar in het openbaar belang dient te zijn⁴⁷ en anderzijds op het feit dat DNB tot afwikkeling moet overgaan, indien aan de voorwaarden uit artikel 3A:85, eerste lid, is voldaan: de verzekeraar faalt of zal waarschijnlijk falen, er is geen privaat alternatief en afwikkeling is in het openbaar belang. Ik begrijp de opmerkingen van de Afdeling aldus dat zij van oordeel is dat niet lichtvaardig tot toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium moet worden overgegaan. Ik deel dat oordeel. Afwikkeling van een verzekeraar is een ingrijpend proces dat uitsluitend aan de orde is indien een overwegend openbaar belang daartoe aanleiding geeft. Op grond het voorstel zoals aan de Afdeling voorgelegd kon DNB overgaan tot afwikkeling van een verzekeraar indien een beperkte groep polishouders een beperkt voordeel zou behalen van afwikkeling boven liquidatie van de verzekeraar in faillissement. Ik deel het oordeel van de Afdeling dat die drempel te laag was.

De opmerking heeft daarom aanleiding gegeven tot aanpassing van het voorstel op dit punt. Thans wordt bepaald dat afwikkeling in het openbaar belang is indien het doel van bescherming van polishouders tezamen met een ander doel genoemd in artikel 3A:84 (te weten het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen of significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie) in afwikkeling beter kan worden bereikt dat bij liquidatie in faillissement. Hieruit volgt dat bij de beoordeling in hoeverre afwikkeling aan de orde is of «kan worden volstaan» met faillissement breder dient te worden gekeken dan enkel naar het belang van (een in theorie zeer kleine groep) polishouders. Bij de beoordeling of sprake zal zijn van het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen of significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie zijn verschillende factoren van belang. Het betreft de schaal van de activiteiten van de verzekeraar (hoeveel polishouders worden geraakt), het type verzekering (een inkomens- of kapitaalverzekering of een «eenvoudige» schadeverzekering) en bijvoorbeeld de vervangbaarheid van de verzekeringsovereenkomst op de markt (betreft het gangbare polissen of een nichemarkt). Deze opsomming van factoren is overigens niet uitputtend bedoeld. Er zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld wat de mogelijke gevolgen van het falen van de verzekeraar zijn.

In de tweede plaats heeft de Afdeling opgemerkt dat «het dwingende karakter van het afwegingskader in het voorgestelde artikel 3A:85, eerste lid, aanhef, Wft ertoe [leidt] dat de toezichthouder niet de mogelijkheid heeft om in een concreet geval, binnen de gestelde randvoorwaarden, de

⁴⁷ Artikel 3A:85, eerste lid, onderdeel c.

relevante betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. [...] Indien aan de voorwaarden is voldaan, is DNB gehouden de bijzondere afwikkelingsinstrumenten toe te passen.» Het is volgens de Afdeling de vraag of daarmee voldoende recht gedaan kan worden aan de complexe beoordeling en afweging die in ieder concreet geval zal moeten worden gemaakt.

Van belang is hierbij op te merken dat de afweging van belangen slechts geldt voor de vraag of toepassing moet worden gegeven aan het afwikkelingsinstrumentarium of dat moet worden gekozen voor liquidatie van de onderneming in faillissement. Immers de voorwaarden voor een faillissementsaanvraag van een verzekeraar zijn gelijk aan de voorwaarden voor toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium met uitsluiting van de «openbaar belang» toets. Of anders gezegd: indien de openbaar belang toets negatief uitvalt, resulteert faillissement. Dit betekent dat de genoemde afweging door DNB altijd zal moeten worden gemaakt. Het dwingend karakter van deze bepaling stelt enkel zeker dat een afweging waarbij de openbaar belang toets «positief» uitvalt, altijd leidt tot afwikkeling en niet alsnog kan resulteren in een faillissement.

Voorts volgt uit de richtlijn solvabiliteit II dat bij het niet voldoen aan de relevante kapitaaleisen en na toepassing van een in die richtlijn opgenomen interventieladder DNB uiteindelijk gehouden is de vergunning van de verzekeraar in te trekken. Ook daarbij geldt dat voor DNB geen sprake is van beleidsvrijheid. Het intrekken van de vergunning van de verzekeraar betekent dat voor de verzekeraar geen ander toekomstperspectief bestaat dan beëindiging van de bedrijfsactiviteiten op afzienbare termijn. In uitzonderlijke gevallen kan dit door de onderneming zelf maar veeleer zal afwikkeling door DNB met toepassing van de afwikkelingsinstrumenten of liquidatie in faillissement de geëigende wijze van bedrijfsbeëindiging zijn.

Het voorgaande betekent dat het facultatief maken van de toepasselijkheid van artikel 3A:85, eerste lid, aanhef, van de wet, niet betekent dat DNB meer of andere mogelijkheden krijgt om relevante belangen af te wegen. Het enige verschil is dat wanneer DNB tot het oordeel komt dat afwikkeling in het openbaar belang is, zij alsnog voor faillissement kan opteren. Dit is echter niet in overeenstemming met het doel van het voorstel. Van aanpassing van deze bepaling is om die reden afgezien.

Ten slotte heeft de Afdeling in haar advies gewezen op de bevoegdheden van de Minister ingevolge de artikelen 6:1 en 6:2 Wft om, kort gezegd, indien de financiële stabiliteit in het geding is over te gaan tot het treffen van bijzondere maatregelen bij een verzekeraar of deze zelfs te ontegenen. Daarbij vraagt de Afdeling naar de samenloop van deze bevoegdheden in het licht van het dwingende karakter van de bepalingen in deel 3A. In dit verband merk ik op dat de, zeer ingrijpende, bevoegdheden op grond van deel 6 Wft in beginsel het karakter hebben van een *ultimum remedium* en zij enkel in zeer uitzonderlijke gevallen zullen worden toegepast op een verzekeraar. Een dergelijke interventie zal het sluitstuk (moeten) zijn van een intensief traject waarin DNB als toezichthouder en afwikkelingsautoriteit een centrale rol speelt. Dit maakt dat een goede afstemming van de rollen en bevoegdheden tussen de Minister en DNB vanzelfsprekend is.

De toelichting bij het wetsvoorstel is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld.

3. Financieringsregeling

Het voorgestelde artikel 3A:138 Wft regelt dat ten behoeve van de financiering van de afwikkeling van verzekeraars bijdragen kunnen worden geheven van (de overige) verzekeraars. Ook hier neemt het wetsvoorstel de methodiek van afwikkelingsfinanciering bij banken tot uitgangspunt, waar een dergelijk financieringsfonds wordt gevuld met bijdragen van banken die door DNB worden geheven.⁴⁸

De middelen worden onder andere aangewend om uitkeringen te doen aan houders van eigendomsinstrumenten indien de toepassing van afwikkelingsinstrumenten heeft geleid tot grotere verliezen dan bij faillissement het geval zou zijn geweest («no creditor worse off»-beginsel). De financieringsregeling levert voorts bijdragen aan de operationele kosten ten behoeve van een effectieve toepassing van de afwikkelingsinstrumenten, en bij vergoeding van het verschil dat kan optreden indien bij faillissement de hoogte van tussentijdse uitkeringen voor levensonderhoud leidt tot lagere definitieve uitkeringen dan zonder die tussentijdse uitkeringen het geval zou zijn geweest.

Wanneer de verliezen groter zijn dan het geval zou zijn geweest in faillissement, maar ook groter zijn dan wanneer DNB andere keuzes zou hebben gemaakt bij de toepassing van de verschillende beschikbare afwikkelingsinstrumenten – of wanneer DNB daarbij «fouten» maakt⁴⁹ – is het maar de vraag of het omslaan van dergelijke kosten over verzekeraars niet onevenredig bezwarend zou zijn. Dat klemmt temeer, omdat DNB slechts beperkt aansprakelijk is voor «fouten» die bij dergelijke keuzes gemaakt worden. Daarbij komt, dat in het voorgestelde artikel 3A:138 Wft geen maximum aan de bijdrage is gesteld. In de artikelsgewijze toelichting wordt niet op artikel 3A:138 Wft ingegaan. Gelet op het vorenstaande bestaat daartoe wel aanleiding.

Voorts merkt de Afdeling op dat de financieringsregeling ook wordt toegepast voor het bijdragen aan operationele kosten ten behoeve van een effectieve toepassing van de afwikkelingsinstrumenten. Zoals de toelichting terecht stelt, kan de afwikkeling van een verzekeraar een langdurig traject zijn, van soms wel jaren.⁵⁰ Indien daarna alsnog tot een doorstart van de verzekeraar wordt besloten, kan de vraag rijzen of deze had kunnen plaatsvinden zonder de bijdragen uit de financieringsregeling. Als blijkt dat een doorstart niet had kunnen plaatsvinden zonder extra financiering, ligt het niet voor de hand dat dergelijke financiering ten laste van de andere verzekeraars komt.

De Afdeling adviseert artikel 3A:138 Wft in het licht van het vorenstaande dragend te motiveren en zo nodig aan te passen.

3. Financieringsregeling

Ten aanzien van de financieringsregeling en de doeleinden waarvoor deze op grond van het wetsvoorstel kan worden aangewend, merkt de Afdeling op dat het de vraag is of het omslaan van de kosten over verzekeraars niet onevenredig bezwarend is. Daarbij wijst de Afdeling met name op de beperkte aansprakelijkheid van DNB en het ontbreken van een maximum aan de bijdrage. Ook legt de Afdeling een verband tussen de toepassing van de financieringsregeling voor het bijdragen aan operationele kosten

⁴⁸ Voor banken geregeld in paragraaf 3a.2.7.1 Wft, artikel 3A:71 Wft.

⁴⁹ Zie paragraaf 10 van de memorie van toelichting onder «financiering»; in de consultatie wordt gesproken van «fouten» die leiden tot bovenmatige uitkeringen, te vroeg ingrijpen of een verkeerde ex ante waardering.

⁵⁰ Zie artikelsgewijze toelichting, artikel 3A:90 Wft (nieuw).

ten behoeve van een effectieve toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en een mogelijke doorstart. Zij geeft aan dat als blijkt dat een doorstart niet had kunnen plaatsvinden zonder extra financiering, het niet voor de hand ligt dat dergelijke financiering ten laste van de andere verzekeraars komt.

Een van de voornaamste lessen uit de financiële crisis is dat het niet langer de belastingbetaler is die zou moeten opdraaien voor de kosten van een financiële instelling in de problemen, maar de instelling en de sector zelf. Dit mede om de disciplinerende werking van de markt te vergroten. Dit geldt voor banken, maar ook voor verzekeraars. De kosten die bij de financiering van de afwikkeling van verzekeraars worden gemaakt, worden derhalve door (de kapitaalverschaffers van) de probleemverzekeraar zelf betaald bijvoorbeeld in de vorm van «bail-in» of bij een beroep op de financieringsregeling door de verzekeringssector. Daarnaast kan een bijdrage van de sector aan de afwikkeling van een verzekeraar worden verantwoord doordat verzekeraars ook zelf belang hebben bij een regime voor een ordentelijke afwikkeling van falende branchegenoten, waardoor wanordelijke faillissementen kunnen worden voorkomen. Dit komt het vertrouwen in de sector als geheel ten goede. In het licht van het voorgaande is het niet onredelijk om de sector hiervoor een bijdrage te vragen.

In de thans voorgestelde financieringsregeling wordt voorzien in een beperkt aantal doeleinden waarvoor de regeling kan worden ingezet en ook waarvoor de regeling expliciet niet kan worden ingezet. Hierbij verdient aandacht dat ten aanzien van de inzet van de financieringsregeling bewust een terughoudende en restrictieve benadering is gekozen. Zo is een belangrijk onderscheid met de financiering van de afwikkeling van banken dat de financieringsregeling ten behoeve van de afwikkeling van verzekeraars uitdrukkelijk niet kan worden ingezet om verliezen bij een verzekeraar te absorberen of de verzekeraar te herkapitaliseren.

Het voornaamste doeleinde waarvoor de middelen uit de financieringsregeling kunnen worden aangewend is voor de uitkering van een schade-loosstelling indien blijkt dat voor een of meerdere crediteuren de verliezen in afwikkeling groter blijken dan het geval zou zijn geweest wanneer de verzekeraar in faillissement zou zijn geliquideerd. Er is zagezegd een inbreuk gemaakt op het beginsel van NCWO.

Om deze situatie te voorkomen of in ieder geval eventuele verliezen tot een minimum te beperken, zijn in het wetsvoorstel meerdere waarborgen opgenomen.

Dit zal eraan bijdragen de noodzaak voor compensatie vanuit de financieringsregeling voor crediteuren die, blijkens een ex-post waardering, in een slechtere positie zijn komen te verkeren dan in faillissement (schending van de NCWO-grens), te voorkomen, althans het risico op een situatie waarin compensatie moet worden betaald tot een minimum te beperken.

Zo zal DNB, alvorens te besluiten tot het inzetten van een afwikkelingsinstrument, er altijd voor zorg moeten dragen dat door een onafhankelijke persoon een ex ante waardering van de activa en passiva van de entiteit wordt verricht. Op basis van deze ex ante waardering wordt een schatting gemaakt van de verliezen van crediteuren van die onderneming in de situatie dat ten aanzien van de onderneming op hetzelfde moment faillissement zou zijn uitgesproken. Daarmee wordt de NCWO-grens bepaald, hetgeen in wezen de ondergrens is van de verliezen die in afwikkeling aan crediteuren kunnen worden toegerekend. Bij algemene maatregel van bestuur zullen de uitgangspunten voor de waardering nader worden vastgelegd. Deze uitgangspunten zullen handvatten bieden om zo precies mogelijk de NCWO-grens te kunnen bepalen.

Een tweede doeleinde waarvoor de middelen uit de financieringsregeling kunnen worden aangewend, is de vergoeding aan de boedel van eventuele schade als gevolg van bovenmatige voorlopige uitkeringen bij een faillissement van een verzekeraar. Het voorstel introduceert voor de curator de mogelijkheid – en in sommige gevallen zelfs de verplichting – om voorafgaand aan de verificatie van vorderingen in faillissement en daarmee ook voorafgaand aan de uitkering van geverifieerde vorderingen reeds voorlopige uitkeringen te doen. Er bestaat hierdoor het risico dat de voorlopige uitkering hoger is dan het bedrag waarvoor de vordering wordt geverifieerd en dit bedrag niet later kan worden verrekend. Als dit het geval is leidt de boedel schade – hetgeen ten koste gaat van andere schuldeisers – en zal het verschil aan de boedel vergoed moeten worden. Daartoe kunnen middelen uit de financieringsregeling worden ingezet. Daarbij wordt aangetekend dat op grond van de kennis en de ervaring van een curator ervan worden uitgegaan dat de curator alles in het werk stelt om boedelschade te voorkomen.

De Afdeling wijst nog op de inzet van middelen uit de financieringsregeling voor de dekking van «operationele kosten». Hiermee is niet meer bedoeld dan uitvoeringslasten zoals de kosten voor de oprichting van een overbruggingsinstelling. Uitdrukkelijk is niet bedoeld om de toepassing van afwikkelingsinstrumenten in brede zin, en daarmee de afwikkeling als zodanig, te bekostigen.

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, zullen ten behoeve van de financieringsregeling bijdragen worden geheven van verzekeraars met zetel in Nederland en bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is, met uitzondering van verzekeraars met beperkte risico-omvang. Het betreft een ex post bijdrage. Anders dan voor banken betreft het een omslagstelsel en zal dus geen fonds worden gevormd. De hoogte van de individuele bijdrage wordt bepaald op basis van de omvang van de technische voorzieningen van elke verzekeraar. Grote verzekeraars zullen dan ook meer bijdragen dan kleine verzekeraars. DNB stelt de hoogte van de bijdragen vast, die moeten worden voldaan binnen een door DNB vastgestelde termijn. Er zal geen maximum aan de bijdrage worden gesteld. Uiteraard zal DNB bij het verhalen van de uitgaven uit de financieringsregeling rekening (dienen te) houden met de draagkracht van de verschillende verzekeraars. Dit kan er bijvoorbeeld in resulteren dat DNB pragmatisch omgaat met de termijnen waarin het betreffende bedrag betaald moet worden.

Op grond van hetgeen hiervoor in reactie op het advies van de Afdeling is opgemerkt rechtvaardigt de conclusie dat er goede redenen zijn waarom het omslaan van de kosten over verzekeraars niet onevenredig bezwarend zijn. Het openbaar deel van de toelichting is dienovereenkomstig aangevuld. Ook is naar aanleiding van het advies van de Afdeling een passage in de artikelsgewijze toelichting opgenomen.

4. Overige aanpassingen in het wetsvoorstel

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om vier wijzigingen van de Faillissementswet in het wetsvoorstel op te nemen. Het zijn wijzigingen die de praktische toepassing van de Faillissementswet bij een faillissement van een verzekeraar bevorderen. De eerste twee wijzigingen zijn aanvullingen op onderdelen die al waren opgenomen in de versie van het wetsvoorstel dat aan de Raad van State voor advies was voorgelegd. De laatste twee wijzigingen betreffen bestaande onderdelen van de Faillissementswet die in het faillissement van een «gewone» schuldenaar naar tevredenheid functioneren, maar in het faillissement van een verzekeraar minder goed werken. Alle wijzigingen hebben tot doel de toepasselijke

regels uit de Faillissementswet beter toe te snijden op het faillissement van een verzekeraar.

De eerste wijziging betreft de situatie waarin de curator aan een verzekerde een voorschot heeft voldaan op het bedrag dat de verzekerde uiteindelijk na verificatie zal krijgen, en vervolgens de polis wordt overgedragen aan een andere verzekeraar voordat de verificatie heeft plaatsgevonden. De wijziging geeft antwoord op de vraag waarmee de reeds voldane voorschotten moeten worden verrekend, nu de verzekerde ter zake uitkeringen na de overdracht geen vordering meer heeft op de boedel. Voorop staat dat de curator en de overnemer hierover iets kunnen overeenkomen. Voor het geval zij hierover niets zijn overeengekomen, is bepaald dat de curator de verplichting van de boedel jegens de verzekerde tot aan het tijdstip van overdracht kan verrekenen tot het beloop van hetgeen de verzekerde tot aan dat tijdstip al heeft ontvangen. Indien de curator tot aan de overdracht aan voorschotten meer heeft uitgekeerd dan hij, naar achteraf blijkt, had moeten uitkeren, heeft hij ter zake van het verschil een vordering op de overnemer, die dit bedrag in termijnen in mindering kan brengen op de uitkeringen die hij aan de verzekerde dient te voldoen.

De tweede wijziging heeft betrekking op de rang van de vordering van de verzekerde tot vergoeding van de schade die hij lijdt doordat de curator de verzekeringsovereenkomst heeft beëindigd en hij een bedrag uit de boedel ontvangt. De schade die de verzekerde lijdt bestaat eruit dat hij met het uit de boedel ontvangen bedrag doorgaans niet eenzelfde verzekering, op dezelfde voorwaarden, met een andere verzekeraar kan sluiten, terwijl hij om fiscale redenen de facto wel gedwongen zal zijn een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten. Zonder nadere bepaling is deze schadevergoedingsvordering concurrent. Voorgesteld wordt deze vordering een hogere rang te geven, namelijk tussen enerzijds de vorderingen die zijn bevoorrecht op grond van de bijzondere rangregeling die ook nu al geldt in het faillissement van een verzekeraar en de vorderingen die zijn bevoorrecht op grond van de gewone rangregeling, die is gerangschikt na de bijzondere rangregeling.

De derde wijziging heeft betrekking op de datum waarop de verificatie plaatsvindt van vorderingen uit hoofde van verzekeringen. De hoofdregel voor het faillissement van een «gewone» schuldenaar is dat vorderingen die vervallen binnen één jaar na de faillietverklaring worden behandeld alsof zij opeisbaar waren op de datum van faillietverklaring. Deze regel wordt voor het faillissement van een verzekeraar gewijzigd in die voege dat de regel ook geldt voor vorderingen uit hoofde van verzekering die vervallen na één jaar na de faillietverklaring, indien alle premies al zijn voldaan. Daarnaast bepaalt de Faillissementswet dat vorderingen die vervallen later dan één jaar na faillietverklaring worden geverifieerd voor de waarde die zij hebben op de eerste verjaardag van het faillissement. Deze regel wordt aangepast voor vorderingen die vervallen na de faillietverklaring, maar waarvoor nog niet alle premies zijn voldaan. Zij worden geverifieerd voor de waarde die zij hebben op de dag van de verificatie. Tot slot voorziet deze wijziging in het opnemen van een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur regels te kunnen geven met betrekking tot de waardering van activa en passiva in geval van een faillietverklaring van een verzekeraar.

Met de derde wijziging wordt een uitzondering gemaakt voor het faillissement van een verzekeraar op de toepassing van artikel 37 van de Faillissementswet. Dat artikel bepaalt dat, indien de overeenkomst zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, de wederpartij aan de curator kan vragen te

verklaren of deze de overeenkomst gestand wil doen. Voor het faillissement van een verzekeraar wordt een bijzondere regel voorgesteld, die erop neerkomt dat de curator ook eigener beweging, dus niet louter op verzoek van de verzekerde, kan laten weten wat hij wil. Belangrijker is dat de curator niet langer behoeft te verklaren of hij de overeenkomst gestand wil doen, maar dat hij ook kan verklaren dat de nakoming van de verzekeringsovereenkomst wordt opgeschort, in afwachting van een eventuele overdracht van de polissen. Worden de polissen overdragen, dan kan de verzekerde de opgeschorte premies alsnog voldoen en wordt de verzekeringsovereenkomst voortgezet overeenkomstig de oorspronkelijke bedoeling, los van een eventuele bail in. Worden de polissen niet overgedragen, dan is voorkomen dat de verzekerde is doorgegaan met de betaling van premies zonder dat daar iets tegenover staat.

Ten slotte is van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele technische en redactionele verbeteringen in het wetsvoorstel aan te brengen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens mijn ambtsgenoot voor Rechtsbescherming, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra