

**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)**

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**ALGEMEEN**

***§1. Inleiding***

Het wetsvoorstel strekt tot versterking en uitbreiding van het ontwikkelingskader voor verzekeraars. Zoals bekend staat met name de levensverzekeringssector onder druk. In het individuele levensverzekeringssegment daalt het premievolume al gedurende een groot aantal jaren en neemt de winstgevendheid af. Sinds 2008 daalt het premieinkomen in het individuele levenbedrijf jaarlijks met een miljard euro of meer. Deze omzetsdaling is ondermeer het gevolg van de introductie in 2008 van banksparen als alternatief voor vermogensopbouw met een vergelijkbare fiscale behandeling. De omzetsdaling is ook te wijten aan een verminderd vertrouwen van de consument in de sector, vanwege de in het verleden verkochte beleggingsverzekeringen. Tot slot worden alle levensverzekeraars, ook waar sprake is van collectieve levensverzekeringsproducten, geraakt door de langdurig lage rente. Omdat levensverzekeraars als gevolg van de lage rente, lage beleggingsrendementen behalen op nieuwe beleggingen, kunnen ze slechts lage rendementsgaranties aan klanten geven. Ook neemt de waarde van hun verplichtingen toe.

De Nederlandsche Bank (DNB) houdt prudentieel toezicht op verzekeraars. Er kan echter nimmer uitgesloten worden dat er een verzekeraar of verzekeringsgroep dusdanig in de financiële problemen komt dat afwikkeling noodzakelijk wordt. De polishouders, verzekerden en begunstigen van verzekeringen zijn er bij gebaat dat er dan daadkrachtig opgetreden wordt, zodat hun rechten zo min mogelijk worden geschaad.

Zoals ook in de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Verzekeraars<sup>1</sup> is aangegeven is het noodzakelijk om het huidige instrumentarium ten aanzien van herstel en afwikkeling van (insolvente) verzekeraars aan te passen, te versterken en uit te breiden. Het ongecontroleerd afwikkelen van een verzekeraar kan vanwege zijn maatschappelijke functie, het risico op besmettingseffecten binnen een verzekeringsgroep en het effect op het vertrouwen in verzekeraars leiden tot aanzienlijke maatschappelijke onrust.

Om de belangen van polishouders ook wanneer een verzekeraar dusdanig in de financiële problemen is dat DNB de vergunning intrekt, zo veel mogelijk te beschermen, is een effectief en efficiënt kader voor de ordentelijke afwikkeling van een verzekeraar wenselijk. Om die reden is het huidige kader tegen het licht gehouden. Daaruit is de conclusie getrokken dat het huidige instrumentarium ten aanzien van herstel en afwikkeling van (insolvente) verzekeraars niet optimaal kan functioneren in het huidige tijdsgewricht en nodig versterkt en uitgebreid dient te worden. De huidige wet- en regelgeving

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2014/15, 32 013, nr. 101.

voorziet weliswaar reeds in interventiemogelijkheden voor de toezichthouder in geval van financiële problemen. Echter, onderdelen daarvan, zoals de opvangregeling levensverzekeraars zijn inmiddels niet meer goed toepasbaar gelet op de vernieuwde Europese regels op het gebied van geoorloofde staatsteun. Daar komt bij dat de ervaringen tijdens en na de kredietcrisis hebben geleerd dat juist de grootste verzekeraars als eerste worden geraakt door een dergelijke crisis. De opvangregeling levensverzekeraars was destijds dan ook niet toepasbaar mede omdat die regeling niet toereikend is voor grotere levensverzekeraars. Ook is het huidige instrumentarium niet ingericht op de grote aantallen polishouders die verzekeraars in de huidige tijd kunnen hebben. In het nieuwe afwikkelingskader wordt daarom niet alleen rekening gehouden met de kans op financiële problemen bij een middelgrote of kleine levensverzekeraar, maar juist ook bij de grote verzekeringsgroepen. Dit kader is passend gemaakt met nieuwe staatssteunregels van de Europese Commissie.

Hierbij is inspiratie opgedaan bij de zogenoemde *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* ('Key Attributes' of KA) van de Financial Stability Board van de G20 (hierna: FSB) en de nieuwe interventiemogelijkheden die de Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) voor banken biedt.

Omdat het bankenbedrijf en verzekeringsbedrijf van elkaar verschillen, en ook binnen het verzekeringsbedrijf de verschillen groot kunnen zijn, is in dit wetsvoorstel gekozen voor verschillende mogelijkheden voor afwikkeling. Het is aan DNB om uit deze mogelijkheden de juiste te kiezen. Dit is niet alleen afhankelijk van het soort verzekeraar die in afwikkeling gaat, maar ook van de marktomstandigheden waarin die betreffende verzekeraar in afwikkeling gaat. Het gaat hier om maatwerk. Wat voorop staat is dat die onderdelen van het instrumentarium worden gebruikt waarbij de polishouder (en in het verlengde daarvan, andere begunstigen van verzekeringen) het meest gebaat zijn.

#### *Internationale context; aanbevelingen van de Financial Stability Board en EIOPA*

Alhoewel het voorliggende wetsvoorstel, anders dan bijvoorbeeld het kader voor de afwikkeling van banken, geen Europeesrechtelijke achtergrond heeft, is de internationale context wel relevant. Een aantal internationale en Europese organen heeft aanbevelingen en adviezen geschreven over de wijze waarop een kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars zou kunnen worden ingericht.

De G20 heeft de eerder genoemde KA in 2011 tijdens hun top in Cannes bekrachtigd als de internationale standaard voor resolutieregimes. In aanvulling hierop is in 2014 op verschillende onderwerpen een nadere toelichting aan de KA toegevoegd, onder andere ten aanzien van verzekeraars.

De KA geven de hoofdelementen weer die volgens de FSB nodig zijn voor een effectief resolutieregime. Het doel van een dergelijk regime is om resolutie van een verzekeraar uitvoerbaar te maken zonder ernstige systeemverstoringen en zonder belastingbetalers bloot te stellen aan verliezen, terwijl vitale economische functies worden beschermd door mechanismes die het mogelijk maken aandeelhouders en crediteuren verliezen te laten absorberen op een

manier die de hiërarchie in faillissement respecteert. Voor verzekeraars dient het resolutie regime daarnaast nog een specifiek doel te hebben, namelijk de bescherming van de polishouders. Dit betekent echter niet dat polishouders onder alle omstandigheden volledige beschermd zijn en sluit dan ook niet uit dat polishouders verliezen moeten absorberen.

Een resolutie regime voor verzekeraars moet dan ook:

- de polishouders beschermen;
- verliezen toebedelen aan de eigenaren (aandeelhouders) en crediteuren op een manier die de rangorde van vorderingen in faillissement respecteert;
- niet afhankelijk zijn van publieke middelen;
- onnodige vernietiging van waarde voorkomen, en daarom de kosten van resolutie minimaliseren;
- zorgen voor zoveel mogelijk snelheid, transparantie en voorspelbaarheid;
- mandaat creëren voor samenwerking, informatie-uitwisseling; coördinatie voor en tijdens resolutie, zowel nationaal als internationaal;
- zorgen dat bedrijven zonder overlevingskansen de markt ordentelijke kunnen verlaten;
- geloofwaardig zijn om zo marktdiscipline te versterken en prikkels te geven voor oplossingen vanuit de markt; en
- de continuïteit van belangrijke financiële diensten voor het systeem garanderen.

De FSB identificeert in haar KA dan ook twaalf elementen die zij als essentieel beschouwt voor een effectief resolutie regime. De belangrijkste aanbevelingen worden hieronder nader toegelicht. Voor een beschrijving van hoe in dit wetsvoorstel wordt tegemoetgekomen aan deze aanbevelingen wordt verwezen naar de relevante onderdelen van deze Memorie van Toelichting waarin deze staan beschreven.

Ten minste alle significante verzekeraars dienen binnen het bereik van het resolutie regime te vallen. Dit wetsvoorstel is van toepassing op alle verzekeraars die onder het prudentieel toezicht vallen van DNB en daarmee automatisch ook alle significante verzekeraars binnen Nederland.

Er moet tenminste één aangewezen bestuurlijke autoriteit zijn die verantwoordelijk is voor de uitoefening van de resolutie bevoegdheden en operationeel onafhankelijk is. Dit wetsvoorstel legt deze resolutie bevoegdheden bij DNB.

De resolutie autoriteit dient bij de uitoefening van haar bevoegdheden een aantal doelstellingen in acht te nemen waaronder het beschermen van polishouders, het vermijden van onnodige waardevernietiging en het minimaliseren van de algehele kosten van resolutie. De FSB geeft expliciet aan dat deze doelstellingen niet als een rangschikking gezien moeten worden, en dat de resolutieautoriteit afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval hierin een afweging moet maken.

Resolutie van een verzekeraar dient te beginnen wanneer deze niet langer overlevingskansen heeft of deze waarschijnlijk niet meer zal hebben. Het resolutie regime dient hiervoor heldere standaarden of indicatoren te geven die richting kunnen geven aan de beslissing om een verzekeraar in resolutie te plaatsen.

Daarnaast dient de resolutie autoriteit over een brede set aan bevoegdheden te beschikken om in te kunnen grijpen, waaronder de mogelijkheid tot bail-in. Deze bevoegdheden wordt ook in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen.

Gezien de verstrekkende bevoegdheden in een resolutie regime, dienen er enkele waarborgen te bestaan binnen een dergelijk regime. De belangrijkste hiervan is dat het *'No creditor worse off'* (NCWO) principe wordt gerespecteerd. Dit principe stelt dat een schuldeiser of aandeelhouder in resolutie niet slechter af mag zijn dan in een regulier faillissement waarin de onderneming wordt geliquideerd. Indien het NCWO principe wordt doorbroken dient er een recht op schadeloosstelling bestaan. Hiervoor wordt in dit wetsvoorstel een voorziening getroffen.

Ook dient de rangorde van schuldeisers in faillissement te worden gerespecteerd. In het geval van bail-in betekent dit dat bail-in plaatsvindt in de omgekeerde volgorde van die waarin vorderingen in faillissement op de boedel zouden worden verhaald. Dit betekent echter niet dat binnen dezelfde klasse van schuldeisers alle schuldeisers altijd gelijk behandeld moeten worden. De resolutieautoriteit dient de mogelijkheid te hebben om af te wijken van *het pari passu principe* wanneer dit tot een betere uitkomst leidt voor alle schuldeisers of eventuele bredere negatieve gevolgen van resolutie mitigeert. Een verschillende behandeling mag echter niet leiden tot een schending van het NCWO principe en ook niet tot een verschillende behandeling van polishouders met hetzelfde product of polis. Deze waarborgen worden ook in dit wetsvoorstel opgenomen.

Ook dient de zekerheidstelling voor crediteuren door een zekerheidsrecht (genoemd in punt 4 van de KA) geborgd te zijn. Hierbij beveelt de FSB aan dat het juridisch kader hiervoor helder, transparant en uitvoerbaar is zodat deze de effectieve implementatie van resolutiemaatregelen niet belemmert.

De resolutie autoriteit dient op een regelmatige basis de haalbaarheid en geloofwaardigheid van afwikkelingsstrategieën te evalueren. Indien deze niet toereikend zijn, dient de resolutie autoriteit de mogelijkheid te hebben om van de verzekeraar te eisen dat zij maatregelen treft waardoor afwikkeling wel mogelijk wordt.

Daarnaast dient er, tenminste voor alle significante verzekeraars, een doorlopend proces te bestaan voor herstel- en afwikkelingsplanning. Verzekeraars dienen over robuuste en geloofwaardige herstel- en afwikkelingsplannen te beschikken. Deze plannen moeten regelmatig en tenminste één keer per jaar worden bijgewerkt.

In dit wetsvoorstel is geregeld dat alle verzekeringsgroepen en zelfstandige verzekeraars die vallen onder de richtlijn Solvency II voorbereidende crisisplannen opstellen.<sup>2</sup> DNB stelt voor deze verzekeraars en verzekeringsgroepen afwikkelingsplannen op en evalueert deze periodiek. Invulling van deze plannen dient proportioneel te zijn. Daarnaast krijgt DNB de bevoegdheid om van deze verzekeraars aanpassingen te eisen indien zij niet goed afwikkelbaar zijn. De verzekeraars met beperkte risico-omvang vallen

---

<sup>2</sup> 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 herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2009, L 335).

niet onder dit onderdeel van het wetsvoorstel.

#### *Aanbevelingen vanuit EIOPA*

Naast de FSB heeft ook de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) aanbevelingen uitgebracht in de vorm van een opinie. Deze opinie genaamd *Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs* bevat enkele aanbevelingen specifiek gericht op het herstel en afwikkeling van verzekeraars. Deze komen voor een belangrijk deel overeen met de bovengenoemde aanbevelingen van de FSB. De relevante aanbevelingen voor dit wetsvoorstel worden hieronder nader toegelicht.

Verzekeraars, en op zijn minst de significante, dienen herstelplannen op te stellen waarin de mogelijkheden zijn geïdentificeerd waarmee de verzekeraar zijn financiële positie kan verbeteren in tijden van stress. De door de nationale wetgeving aangewezen autoriteit kan richtsnoeren uitbrengen of aanbevelingen doen voor het opstellen van deze plannen. Daarnaast stelt de daartoe bevoegde autoriteit een afwikkelingsplan op voor wanneer herstelacties niet langer toereikend zijn om de geconstateerde problemen bij een verzekeraar op te lossen. Het afwikkelingsplan dient in samenwerking met de verzekeraar te worden opgesteld. Ook dient de haalbaarheid van de afwikkelstrategieën te worden bepaald door afwikkelbaarheid van de verzekeraar te evalueren.

EIOPA beschrijft een proces van opeenvolgende fasen voordat afwikkeling overwogen dient te worden, namelijk van crisispreventie-toezicht-herstel-afwikkeling. Er dienen dan ook specifieke triggers te worden bepaald wanneer over gegaan wordt naar een volgende fase. Ook de verantwoordelijkheden van de verschillende betrokken autoriteiten dienen duidelijk aangegeven te zijn. EIOPA geeft aan dat deze triggers normaal gesproken gebaseerd zijn op een set aan financiële drempelwaarden, aangevuld met het oordeel van deskundigen om zo een bepaalde mate van flexibiliteit in te bouwen.

Een toezichthouder dient over een gevarieerde set aan maatregelen te beschikken om een verzekeraar af te kunnen wikkelen, zonder dat daarbij ernstige verstoringen van het financiële systeem op treden of belastingbetalers worden blootgesteld aan verliezen, en waarbij tegelijkertijd belangrijke economische functies worden beschermd.

Vooralsnog zijn er geen indicaties dat op Europees niveau op korte termijn een begin zal worden gemaakt met harmonisatie van de regeling van herstel en afwikkeling van verzekeraars. Dat neemt echter niet weg dat zodra daarvoor aanleiding is, zal worden gezien in hoeverre het thans voorgestelde kader aanvulling of aanpassing behoeft in het licht van Europese, of overigens uiteraard ook andere relevante ontwikkelingen.

#### **§2. Bestaand instrumentarium**

In de huidige wet bestaan ter voorkoming van een liquidatie in faillissement of ter voorbereiding van een ordelijke liquidatie in faillissement verschillende procedures naast elkaar: de overdrachtsregeling, de noodregeling - al dan niet met een overdrachtsplan - en de opvangregeling voor levensverzekeraars. Voor een deel overlappen deze procedures elkaar. Zo is een overdracht van

activa en passiva of de portefeuille niet alleen in de overdrachtsregeling en de noodregeling mogelijk, maar ook in de opvangregeling levensverzekeraars. Tegelijkertijd zijn in de ene procedure maatregelen mogelijk die in een andere procedure niet mogelijk, of slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn, zonder dat voor dat verschil goede gronden bestaan. Als voorbeeld kan worden genoemd dat in een overdrachtsplan in een noodregeling kan worden voorzien in een wijziging van de verzekering, met inbegrip van verkorting en de duur, maar dat in de noodregeling zonder overdracht en de overdracht in het kader van de opvangregeling levensverzekeraars een dergelijke wijziging van de verzekeringsovereenkomst niet mogelijk is.

Het is ongewenst dat, indien DNB bijvoorbeeld de verzekeringsovereenkomst zou willen aanpassen, zij moet kiezen voor de overdrachtsregeling, terwijl er mogelijk anderszins andere factoren bestaan op grond waarvan zij liever voor de opvangregeling levensverzekeraars had willen kiezen. Het verdient de voorkeur een unieke, alomvattende procedure in te voeren, waarbinnen DNB voor de maatregel kan kiezen die in een concreet geval het meest passend is. Dit leidt ertoe dat de bestaande procedures worden omgevormd tot een afwikkelingsinstrumentarium. Dit afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars wordt, waar mogelijk, op dezelfde leest geschoeid als het afwikkelingsinstrumentarium voor banken en beleggingsondernemingen in de artikelen 3A:27 en volgende. De overdrachtsregeling, de noodregeling en de opvangregeling voor levensverzekeraars worden afgeschaft en daarvoor in de plaats komt een ander afwikkelingsinstrumentarium en worden bepaalde bevoegdheden van de noodregeling overgeheveld naar de Faillissementswet.

#### *Overdrachtsregeling*

Met betrekking tot het afschaffen van de overdrachtsregeling wordt het volgende opgemerkt. De bestaande overdrachtsregeling voorziet in de mogelijkheid dat activa of passiva dan wel door de probleeminstelling uitgegeven aandelen worden overgedragen. DNB legt ter goedkeuring aan de rechtbank een overdrachtsplan voor. Wanneer de rechtbank het overdrachtsplan goedkeurt, gaan de daarin opgenomen activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten over. Voor de uitvoering van de overdracht kan een overdrager worden benoemd. In de regeling inzake afwikkeling van banken zijn deze overdrachtsmogelijkheden overgenomen, met het grote verschil dat DNB zelf de activa of passiva dan wel de eigendomsinstrumenten doet overgaan. Hieronder wordt nader erop ingegaan dat in de afwikkelingsregeling voor banken de overdrachtsmogelijkheden worden ingedeeld op basis van een ander criterium dan in de nu bestaande overdrachtsregeling, maar inhoudelijk is er geen verschil: de overgang kan betrekking hebben op activa of passiva dan wel door of met medewerking van de entiteit in afwikkeling uitgegeven eigendomsinstrumenten, welke kunnen overgaan op een private derde, een overbruggingsinstelling of een entiteit voor het beheer van activa of passiva. Dat is zo en blijft zo.

#### *Noodregeling*

Met betrekking tot het afschaffen van de noodregeling wordt het volgende opgemerkt. De noodregeling kent drie varianten: de saneringsvariant, de liquidatievariant, en een combinatie van beide varianten, afhankelijk van de machtiging die de rechtbank heeft verleend (art. 3:163, eerste lid, onderdelen a, b onderscheidenlijk c). In alle drie de varianten verliezen de organen van de bank of verzekeraar hun bevoegdheden geheel of grotendeels. Deze

bevoegdheden gaan over op een of meer bewindvoerders.

De toegevoegde waarde van de saneringsvariant kan reeds onder het bestaande recht worden betwijfeld. De curator in faillissement en de bewindvoerder in de noodregeling kunnen beide activa overdragen; het onderscheid tussen beide procedures is kunstmatig met dien verstande dat de curator thans nog de bevoegdheid ontbeert om wijzigingen in verzekeringsovereenkomsten aan te brengen ten behoeve van een overdracht of de duur daarvan te verkorten; nu die bevoegdheid bij dit wetsvoorstel aan de curator wordt gegeven, is er nog minder reden voor het bestaan van de noodregeling naast het faillissement.

De toegevoegde waarde van de saneringsvariant neemt na de invoering van een afwikkelingsinstrumentarium nog verder af. In de noodregeling kan de bewindvoerder de activa of passiva overdragen aan een derde. In de nu voorgestelde regeling doet DNB de activa of passiva dan wel de eigendomsinstrumenten zelf overgaan. Wat met de saneringsvariant van de noodregeling wordt beoogd, namelijk het voorkomen van een faillissement of de voorbereiding van een ordelijke liquidatie in faillissement, wordt in de nieuwe regeling bereikt met het afwikkelingsinstrumentarium. De saneringsvariant zal dan ook onvoldoende bestaansrecht hebben naast het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium.

Voorts rijst de vraag of de liquidatievariant van de noodregeling voldoende toegevoegde waarde heeft naast het faillissement. Voortschrijdend inzicht heeft ertoe geleid deze vraag ontkennend te beantwoorden. In beide procedures kan een liquidatie plaatsvinden. De verschillen tussen beide liquidaties zijn zo gering dat er geen goede gronden zijn voor het naast elkaar laten voortbestaan van deze twee procedures.

In de combinatievariant krijgt de bewindvoerder een machtiging tot zowel sanering als liquidatie. De gedachte achter deze variant is dat de bewindvoerder onderzoekt of sanering mogelijk is en zo niet, overgaat tot liquidatie. In de praktijk heeft DNB een dergelijk onderzoek reeds lang uitgevoerd. De veronderstelling dat een dergelijk onderzoek pas door de bewindvoerder wordt uitgevoerd, dan wel dat een door de bewindvoerder uitgevoerd onderzoek tot andere uitkomsten zou leiden dan een eerder door DNB uitgevoerd onderzoek, is dan ook niet realistisch. Deze variant heeft daardoor in de praktijk geen toegevoegde waarde ten opzichte van de andere twee varianten, die, zoals hierboven reeds opgemerkt, elk voor zich reeds onvoldoende bestaansrecht hebben naast het in te voeren afwikkelingsinstrumentarium en het bestaande faillissement.

De conclusie is dat het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium de noodregeling overbodig maakt. Het is evenwel niet de bedoeling om met het schrappen van de noodregeling bevoegdheden die de aan de bewindvoerder in de noodregeling wel maar aan de curator in faillissement niet zijn toegekend en die nuttig kunnen zijn, in de situatie dat een verzekeraar in faillissement wordt geliquideerd, te laten vervallen. Om die reden wordt een aantal bevoegdheden uit de noodregeling overgebracht naar de Faillissementswet. Het betreft in ieder geval de bevoegdheid van de bewindvoerder om bij overdracht van rechten en verplichtingen krachtens verzekering over te gaan tot wijziging van de verzekeringsovereenkomsten, alsmede om de duur van de verzekering te

verkorten (art. 3:195, eerste lid).<sup>3</sup>

#### *Opvangregeling levensverzekeraars*

Een van de thans geldende instrumenten om problemen bij een verzekeraar het hoofd te bieden is de zogenoemde opvangregeling levensverzekeraars.<sup>4</sup> Naar aanleiding van het faillissement van levensverzekeraar Vie d'Or in 1995<sup>5</sup> is overwogen dat de toenmalige Verzekeringskamer (nu DNB) met een snelle toetsing vooraf door de rechter de bevoegdheid zou moeten krijgen om een levensverzekeraar te dwingen zijn portefeuille over te dragen voordat de situatie dusdanig was verslechterd dat korting van de rechten van polishouders noodzakelijk werd.

DNB kan in het kader van de opvangregeling besluiten tot herverzekering door een opvanginstelling of overdracht van de portefeuille aan een opvanginstelling.<sup>6</sup> In geval van herverzekering van de portefeuille worden de verplichtingen van de levensverzekeraar uit directe verzekering geheel of gedeeltelijk herverzekerd bij een door DNB aan te wijzen opvanginstelling. In geval van overdracht van de portefeuille worden de rechten en verplichtingen van de levensverzekeraar uit directe verzekering overgedragen aan een door DNB aan te wijzen opvanginstelling. De opvanginstelling brengt daarbij het solvabiliteitskapitaalvereiste op de vereiste omvang. Voor de uitvoering van de opvangregeling wordt een bedrag beschikbaar gesteld. Dit bedrag is ten hoogste circa 134 miljoen euro per opvang en wordt gefinancierd door de sector. De opvangregeling was door de beperking van de beschikbaar te stellen middelen bedoeld om kleine en middelgrote levensverzekeraars op te vangen en biedt geen soelaas voor de grootste levensverzekeraars. Ten tijde van het ontwerpen van de regeling waren er meer kleine en middelgrote levensverzekeraars. Indertijd waren er in totaal ongeveer 100 levensverzekeraars, nu ongeveer 40. Door consolidatie in de markt is de inzetbaarheid van de regeling sterk verminderd. Bovendien is de opvangregeling beperkt tot levensverzekeraars en biedt het geen soelaas voor andere verzekeraars.

Op 10 juli 2013 heeft de Europese Commissie een nieuwe bankenmededeling gepubliceerd voor de beoordeling van steunmaatregelen vanaf 1 augustus 2013.<sup>7</sup> Deze mededeling, alhoewel vooral geënt op banken geldt evenzeer voor steun aan verzekeraars. Vanaf 1 augustus 2013 geldt dat een verzekeraar voordat staatssteun kan worden ontvangen eerst alle andere kapitaal genererende maatregelen moet uitputten, inclusief de omzetting van achtergestelde schuld. Lidstaten zullen er daarbij, voordat aan een verzekeraar steun mag worden verleend, voor moeten zorgen dat de aandeelhouders en houders van achtergesteld kapitaal voor de vereiste bijdrage zorgen. Ook mogen bedrijven niet bevoordeeld worden door de steun. Onder het nieuwe staatssteunregime mag bij een verplichte portefeuilleoverdracht of verplichte herverzekering geen solvabiliteitssteun

---

<sup>3</sup> Dit onderdeel is nog niet in het wetsvoorstel dat ter consultatie wordt aangeboden verwerkt.

<sup>4</sup> Afdeling 3.5.4. Wft.

<sup>5</sup> Nadat in 1993 de noodregeling was uitgesproken.

<sup>6</sup> Artikel 3:152 Wft.

<sup>7</sup> Mededeling van de Europese Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis ('Bankenmededeling').



worden verstrekt zonder bijvoorbeeld de volledige afschrijving van achtergestelde schuld en het aandelenkapitaal. Hierin voorziet de huidige regeling niet. Ook kan er een nieuwe concurrent in de markt ontstaan met behulp van staatssteun (opvang NV) en het is de vraag hoe de EC dit nu zal beoordelen. De EC zal kijken in hoeverre aandeelhouders, verzekeraar en polishouders die een bedrijf voeren beter af zijn dan bij een faillissement. Indien de opvang NV fungeert als afwikkelinstelling voor portefeuilles van verzekeraars die in de problemen komen, ontstaat er geen concurrent, maar dat is nu juist niet de bedoeling. De bedoeling van de opvang NV is de portefeuille uiteindelijk weer te verkopen, maar indien dat niet lukt, kan de NV voortgaan als een gewone verzekeraar.

Voorts rijst de vraag in hoeverre de opvangregeling onder het regime van de richtlijn Solvency II nog werkt. Belangrijk onderscheid tussen de richtlijn Solvency I en de richtlijn Solvency II is het feit dat de solvabiliteitsvereisten risicogeoriënteerd zijn geworden. Die vereisten worden dan ook niet langer alleen bepaald door de verzekeringstechnische risico's zoals onder de richtlijn Solvency I het geval was maar ook op beleggingsrisico's, operationele risico's en tegenpartijrisico's. Door herverzekering wordt het verzekeringstechnische risico verlaagd, de mate waarin dit risico wordt verlaagd is echter afhankelijk van de mate van risico-overdracht en wordt deels teniet gedaan door het tegenpartijrisico jegens de herverzekeraar. Per saldo zal het effect van herverzekering op de solvabiliteitsvereiste onder de richtlijn Solvency II naar verwachting minder groot zijn dan onder de richtlijn Solvency I.

De conclusie luidt dat de opvangregeling in de huidige vorm niet effectief kan zijn. Onderdelen (zoals de verplichte portefeuilleoverdracht) komen wel terug in het nieuwe afwikkelingskader zodat het gedachtegoed achter de opvangregeling, levensverzekeringsportefeuilles zo veel mogelijk continueren, wel in stand blijft.

### ***§3. Nieuwe wettelijk kader voor afwikkeling van verzekeraars***

#### ***a. Reikwijdte***

De bevoegdheden uit dit hoofdstuk zijn, kort gezegd, van toepassing op alle verzekeraars waar door DNB toezicht op wordt uitgeoefend en bepaalde andere ondernemingen binnen een groep waarvan een dergelijke verzekeraar deel uitmaakt. Dit wil onder meer zeggen dat de bevoegdheden uit dit nieuwe hoofdstuk van de Wft van toepassing zijn op levensverzekeraars, schadeverzekeraars (waaronder ook zorgverzekeraars), herverzekeraars en natura-uitvaartverzekeraars.

Dat wil overigens niet zeggen dat voor elk van deze typen verzekeraars afwikkeling op grond van dit voorstel in dezelfde mate in de rede ligt. Afwikkeling ligt, om redenen waarop hieronder nader zal worden ingegaan, in ieder geval voor levensverzekeraars meer voor de hand dan voor schadeverzekeraars. Zorgverzekeraars vormen voorts nog een bijzondere categorie waarvoor geldt dat in ieder geval ten aanzien van de basisverzekering de polishouder geen risico loopt op extra zorgkosten als gevolg van het omvallen van een zorgverzekeraar. Immers eventuele zorgkosten worden ingevolge de Zorgverzekeringswet voldaan door het Zorginstituut. Dat neemt niet weg dat ook voor schadeverzekeraars, daaronder

ook zorgverzekeraars, geldt dat niet ondenkbaar is dat afwikkeling met behulp van de in dit hoofdstuk geïntroduceerde instrumenten in bepaalde gevallen te prefereren valt boven faillissement. Dit kan voor de gehele onderneming of voor delen, bijvoorbeeld voor het deel van een schadeverzekeraar dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verzorgt. Om die reden is er voor gekozen geen onderscheid te maken tussen de branches maar het hoofdstuk op alle verzekeraars van toepassing te laten zijn.

De allerkleinste verzekeraars, schadeverzekeraars en natura-uitvaartverzekeraars die niet meer dan 12:500 euro per keer mogen verzekeren (en aan andere eisen voldoen) staan met ingang van 1 januari 2016 niet meer onder toezicht van DNB. Zij zijn om die reden ook uitgesloten van toepasselijkheid van dit kader van herstel en afwikkeling. Dit geldt niet de verzekeraars met beperkte risico-omvang die onder toezicht van DNB staan; voor hen geldt wel dat dit kader van toepassing kan zijn. Overigens zal afwikkeling van een dergelijke verzekeraar een stuk eenvoudiger zijn dan de afwikkeling van een grote verzekeraar. In het kader van de proportionaliteit wordt voorgesteld af te zien van de eis van het opstellen van een voorbereidend crisisplan en afwikkelingsplan. Alleen van verzekeringsgroepen en zelfstandige verzekeraars met de richtlijn Solvency II vergunning wordt verwacht dat ze een voorbereidend crisisplan opstellen.

Ten aanzien van het bereik van dit hoofdstuk waar het een groep betreft is aangesloten bij de reikwijdte van de richtlijn Solvency II. Ingevolge artikel 213 van die richtlijn wordt toezicht op groepsniveau uitgeoefend op levens- en schadeverzekeraars, herverzekeraars, verzekeringsholdings, gemengde financiële holdings en gemengde verzekeringsholdings. Dit volgt onder meer uit de artikelen 245 en 246 van die richtlijn.

Indien de verzekeraar deel uitmaakt van een groep strekt de reikwijdte van mogelijke afwikkeling zich tevens uit tot alle groepsleden die diensten verrichten die van kritiek belang zijn voor het uitvoeren voor het bedrijf van de verzekeraar. Denk daarbij aan bijvoorbeeld aan ICT functies, personeel dat ondergebracht is in een aparte vennootschap of dochterondernemingen die het beheer over de beleggingen voeren.

Uitgangspunt is dat de betreffende ondernemingen elk hun zetel in Nederland dienen te hebben. Indien sprake is van een internationale groep met ondernemingen in verschillende lidstaten kunnen de in dit hoofdstuk opgenomen bevoegdheden slechts worden uitgeoefend jegens in Nederland gevestigde ondernemingen.

DNB houdt thans ook toezicht op bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een derde land. De reikwijdte van dit hoofdstuk geldt aldus ook die bijkantoren. Aangezien thans reeds een vermogensscheiding voor bijkantoren wordt vereist, is het mogelijk bepaalde bevoegdheden jegens de activa of passiva 'van' dat bijkantoor uit te oefenen.

Indien sprake is van een financieel conglomeraat, een groep waarvan zowel een verzekeraar als een bank deel uitmaakt, geldt dat de bevoegdheden uit dit hoofdstuk kunnen worden toegepast op, kort gezegd, de verzekeringsonderdelen van de groep en de bevoegdheden uit hoofdstuk 3A:1 op de 'bankdelen'. Indien een entiteit valt onder het bereik van beide

hoofdstukken (bijvoorbeeld een gemengde financiële holding) en voor die entiteit in beide 'takken' aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, gaat hoofdstuk 3A:1 gelet op de communautaire achtergrond van dat hoofdstuk voor.

***b. Voorbereidingsfase (voorbereidend crisisplan, afwikkelingsplan, wegnemen van belemmeringen voor afwikkelbaarheid)***

In de kabinetsvisie op het rapport van de Commissie Verzekeraars is een aantal versterkingen en uitbreidingen aangekondigd, die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen. Deze liggen op het terrein van de voorbereidingsfase; het gaat om herstel- en afwikkelingsplanning. Een goede voorbereiding maakt dat wanneer er financiële problemen mochten ontstaan er direct maatregelen kunnen worden genomen. Het gaat daarbij om het zogenaamde voorbereidend crisisplan, plannen die de richtlijn Solvency II verzekeringsgroepen en verzekeraars, die geen onderdeel uitmaken van een verzekeringsgroep, met de richtlijn Solvency II vergunning zelf opstellen (verder in deze paragraaf geduid met verzekeraars), en het plan dat DNB met input van die betreffende verzekeraars opstelt, het afwikkelingsplan. In deze paragraaf wordt achtereenvolgens nader ingegaan op beide plannen en de daarmee samenhangende bevoegdheden van DNB.

Deze regelgeving ten behoeve van de voorbereidingsfase zal proportioneel worden toegepast. De focus zal liggen bij de grotere Solvency II verzekeringsgroepen. De verzekeraars met beperkte risico-omvang (Solvency II Basic verzekeraars) vallen buiten het bereik van de voorbereidingsfase.

*Het voorbereidend crisisplan*

Met een voorbereidend crisisplan wordt bedoeld wat op grond van de BRRD (artt. 5-9) het herstelplan is voor banken. Het principe van het herstelplan voor banken en het voorbereidend crisisplan voor verzekeraars is hetzelfde. Voor verzekeraars is er echter voor een andere term gekozen, omdat de Wft (art. 3:135 Wft) al een ander herstelplan voor verzekeraars kent. DNB kan laatstgenoemd herstelplan van een verzekeraar verlangen indien een verzekeraar niet meer aan het solvabiliteitskapitaalvereiste (SCR) voldoet. De verzekeraar geeft hierin de maatregelen aan om binnen zes maanden weer aan het solvabiliteitskapitaalvereiste te voldoen. De maatregelen die de verzekeraar kan treffen, kunnen bestaan uit verhoging van het kapitaal of verlaging van het risicoprofiel.

Het voorbereidend crisisplan dient ervoor te zorgen dat een verzekeraar in financieel gezonde tijden nadenkt over de te nemen stappen voor de situatie waarin hij de solvabiliteitsvereisten (SCR/Minimum Capital Requirement (MCR)) doorbreekt of dreigt te doorbreken. De verzekeraar zal inzicht moeten geven in welke mate er dan nog herstel mogelijkheden zijn. Het hiervoor besproken herstelplan en ook het financieel kortetermijnplan zijn aan de orde in concrete situaties waarin de verzekeraar daadwerkelijk niet meer voldoet aan de solvabiliteitsvereisten. Zij worden opgesteld op het moment dat zich al problemen voordoen en voorzien in concrete maatregelen om die problemen het hoofd te bieden. Het voorbereidend crisisplan daarentegen wordt opgesteld en jaarlijks zo nodig geactualiseerd ter voorbereiding op het ontstaan van eventuele financiële problemen. Het doel van het plan is om oplossingen aan te

reiken voor mogelijke crisissituaties voor de betrokken verzekeraar en gaat hierbij nadrukkelijk in op de financiële, operationele en juridische haalbaarheid van deze oplossingen. Bij het opstellen van het herstelplan en financieel kortetermijnplan kan vervolgens worden geprofiteerd van het voorbereidend crisisplan.

Momenteel heeft DNB reeds een algemene bevoegdheid om verzekeraars te vragen voorbereidende crisisplannen op te stellen in het kader van goed risicomanagement, op basis van de eisen voor beheerste bedrijfsvoering. De grote verzekeringsgroepen in Nederland dienen reeds enkele jaren een dergelijk plan in. Deze plannen worden jaarlijks geactualiseerd. Door de wettelijke bevoegdheid te expliciteren voor het opvragen van een voorbereidend crisisplan wordt verduidelijkt wat het plan beoogt. In die plannen zullen, naast een grondige beschrijving van de verzekeraar, de volgende elementen naar voren komen.

i) De crisisscenario's. Dit zijn de scenario's die worden uitgewerkt en die passen bij het risicoprofiel.

ii) De triggers voor activering van het voorbereidend crisisplan zoals het doorbreken van de SCR en of MCR.

iii) De identificatie van herstelmaatregelen. Voorbeelden van maatregelen zijn het verlagen van kosten, aantrekken van kapitaal, verkoop van bedrijfsonderdelen en het verlagen van het risicoprofiel.

iv) De mate van inzetbaarheid en indicatie van het financiële en operationele effect van de maatregel. De verzekeraar zal inzicht moeten geven in de verwachte opbrengst van de maatregel in termen van de solvabiliteitspositie en de tijdsduur van implementatie. Ook zal de verzekeraar vooraf een beeld moeten hebben wie er op welke wijze betrokken dient te worden. Het gaat daarbij zowel om de interne communicatielijnen en besluitvormingsprocedures als de externe communicatieplannen. Het doorbreken van het solvabiliteitkapitaalvereiste (SCR) of het minimum kapitaalvereiste (MCR) is als zodanig onder de richtlijn Solvency II richtlijn een reden om de solvabiliteitspositie extern te communiceren.

De inzichten uit het voorbereidende crisisplan zullen een impuls in de kwaliteit van de Own Risk and Solvency Assessment (ORSA) kunnen geven. Op grond van de richtlijn Solvency II dient elke verzekeraar en verzekeringsgroep een ORSA op te stellen. De ORSA is gericht op de going concern situatie. De ORSA geeft een beeld van welke kapitaalspositie (SCR) gewenst is, gelet op het risicoprofiel, de risico tolerantielimieten en de bedrijfsstrategie van de verzekeraar. In het voorbereidend crisisplan kan in aanvulling op de ORSA een beeld worden gegeven van welke maatregelen gegeven een crisis in de praktijk voor de verzekeraar nog haalbaar zijn om in te zetten op herstel van zijn SCR, wanneer hij niet meer aan zijn gewenste SCR kan voldoen. Een verzekeraar of verzekeringsgroep zou moeten inzetten op een gewenste SCR, waarbij hij bij doorbreken daarvan nog tijdig doeltreffende maatregelen kan nemen. Het doel van de ORSA is immers eveneens om inzicht te krijgen in die SCR hoogte waarbij de continuïteit van de verzekeraar of verzekeringsgroep niet in gevaar komt.

Er is mogelijk een synergie te bereiken tussen de voorbereidende crisisplannen en de EIOPA stresstest-scenario's. Mogelijkerwijs kunnen deze scenario's worden gebruikt in de crisisplannen.

#### *Het afwikkelingsplan*

Op het moment dat de financiële problemen onomkeerbaar zijn, is het wenselijk dat verzekeraars goed afwikkelbaar zijn. DNB dient daarom in beginsel voor elke Solvency II verzekeringsgroep en Solvency II verzekeraar die geen onderdeel is van een verzekeringsgroep ex ante afwikkelingsplannen op te stellen. Er wordt echter wel voorzien in een bevoegdheid voor DNB om af te zien van het opstellen van een afwikkelingsplan als dat, gelet op de specifieke kenmerken van een betreffende verzekeraar of verzekeringsgroep, onnodig wordt geacht. DNB dient er daarbij vanzelfsprekend wel in redelijkheid vanuit te kunnen gaan dat de verzekeraar ofwel afgewikkeld kan worden indien dit noodzakelijk is ofwel dat daarvoor zonder significante negatieve consequenties voor polishouders faillissement kan worden aangevraagd.

Het afwikkelingsplan beschrijft de mogelijkheden voor de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden op de verzekeraar. Het afwikkelingsplan is een essentieel onderdeel om te komen tot een doeltreffende afwikkeling. In een afwikkelingsplan wordt beschreven op welke wijze DNB van plan is een bepaalde verzekeraar of verzekeringsgroep af te wikkelen, welke instrumenten daarbij worden gebruikt en hoe, en welke belemmeringen er zijn voor afwikkeling. Daarnaast worden belangrijke kenmerken van de verzekeraar beschreven die relevant zijn bij afwikkeling; denk daarbij aan derivatencontracten of de aanwezigheid van beleggingsverzekeringen e.d. Afwikkelingsplannen dienen periodiek te worden herzien.

Op basis van de afwikkelingsplannen beoordeelt DNB de afwikkelbaarheid van de verzekeraar en kan zij de verzekeraar verplichten specifieke maatregelen te treffen om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen. Op het moment dat DNB na de voorgenoemde beoordeling wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van die verzekeraar identificeert, heeft zij de bevoegdheid om deze belemmeringen weg te laten nemen door de verzekeraar. Dit kan bijvoorbeeld door financiële, juridische en operationele verwevenheden binnen een verzekeringsgroep op voorhand in kaart te brengen en indien nodig te beperken, zodat deze niet in de weg staan aan een eventuele overdracht van onderdelen van die groep. Zo zal binnen de ICT systemen gewerkt kunnen worden met een dusdanige scheiding van processen dat het ICT systeem relatief eenvoudig gesplitst kan worden, als dit nodig is. De gedachten achter deze voorgenomen bevoegdheden zijn vooraf inzicht te krijgen in de consequenties van het afwikkelen van een verzekeraar binnen een verzekeringsgroep om zo besmetting binnen een verzekeringsgroep voor zover dat mogelijk is te beperken en de afwikkeling van een complexe groep zo efficiënt mogelijk te laten verlopen, met optimale belangenbehartiging voor alle polishouders. Dit is aanvullend op de reeds bestaande regels in de Wft die vanuit het perspectief van de verzekeraar zijn opgesteld. Op grond van de Solvency II richtlijn worden er namelijk eisen gesteld aan uitbesteding. De verzekeraar dient bijvoorbeeld een uitbestedingovereenkomst op te stellen die aan een voorgeschreven set van eisen voldoet. Deze regels gelijklopend voor uitbesteding binnen de verzekeringsgroep of uitbesteding aan een derde.

### **c. Afwikkelingsfase**

#### **Besluit tot afwikkeling en verhouding going concern SII**

Startpunt van de toepassing van de instrumenten en bevoegdheden uit dit hoofdstuk van de wet is het besluit om tot afwikkeling van de verzekeraar of groep over te gaan. Op het moment dat met betrekking tot de verzekeraar of groep in afwikkeling wordt geplaatst, wordt deze in wezen uit het normale economische verkeer en rechtsverkeer gehaald; de onderneming gaat van een situatie van *going concern* naar een situatie van *gone concern*, vergelijkbaar met faillissement. Dit betreft aldus een zeer ingrijpend besluit waarvoor de lat hoog ligt.

Vooraf is van belang te wijzen op de samenhang met de *going concern* toezichtregels die gelden voor verzekeraars ingevolge de richtlijn Solvency II. Met de implementatie van de richtlijn Solvency II geldt voor verzekeraars die zich in financiële moeilijkheden bevinden een interventieladder. Zodra sprake is van overschrijding van de zogenoemde SCR, dient de verzekeraar de toezichthouder daarvan op de hoogte te brengen. Binnen twee maanden na constatering van de overschrijding dient de verzekeraar een herstelplan aan de toezichthouder te presenteren. In beginsel geldt dat de SCR binnen zes maanden na constatering van de overschrijding weer op peil dient te zijn gebracht. Gedurende de periode van overschrijding zal de verzekeraar onder verscherpt toezicht staan.

Op het moment dat de verzekeraar over onvoldoende kapitaal beschikt om dekking van de MCR te garanderen, of het vermoeden heeft dat dit binnen drie maanden zal gebeuren, moet de toezichthouder ook hiervan op de hoogte worden gebracht. In dit geval is de verzekeraar verplicht een financieel kortetermijnplan op te stellen, waarin vermeld staat op welke wijze en binnen welke termijn weer aan de solvabiliteitseisen voldaan zal worden. Daarna moet binnen drie maanden de MCR weer op peil zijn. De toezichthouder zal maatregelen treffen indien de MCR niet of niet tijdig wordt bereikt. Het optreden van de toezichthouder is dan gericht op het treffen van maatregelen om de solvabiliteit van de betrokken verzekeraar te verbeteren. Bovendien heeft de toezichthouder de bevoegdheid om de vrije beschikking over de beleggingen te beperken. Als de toezichthouder van mening is dat het financieel kortetermijnplan onvoldoende is voor herstel, of als de verzekeraar er niet in slaagt binnen drie maanden te voldoen aan de MCR, is de toezichthouder genoodzaakt om de vergunning van de verzekeraar in te trekken.

Gelet op het feit dat deze interventieladder afkomstig is uit de richtlijn Solvency II, dient deze te worden gevolgd alvorens afwikkeling aan de orde kan zijn. Dat wil zeggen dat in beginsel niet eerder kan worden afgewikkeld dan nadat de herstelmogelijkheden en de daarbij behorende termijnen uit de richtlijn Solvency II zonder resultaat zijn uitgeput respectievelijk verstreken. Slechts indien er objectieve elementen aanwezig zijn ter ondersteuning van de vaststelling dat het noodzakelijke resultaat niet zal worden gerealiseerd binnen de gestelde termijn, kan worden overgegaan tot afwikkeling voordat de termijn is verstreken.

Naar analogie van de afwikkeling van banken is voor een besluit om tot afwikkeling van een verzekeraar over te gaan vereist dat:

1. de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen;
2. er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren; en
3. de afwikkeling van de instelling noodzakelijk is in het algemeen belang.

Ten eerste is dus vereist dat de verzekeraar «faalt of waarschijnlijk zal falen» en dus (mogelijk) failliet zou gaan als er niet wordt ingegrepen. Voor de toepassing van deze voorwaarde wordt een verzekeraar geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen in één van de volgende omstandigheden:

- de verzekeraar voldoet niet meer aan de voorwaarden waaronder hij een vergunning heeft verkregen of er zijn objectieve elementen aanwezig ter ondersteuning van de vaststelling dat de verzekeraar daar in de nabije toekomst niet meer aan zal voldoen;
- de waarde van de activa van de verzekeraar is geringer of objectieve elementen zijn aanwezig ter ondersteuning van de vaststelling dat zij in de nabije toekomst geringer zal zijn dan de waarde van de passiva;
- de verzekeraar is niet in staat of er zijn objectieve elementen aanwezig ter ondersteuning van de vaststelling dat hij in de nabije toekomst niet meer in staat zal zijn zijn schulden te betalen wanneer deze opeisbaar worden; of
- de verzekeraar heeft voor zijn voortbestaan bepaalde vormen van staatssteun nodig.

Voor het eerste criterium geldt in overwegende mate hetgeen hierboven reeds ten aanzien van de samenloop met de richtlijn Solvency II is opgemerkt. Dit criterium is dan het belangrijkste criterium voor de beantwoording van de vraag of een verzekeraar aan een voorwaarde voor afwikkeling voldoet. De richtlijn Solvency II vereist immers dat de vergunning van de verzekeraar wordt ingetrokken indien het financiële kortetermijnplan, dat wordt opgesteld indien de MCR wordt onderschreden, niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Wanneer dat aan de orde is, is daarmee per definitie voldaan aan de eerste (falen of waarschijnlijk zullen falen) voorwaarde om tot afwikkeling over te gaan. De andere criteria hebben met name betekenis voor de beantwoording van de vraag of ook tot afwikkeling van (andere entiteiten binnen) de groep moet worden overgegaan.

Alle criteria hebben deels een voorspellend, toekomstig karakter. Er wordt immers gewezen op 'objectieve elementen die de vaststelling ondersteunen dat in de nabije toekomst' bijvoorbeeld de activa geringer zullen zijn dan de passiva. Er wordt aldus verlangd dat, alhoewel in dit voorbeeld de activa nog niet geringer zijn dan de passiva, in zekere zin voorzienbaar is dat dit in de nabije toekomst wel het geval zal zijn. Hierover behoeft echter geen absolute zekerheid te bestaan, en dat is ook niet mogelijk. Een dergelijke 'garantie' kan immers bezwaarlijk worden vereist nu de toekomst per definitie ongewis is. Voldoende is dat er objectieve elementen zijn die een dergelijke vaststelling ondersteunen. Dit criterium komt in sterke mate overeen met het thans geldende criterium voor toepassing van de overdrachtsregeling, namelijk dat er tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de solvabiliteit of de technische voorzieningen van een verzekeraar. Het genoemde voorspellende element is ook bij banken aan de orde. In de nota

naar aanleiding van het verslag bij de Implementatiewet Europees Kader herstel en afwikkeling banken en beleggingsondernemingen is over de nabije toekomst opgemerkt dat de termijn in ieder geval minder dan 12 maanden bedraagt.<sup>8</sup>

Het tweede element van het afwikkelingscriterium is dat er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie tijdig en voldoende ten goede zal doen keren. Een voorbeeld van een private oplossing is een zodanige kapitaalverhoging door de bestaande aandeelhouders of een derde dat de overlevingskansen van de verzekeraar volledig worden hersteld. Overigens geldt ook voor dit element dat als het genoemde financiële kortetermijnplan niet tot het gewenste resultaat heeft geleid aan dit criterium is voldaan.

Als aan de eerste twee elementen is voldaan dient DNB te kiezen ofwel voor liquidatie ofwel voor afwikkeling op grond van dit hoofdstuk. Deze keuze is afhankelijk van het antwoord op de vraag of afwikkeling noodzakelijk is in het algemeen belang. Daarbij wordt getoetst of het ingrijpen noodzakelijk en proportioneel is, gelet op de doelstellingen van afwikkeling, en of een normale faillissementsprocedure niet tot dezelfde resultaten zou leiden. Nu bescherming van polishouders één van de doelstellingen van afwikkeling is, moet worden geconcludeerd dat tot afwikkeling kan worden overgegaan als polishouders in afwikkeling beter af zijn dan in faillissement. Dit betekent dat niet alleen bij grote verzekeraars tot afwikkeling kan worden overgegaan maar ook een kleine verzekeraar kan worden afgewikkeld mits dat in het belang is van de polishouders.

Ten slotte kan er nog op worden gewezen dat het besluit om tot afwikkeling over te gaan, een imperatief karakter heeft. Indien aan de drie genoemde voorwaarden (falen of waarschijnlijk zullen falen, geen alternatieve oplossing voorhanden en in het algemeen belang) wordt voldaan, zal DNB tot afwikkeling moeten overgaan. Het staat DNB dus niet vrij de situatie 'nog even aan te kijken'.

Uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of tot afwikkeling moet worden overgegaan is de situatie bij de verzekeraar. Deze zal echter veelal met andere vennootschappen in een groep zijn verbonden. In de volgende gevallen zal tot afwikkeling van de gehele groep worden overgegaan. Dit is het geval indien, kort gezegd, zowel de moederonderneming als de verzekeraar afzonderlijk aan de voorwaarden voor afwikkeling voldoet. Er vindt in die zin een dubbele toets plaats. Zoals gezegd zat het eerste criterium (niet langer voldoen aan de vergunningvoorwaarden) met name betekenis hebben voor de verzekeraar en het tweede en derde criterium met name voor de moederonderneming.

Er kan zich echter een situatie voordoen waarbij de verzekeraar wel aan die voorwaarden voldoet maar de moederonderneming niet of nog niet maar afwikkeling van de gehele groep wel wenselijk is. Er kan tot afwikkeling van de gehele groep worden overgegaan indien het falen van de verzekeraar een bedreiging vormt voor ofwel de groep als geheel ofwel een andere verzekeraar in die groep, die zelf nog niet aan de voorwaarden voldoet. In alle gevallen moet ten minste een verzekeraar aan de voorwaarden voor afwikkeling

---



voldoen. Indien een andere onderneming in de groep kampt met financiële problemen, maar de verzekeraar niet of nog niet aan de voorwaarden voor afwikkeling voldoet, kan niet op grond van dit hoofdstuk van de wet worden geïntervenieerd.

### ***Bail-in***

Een belangrijk onderdeel van het thans voorgestelde instrumentarium betreft het instrument van bail-in. Door toepassing van bail-in kan DNB vorderingen van kapitaalverschaffers of andere schuldeisers, onder wie polishouders, van de verzekeraar afschrijven of omzetten in eigendomsinstrumenten.

Wanneer een verzekeraar in de noodregeling of faillissement wordt geliquideerd, delen de aandeelhouders, houders van andere kapitaalinstrumenten (bijvoorbeeld Tier 1 of Tier 2 instrumenten) en andere reguliere schuldeisers vanzelfsprekend mee in de verliezen van de onderneming. Het huidige wettelijk kader kent geen publiekrechtelijke grondslag voor het toerekenen van verliezen aan aandeelhouders of schuldeisers buiten liquidatie. Een bevoegdheid om in een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement deze partijen verliezen te laten absorberen door afschrijving van aandelen en hybride of achtergestelde schuldinstrumenten of omzetting van deze laatste in aandelen is wenselijk. Overigens is sinds de invoering van de richtlijn Solvency II wel in de wet bepaald dat de contracten van hybride Tier 1 of Tier 2 kapitaalinstrumenten moeten voorzien in verlaging van de schuld of de omzetting van schuld in eigen vermogen wanneer de verzekeraar ruim onder het SCR zakt.<sup>9</sup>

Een belangrijk kenmerk van de balans van een verzekeraar is dat het overgrote deel van de passiefzijde bestaat uit verzekeringsverplichtingen (rechten van begunstigden van verzekeringen). Bij een solvabiliteitstekort van enige omvang zullen dan ook snel deze verplichtingen in beeld komen. Het huidige wettelijk kader kent, zoals reeds opgemerkt, wel de mogelijkheid verzekeringsverplichtingen buiten een liquidatie in de noodregeling of faillissement af te schrijven. In de noodregeling kan een bewindvoerder in het kader van een portefeuilleoverdracht en met een bijzondere machtiging van de rechtbank verzekeringsovereenkomsten wijzigen.<sup>10</sup> Met de inwerkingtreding van de implementatiewet richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsonderneming is deze bevoegdheid in het kader van de toepassing van de overdrachtsregeling ook aan DNB toegekend.<sup>11</sup> Een wijziging van de verzekeringsovereenkomst kan betekenen dat aanspraken uit een verzekeringsovereenkomst worden verminderd: een bail-in, of korting, van polishouders dus. Voorwaarde voor een dergelijke bail-in is nu nog wel dat verzekeringsovereenkomsten worden overgedragen aan een derde.

Deze bevoegdheid, althans de voorganger daarvan in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 is onder meer toegepast na het omvallen van de levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or.

#### *Vie d'Or*

*De levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or werd opgericht in 1985. Deze*

---

<sup>9</sup> Dit geldt overigens slechts voor nieuw uit te geven instrumenten.

<sup>10</sup> Artikel 3:195 Wft.

<sup>11</sup> Artikel 3:159o Wft.

*verzekeraar was in het begin van zijn bestaan vrij succesvol. De verzekeraar groeide snel hetgeen tot grote administratieve problemen leidde. Uiteindelijk is de verzekeraar vanwege wanbeheer op het administratieve en financiële vlak ten onder gegaan. De toenmalige Verzekeringskamer benoemde in november 1993 een stille bewindvoerder en nog datzelfde jaar werd de noodregeling uitgesproken. Een van de doelen van de noodregeling is het overdragen van de levensverzekeringsportefeuille mogelijk te maken. Dit geschiedt door de rechten van de polishouders te korten (tegenwoordig zou dat bail-in worden genoemd). De gedachte is dat bij voldoende korting van de rechten van de polishouders de aanwezige verplichtingen weer in overeenstemming worden gebracht met de aanwezige activa, waardoor er bij verder normale omstandigheden vrijwel altijd een overnemende verzekeraar te vinden zou moeten zijn. Voor polishouders is het namelijk vaak voordeliger om een gekorte polis voort te zetten dan een nieuwe polis te moeten sluiten vanwege de met het sluiten van een nieuwe polis gepaard gaande kosten en de inmiddels hogere leeftijd van de verzekerde.*

*De rechtbank's-Hertogenbosch verleende op 15 juli 1994 machtiging om de rechten en verplichtingen van de verzekeringsovereenkomsten van Vie d'Or te wijzigen in het kader van een voorgenomen overdracht van de verzekeringssportefeuille en tot duurverkorting van de verzekeringsovereenkomsten. Daarop heeft de Verzekeringskamer op 1 augustus 1994 een besluit genomen tot wijziging en duurverkorting van de verzekeringsovereenkomsten.*

*Vie d'Or werd in 1995 failliet verklaard en de verzekeringssportefeuille met ruim 11.000 polishouders werd overgedragen aan de levensverzekeraar Twenteleven. Daarbij zijn de polissen aangepast om die polissen in het systeem van Twenteleven te laten passen en is voorts een korting toegepast van circa 45 procent. Aangezien de administratie van Vie d'Or dusdanig gebrekkig was dat de aanspraken van polishouders onduidelijk waren, werd besloten tot een korting op basis van de betaalde premies die per categorie van polishouders verschilde. Later is als gevolg van een schikking ruim de helft van de korting alsnog uitgekeerd. Er resteerde dus een korting van ten minste 20%.*

De mogelijkheid van bail-in van aandeelhouders, schuldeisers en polishouders wordt begrensd door het *No creditor worse off* (NCWO) beginsel, dat bij toepassing van alle instrumenten in acht moet worden genomen.<sup>12</sup> Dit beginsel schrijft voor dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen leidt dan hij zou hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. Dit uitgangspunt beschermt zowel aandeelhouders en schuldeisers wier vordering is geraakt door bail-in als aandeelhouders en schuldeisers wier vordering niet is overgedragen en die deze dus moeten verhalen op het restant van de entiteit in afwikkeling. Hierbij moet overigens worden aangetekend dat niet elke schuldeiser (of polishouder) op dezelfde manier beter af hoeft te zijn bij afwikkeling dan in faillissement. Niet alle schuldeisers – zelfs niet met gelijke rang – behoeven in die zin volledig gelijk te worden behandeld mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat en zij allen nog steeds beter af zijn dan in het scenario dat de onderneming in faillissement zou zijn geliquideerd.

---

<sup>12</sup> Artikel 3A:88 (NCWO)

Zoals gezegd, bestaat het overgrote deel van de passiefzijde van een verzekeraar uit verzekeringsverplichtingen (rechten van begunstigden) wat betekent dat bij bail-in al snel deze verplichtingen in beeld komen. In de bijzondere rangregeling<sup>13</sup> is bepaald dat vorderingen uit verzekering bevoorrecht zijn. Dat roept de vraag op naar de mogelijkheden voor bail-in van deze vorderingen gegeven het uitgangspunt dat rechthebbenden niet slechter af mogen zijn dan in faillissement. Een van de doelstellingen van afwikkeling is bescherming van de belangen van polishouders. Dit laatste brengt met zich dat de polishouders beter af zullen moeten zijn dan in faillissement om afwikkeling en bail-in te rechtvaardigen.

Als de verzekeraar bij wijze van voorbeeld de laagste solvabiliteitseis (*MCR*) doorbreekt en DNB daarop de vergunning intrekt en tot afwikkeling overgaat, is bij de verzekeraar vaak nog eigen vermogen aanwezig. Onder de richtlijn Solvency II is het verplicht om alle activa en passiva te waarderen op marktwaarde, zijnde de prijs die een onafhankelijke derde zou betalen. Als DNB de verzekeraar in afwikkeling plaatst bij het doorbreken van de MCR zouden er dus voldoende activa (beleggingen) moeten zijn om de conform de richtlijn Solvency II gewaardeerde verzekeringsverplichtingen te dekken.<sup>14</sup> Daarbij zit in de MCR nog een buffer ten opzichte van de verplichtingen.

Omdat een faillissement in beginsel ongunstiger is dan de situatie waarin de polis door een verzekeraar wordt uitgediend, kan er ook als de voorzieningen voor polishouders nog volledig intact zijn, een grond zijn voor een korting van rechten. Polishouders krijgen te maken met kosten als ze de faillissementswaarde van de vordering uitgekeerd hebben gekregen en een nieuw verzekeringscontract sluiten. De nieuwe verzekeraar zal immers kosten in rekening brengen om het levensverzekeringscontract te kunnen uitvoeren. Deze kosten, die zowel de administratieve kosten als de kosten voor het overnemen van het risico bevatten, zijn geen onderdeel van de bestaande vordering van de polishouder op de verzekeraar in afwikkeling maar kunnen wel als (concurrente) schadevordering ter verificatie worden ingediend.

Omdat de begunstigde bij de meeste producten van een levensverzekeraar belasting dient te betalen wanneer hij een uitkering ontvangt die hij niet aanwendt om een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten, zal de begunstigde zich gedwongen voelen een nieuwe levensverzekering af te sluiten bij een andere verzekeraar. Daarbij zal het te verzekeren risico bij faillissement van de oude verzekeraar (pensionering/overlijden) niet verdwenen zijn; ook om die reden bestaat er een prikkel om opnieuw een verzekering af te sluiten. Vrijwel elke begunstigde zal dus met deze kosten te maken krijgen.

Polishouders met een premiedragende levensverzekeringspolis met een rendementsgarantie die hoger is dan de risicovrije marktrente gaan er in faillissement sterk op achteruit omdat de rechten die gekoppeld zijn aan de nog te betalen premies geen onderdeel uitmaken van de verzekeringsvordering bij faillissement. Immers, alleen de vordering die gekoppeld is aan de al betaalde premies of koopsommen wordt contant gemaakt op de datum van faillissement of de eerste verjaardag van het faillissement. Bij voortzetten van

---

<sup>13</sup> Artikel 3:198, derde lid, Wft en artikel 213m, derde lid, Fw.

<sup>14</sup> Hierbij wordt er, gemakshalve, vanuit gegaan dat de passiva en activa juist zijn gewaardeerd. Dit is niet vanzelfsprekend.

de verzekering doet zich deze schade niet of in mindere mate voor, ook na een korting.

Deze schade voor polishouders (onder meer kostenopslagen en verlies van gegarandeerd rendement op premiedragende levensverzekeringsspolissen) als gevolg van het faillissement kan als bijkomende schadevordering in faillissement worden ingediend maar is een concurrente vordering.

Mede gelet op deze, mogelijk omvangrijke, kostenposten voor polishouders in faillissement van een levensverzekeraar kan het voordelig zijn (en aldus recht doen aan het uitgangspunt van NCWO) om de verzekering na een korting voort te zetten.

Kortom: als de bestaande verzekering in stand blijft, bespaart de begunstigde kosten van een nieuwe verzekering met een andere verzekeraar, en alhoewel hij juridisch niet gedwongen is tot een nieuwe verzekering, zal hij in de praktijk zich wel daartoe gedwongen voelen om fiscale redenen. Is die besparing van kosten groter is dan het bedrag waarvoor bail-in wordt toegepast, dan is bail-in gunstiger dan een faillissement.

Het bovenstaande geldt niet in dezelfde mate voor schadeverzekeringen. In het schadebedrijf (behoudens de zorgverzekeringen) betaalt het merendeel van de polishouders jaarlijks of maandelijks premie, zonder daar een uitkering van de verzekeraar voor terug te krijgen zo lang de verzekerde gebeurtenis zich niet voordoet. Het gaat om risicoafdekking en niet om sparen. Dit betekent dat in geval van een faillissement van een schadeverzekeraar het merendeel van de klanten als enige schade heeft het verlies van reeds betaalde premie. Daarnaast zal de polishouder zich gedwongen voelen een nieuwe verzekering af te sluiten.<sup>15</sup>

Een aantal begunstigten is op het moment van faillietverklaring (of het besluit tot afwikkeling) bezig met schadeafhandeling (bijvoorbeeld brandschade, aansprakelijkheidschade) of ontvangt een periodieke uitkering als gevolg van schade uit het verleden (arbeidsongeschiktheidsuitkering). Voor periodieke uitkeringen uit een schadeverzekering, bijvoorbeeld uit hoofde van een inkomensdervingverzekering, geldt in wezen hetzelfde als hetgeen hierboven ten aanzien van levensverzekeraars is opgemerkt. Voor de resterende groep begunstigten waarbij het verzekerd risico zich niet heeft verwezenlijkt, is moeilijker denkbaar dat afwikkeling voordelen heeft boven faillissement en dus dat een bail-in van hun vordering mogelijk zou zijn.

#### *Toepassingsbereik van bail-in*

Uitgangspunt van de toepassing van het instrument van bail-in is dat in beginsel alle schulden van de onderneming met uitzondering van boedelschulden en schulden ter zake waarvan een zakelijk zekerheidsrecht is gevestigd daaraan kunnen worden onderworpen.

Dit gebeurt in de omgekeerde volgorde van die waarin die vorderingen in faillissement voor vergoeding uit de boedel in aanmerking zouden komen. Waar in faillissement aandeelhouders als laatste in aanmerking komen voor een uitkering uit de boedel worden zij als eerste aan de toepassing van bail-in

---

<sup>15</sup> Dit laatste kan overigens een probleem opleveren wanneer het te verzekeren risico dusdanig groot is geworden (bijv. de gezondheidstoestand is verslechterd) dat onverzekerbaarheid of uitsluiting van bepaalde risico's dreigt.

onderworpen. Spiegelbeeldig geldt dat in faillissement houders van bepaalde vorderingen uit levensverzekering die op grond van de bijzondere rangregeling als een van de eerste voor een uitkering uit de boedel in aanmerking komen, en zij als laatste door bail-in worden geraakt. Hierbij worden vorderingen van gelijke rang in beginsel gelijk behandeld. Hiervoor geldt wel de uitzondering dat sommige vorderingen nooit aan bail-in worden onderworpen en in sommige gevallen DNB kan afzien van bail-in van bepaalde vorderingen (zie nader het artikelsgewijs deel van de memorie van toelichting).

#### *Doelen van bail-in*

In geval van afwikkeling van banken zal in veel gevallen bail-in worden gebruikt om de verliezen van de bank te absorberen en de bank vervolgens te herkapitaliseren. De bank voldoet dan weer aan de relevante prudentiële eisen en kan zijn activiteiten voortzetten.

Voor een verzekeraar geldt dat de continuering van de onderneming in haar volledigheid in veel gevallen niet aan de orde zal zijn. Het doel van afwikkeling en daarmee een doel van bail-in is veeleer om portefeuilles verzekeringsovereenkomsten en niet de verzekeraar als zodanig te continueren. Zoals gezegd is het voortzetten van de overeenkomst, zelfs met een korting, veelal voordeliger voor de polishouder dan het uitkeren van de contante waarde van de vordering zoals in faillissement. Wanneer de verzekeringsovereenkomst wordt voortgezet maakt de polishouder, zoals hierboven reeds is opgemerkt, geen extra kosten om het verzekerde risico over te dragen. Het feit dat in dit wetsvoorstel een voorziening wordt getroffen om bij faillissement van een verzekeraar het de curator mogelijk te maken om de lopende uitkeringen te continueren, doet daaraan niet af.

Een portefeuille verzekeringsovereenkomsten kan bij problemen van de verzekeraar, kort gezegd, op twee manieren worden voortgezet. Ten eerste via een herstart van de verzekeraar zelf (niet wordt bedoeld de doorstart na faillissement) en ten tweede via overdracht van de portefeuille aan een andere verzekeraar. Dit betekent dat een verzekeraar of verzekeringsgroep die in afwikkeling gaat op de volgende manieren, of een combinatie daarvan, kan worden afgewikkeld.

1. een *going concern* van de verzekeraar na afwikkeling
2. een *gone concern* van de verzekeraar in afwikkeling

In een *going concern* scenario wordt de verzekeraar door middel van bail-in, en eventueel andere afwikkelingsinstrumenten, opnieuw voorzien van voldoende kapitaal zodat weer aan alle prudentiële eisen wordt voldaan. De verzekeraar beschikt op dat moment ook weer over een reguliere vergunning. De verzekeraar kan dus de normale bedrijfsactiviteiten hervatten. Wel bestaat de mogelijkheid dat de verzekeraar geen nieuwe overeenkomsten meer sluit maar in een zogenoemde *run off* gaat. Met een *run off* wordt bedoeld dat de verzekeraar de reeds afgesloten verzekeringscontracten uitdient maar geen nieuwe verzekeringsovereenkomsten sluit. De verzekeraar wordt aldus geleidelijk aan kleiner tot het moment dat de laatste polis tot uitkering komt. *Run off* kan in een *going concern* ook een tijdelijke situatie zijn. Dit is bij voorbeeld het geval indien het door gewijzigde macro-economische omstandigheden opnieuw aantrekkelijk is om wel nieuwe verzekeringsovereenkomsten te sluiten; dan kan de verzekeraar daartoe besluiten.

Als gevolg van omzetting van passiva in eigendomsinstrumenten (zie hieronder nader) zal het eigenaarschap van de onderneming veranderen. Aandeelhouders zijn als eerste door bail-in geraakt en hun belang is afgeschreven. De polishouders zullen in eerste instantie eigenaar worden (er heeft immers een bail-in plaatsgevonden tot het niveau van de polishouders). Vanzelfsprekend kunnen zij hun belang indien gewenst onmiddellijk weer vervreemden.

In een *gone concern scenario* wordt niet beoogd de onderneming te continueren maar wordt beoogd door overdracht van de portefeuille de verzekeraar geleidelijk te ontmantelen. Het doel van deze overdracht is om door middel van een verkoop van de technische voorzieningen met de daarbij behorende beleggingen de belangen van de bestaande polishouders zoveel mogelijk te borgen. Ook in dit scenario zal bail-in van de verzekeringsverplichtingen veelal noodzakelijk zijn. De overnemende verzekeraar zal immers aan alle prudentiële vereisten met betrekking tot die portefeuille moeten voldoen en aannemelijk is dat in veel gevallen onvoldoende activa beschikbaar zijn om een overdracht zonder korting mogelijk te maken.

Als portefeuilleoverdracht om wat voor reden dan ook niet mogelijk blijkt, resteert, in ieder geval voor een bepaalde periode, een *run off* onder verantwoordelijkheid van DNB. In een dergelijke *gone concern run off* kan korting van rechten aan de orde zijn als aannemelijk is dat zonder die korting er onvoldoende middelen aanwezig zijn om resterende begunstigen in de toekomst hun rechten, eventueel toch in een faillissement, gestand te doen. De periode wordt voor een *gone concern run off* wordt in het voorstel wel begrensd. Indien DNB er in de tussenliggende periode niet in is geslaagd de portefeuilles van die verzekeraar elders onder te brengen of de verzekeraar door middel van een herstart weer in een *going concern* te brengen, dient DNB het faillissement aan te vragen. Ervaring uit het Verenigd Koninkrijk leert dat in de meeste gevallen een verzekeraar in een periode enkele jaren kan worden ontmanteld, dan wel dat in die periode vast kan komen te staan dat slechts liquidatie in faillissement resteert.

Uitgangspunt in beide situaties blijft dat de begunstigde als gevolg van afwikkeling en niettegenstaande de bail-in niet in een slechtere positie moet geraken dan wanneer de verzekeraar in faillissement zou zijn geliquideerd. Dit geldt in even sterke mate voor het *going concern* als voor het *gone concern* scenario.

#### *Werking van bail-in*

Hieronder zal nader worden ingegaan op de werking van het mechanisme van omzetting van vorderingen. Er is voor gekozen dit op gelijke wijze vorm te geven als in het bestaande Deel 3A voor banken. Als voorbeeld wordt de situatie gebruikt dat vorderingen (passiva) worden omgezet in aandelen.

Op het moment dat er bij de verzekeraar verliezen worden geconstateerd, wordt allereerst de nominale waarde van de aandelen verlaagd tot nihil. De aandelen zelf worden op dat moment nog niet ingetrokken, dit om te voorkomen dat er tijdelijk geen aandeelhouders zijn, hetgeen in strijd zou zijn met de regeling inzake kapitaalvennootschappen in het Burgerlijk Wetboek.

Vervolgens zijn de schuldeisers aan de beurt om de activa en passiva van verzekeraar weer meer in balans te brengen. Om dit te verwezenlijken is een omzetting van de passiva in aandelen noodzakelijk. Deze omzetting kan geheel of gedeeltelijk zijn. Deze omzetting heeft tot (automatisch) gevolg dat de schuldeisers voor het deel van hun vordering dat is «omgezet» (dat wil zeggen afgeschreven) rechten op nieuw uit te geven aandelen bezitten. De conversie van schuld in een recht op nieuw uit te geven aandelen is het automatisch rechtsgevolg van het besluit van DNB. Er behoeft dus bijvoorbeeld geen emissie van die claimrechten plaats te vinden.

Tegelijk schrijft DNB aan de entiteit in afwikkeling voor dat zij nieuwe aandelen uitgeeft. Deze aandelen komen toe aan de houders van de rechten op die aandelen, zijnde de schuldeisers. Anderen dan de houders van deze specifieke rechten kunnen op dit moment geen rechten doen gelden op de nieuw uit te geven aandelen; deze uitgifte is immers bedoeld om daadwerkelijk de 'omzetting' van schulden in aandelen te realiseren. De genoemde rechten die worden uitgeoefend jegens de instellingen vertonen aldus een zekere gelijkens met de reeds bestaande voorkeursrechten voor aandeelhouders als bedoeld in artikel 2:96a BW. Op het moment dat de schuldeiser vervolgens zijn recht op de nieuwe aandelen uitoefent, worden de oude aandelen ingetrokken.

Het ligt in de rede dat DNB een termijn stelt waarbinnen de rechten op nieuw uit te geven aandelen moeten worden uitgeoefend. Wordt een dergelijk recht niet binnen deze termijn uitgeoefend, dan vervalt in beginsel het recht op nieuw uit te geven aandelen. Denkbaar is dat DNB een regeling treft voor rechthebbenden die niet tijdig tot uitoefening van hun recht konden overgaan. Dit kan bijvoorbeeld door een regeling te treffen die er toe leidt dat niet geclaimde aandelen na afloop van de termijn worden verkocht waarbij de opbrengst wordt gereserveerd voor het geval de rechthebbende zich op een later tijdstip alsnog meldt.

Indien een voormalig schuldeiser zijn recht niet wil uitoefenen (omdat hij geen aandeelhouder wenst te worden) kan hij dat recht overdragen. Deze rechten zijn aldus overdraagbaar (verhandelbaar) tot het moment dat ze uiterlijk kunnen worden uitgeoefend; daarna zijn de aandelen overdraagbaar. Zoals hierboven reeds meermaals is gememoreerd is ook omzetting van de vorderingen van polishouders in rechten op eigendomsinstrumenten een reële mogelijkheid. Het is zeer wel denkbaar dat polishouders gebruik zullen willen maken van de hiervoor geschetste mogelijkheid om hun rechten te vervreemden in plaats van aandeelhouder te worden van de verzekeraar in afwikkeling.

### ***Overdrachtsinstrumenten***

Wanneer DNB voorziet dat uitoefening van de reguliere toezichtbevoegdheden ontoereikend zijn om de entiteit de verliezen te doen dragen, kan zij verder gaan door het neerleggen van de verliezen bij de aandeelhouders en schuldeisers, daaronder begrepen de verzekeringsschuldeisers en door het doen overgaan van activa of passiva dan wel door de entiteit uitgegeven eigendomsinstrumenten. Thans wordt ingegaan op de overgangsinstrumenten.

Voorop wordt gesteld dat de huidige wet, sinds de invoering van de Interventiewet, reeds instrumenten kent waarmee een overgang kan worden bewerkstelligd. Het betreft, voor zover hier van belang, de overdracht van

activa en passiva en de overdracht van aandelen. Deze indeling is gebaseerd op het object van de overdracht: wat wordt er overgedragen. De BRRD kent een indeling die grotendeels is gebaseerd op de verkrijger: op wie gaat iets over? Bij de implementatie van de BRRD is deze laatste indeling overgenomen. De nu voor de verzekeraars in te voeren overgangsinstrumenten sluiten op hun beurt weer aan bij de indeling die is gebaseerd op de BRRD. Inhoudelijk is er geen verschil.

Aan de hand van het criterium dat is gebaseerd op de verkrijger worden drie overgangsinstrumenten geïntroduceerd:

1. het instrument van overgang van de onderneming;
2. het instrument van de overbruggingsinstelling;
3. het instrument van afsplitsing van activa en passiva.

#### ad 1. Het instrument van overgang van de onderneming

Met het instrument van overgang van de onderneming kan DNB twee soorten overgang bewerkstelligen. In de eerste plaats kan DNB besluiten tot overgang van eigendomsinstrumenten die zijn uitgegeven door of met medewerking van de entiteit. In dit geval verandert de entiteit zelf van eigenaar, maar behoudt de entiteit de goederen die zij in eigendom heeft. De entiteit krijgt dus andere aandeelhouders. In de tweede plaats kan DNB besluiten tot overgang van activa of passiva van de entiteit. Voor zover de term "overgang van de onderneming" zou suggereren dat slechts de onderneming in haar geheel zou overgaan, wordt opgemerkt dat dit instrument ook de situatie omvat waarin niet de onderneming zelf overgaat maar haar activa of passiva, zelfs de situatie waarin slechts een deel van de activa of passiva overgaan.

In het geval waarin het instrument van overgang van de onderneming wordt toegepast, gaan de activa of passiva dan wel de eigendomsinstrumenten over op een andere private partij, die daarvoor een prijs betaalt. Voor de overgang is de instemming van de verkrijger vereist; niet relevant is of de overgang ook de instemming van de entiteit heeft.

#### ad 2. het instrument van de overbruggingsinstelling

Ook bij het instrument van de overbruggingsinstelling kunnen activa en/of passiva dan wel eigendomsinstrumenten overgaan. Dit instrument verschilt van het instrument van de overgang van de onderneming doordat de vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten niet op een andere private partij overgaan maar op een overbruggingsinstelling. Een overbruggingsinstelling is opgericht om tijdelijk de eigendom van activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten te houden wanneer het wenselijk die vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te doen gaan op een andere partij om de functies van een verzekeraar in stand te houden, maar niet op korte termijn een private partij kan worden gevonden die bereid is de vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te nemen.

#### ad 3. het instrument van afsplitsing van activa en passiva

Dit instrument wordt gebruikt wanneer DNB activa en passiva wenst over te doen gaan, misschien ook nog wel een private partij bereid vindt om als verkrijger op te treden, maar vermoedt dat de activa of passiva op een later tijdstip meer opbrengen. Door of met medewerking van de entiteit uitgegeven eigendomsinstrumenten kunnen niet met dit instrument overgaan. Dit instrument mag alleen in combinatie met andere afwikkelingsinstrumenten



worden toegepast teneinde een onterecht concurrentievoordeel voor de falende entiteit te vermijden.

### **Waarborgen**

Een van de afwikkelingsinstrumenten waarin wordt voorzien voor verzekeraars, is het instrument van overgang van de onderneming. Bij de toepassing van dit instrument is een van de twee varianten dat activa en passiva van de entiteit in afwikkeling overgaan. De term «overgang van de onderneming» is overgenomen uit de BRRD en zou kunnen suggereren dat de onderneming steeds in haar geheel overgaat door middel van een overgang van alle activa en passiva, maar het is ook mogelijk dat een gedeelte van de activa en passiva overgaat. Dit is ook mogelijk bij het instrument van de overbruggingsinstelling, en is per definitie het geval bij het instrument van afsplitsing van activa en passiva. Een overgang waarbij slechts een gedeelte van de activa en passiva overgaat, zou zonder nadere regels bepaalde rechten van wederpartijen van de entiteit in afwikkeling op een onwenselijke manier kunnen aantasten. Vooropgesteld wordt dat schuldeisers ter voldoening van hun vorderingen ten minste evenveel moeten ontvangen als zij zouden hebben ontvangen als de entiteit in afwikkeling zou zijn geliquideerd in een normale insolventieprocedure op het tijdstip dat DNB besluit tot de afwikkelingsmaatregel («no creditor worse off»-beginsel). In de BRRD is daarnaast nadere bescherming geregeld voor het geval een gedeelte van de activa en passiva overgaan, namelijk voor de situatie waarin bepaalde activa en passiva aan elkaar gekoppeld zijn. Deze bescherming wordt overgenomen in de regeling betreffende verzekeraars. Activa en passiva zijn aan elkaar gekoppeld bijvoorbeeld wanneer tussen de entiteit in afwikkeling en een wederpartij over en weer rechten en verplichtingen bestaan die met elkaar kunnen worden verrekend in geval van een deconfiture («close out netting»). Ingeval sommige van die «linked assets and liabilities» overgaan naar een derde, terwijl andere zouden achterblijven bij de entiteit in afwikkeling, is het mogelijk dat de wederpartij een schuld heeft die hij moet blijven voldoen aan de entiteit in afwikkeling, terwijl hij de daarmee corresponderende vordering niet langer op de entiteit in afwikkeling heeft maar op de derde naar wie die vordering is overgegaan. In een dergelijk geval zou twijfel kunnen ontstaan of verrekening nog steeds mogelijk is. Dat is op zichzelf reeds onwenselijk. Daarenboven rijst de vraag, zelfs indien verrekening in een dergelijk geval mogelijk zou blijken te zijn, wat daarvan de consequentie is voor de solvabiliteitseisen op grond van de richtlijn Solvency II. De bevoegdheid van de wederpartij om bilateraal te verrekenen met de entiteit in afwikkeling is immers gewijzigd in een bevoegdheid om multilateraal te verrekenen (wederpartij – entiteit in afwikkeling – derde), waardoor het kredietrisico is toegenomen (zie ook punt 95 van de considerans van de richtlijn).

Koppeling van activa en passiva komt niet alleen voor bij close out netting, maar ook in het kader van zekerheidsrechten. Wanneer vorderingen zijn gedekt door zekerheidsrechten, wordt door sommigen betwijfeld of deze rechten kunnen worden uitgeoefend indien de verplichtingen wel overgaan naar een derde maar de daarmee verbonden goederen niet. De koppeling van activa en passiva waarvoor de bescherming moet gelden, komt om die reden niet alleen voor bij close out netting, maar ook bij zekerheidsregelingen («security arrangements»), financiëlezekerheidovereenkomsten, salderingsovereenkomsten en gestructureerde financieringsregelingen.

Om deze redenen zijn in de BRRD enkele artikelen opgenomen die de benodigde bescherming bieden bij overgang van een gedeelte van de activa en passiva: de artikelen 76 tot en met 80. Het daarin gevolgde systeem is geïmplementeerd in de artikelen 3A:59 tot en met 3A:61 voor banken, en wordt hier overgenomen voor verzekeraars. Uitgangspunt is dat adequate bescherming moet worden geboden. Dit is in de wet geconcretiseerd met de bepaling dat de bevoegdheden die voortvloeien uit financiële zekerheidsvereenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen niet worden aangetast door (a) de overgang van niet alle maar sommige activa of passiva, (b) de vernietiging of wijziging van voorwaarden van een overeenkomst waarbij de instelling in afwikkeling partij is of (c) de vervanging van de verkrijger als partij.

Deze hoofdregel is nader uitgewerkt, onder andere met betrekking tot financiële zekerheden en verrekenings- en salderingsovereenkomsten, ofwel «set off» en «netting». Reeds eerder is aandacht aan deze kwestie besteed door bij de Wijzigingswet financiële markten 2015 aan artikel 3:159o een lid toe te voegen. Deze bepaling geldt nog steeds voor verzekeraars maar vervalt door dit wetsvoorstel. In dat lid is bepaald dat, kort gezegd, de overgang niet de bevoegdheden uit een verrekenbeding aantast. Met betrekking tot set off en netting wordt thans voor verzekeraars aangesloten bij de regeling betreffende banken en is bepaald dat moet worden voorkomen dat een gedeelte van de activa en passiva overgaan. Het verschil met artikel 3:159o is dat onder dat artikel een overgang van een gedeelte van de activa en passiva mogelijk is, maar dat de schuldeisers daarvan geen nadeel mogen ondervinden, terwijl onder de voorgestelde regeling niet langer is toegestaan dat een gedeelte van de activa overgaat. De vraag rijst welke sanctie moet worden gesteld wanneer DNB in weerwil van deze bepaling toch een gedeelte van de activa overdraagt. Dit kan in het bijzonder het geval zijn wanneer eerst na de overgang blijkt dat sommige activa of passiva zijn gekoppeld aan andere activa of passiva. Overwogen is te bepalen dat, indien activa of passiva overgaan, alle daaraan gekoppelde activa en passiva tevens overgaan. Een nadeel daarvan is dat na de overgang mogelijk blijkt dat de overnemer meer moet overnemen dan hetgeen waarmee hij aanvankelijk instemde. Daarom is ervoor gekozen voor een dergelijke situatie terug te vallen op de hoofdregel, namelijk te bepalen dat de bevoegdheden uit een verrekenbeding niet kunnen worden aangetast door de omstandigheid dat niet is voldaan aan de regel dat aan elkaar gekoppelde activa en passiva slechts gezamenlijk kunnen overgaan. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Voor de duidelijkheid is bepaald dat een overgang waarbij gekoppelde activa en passiva niet gezamenlijk zijn overgedragen, niet nietig of vernietigbaar is.

De regel dat aan elkaar gekoppelde activa en passiva slechts gezamenlijk overgaan, geldt ook voor (1) verplichtingen en de activa waarmee die verplichtingen onder een zekerheidsregeling («security arrangement») worden gedekt en (2) activa en passiva die onder een gestructureerde financieringsregeling of een regeling van gedekte obligaties («covered bonds») vallen. In de gevallen waarin een overgang van een gedeelte van de activa en passiva toch is toegestaan, mag aan het functioneren van een systeem dat door de Minister van Financiën is aangewezen op grond van artikel 212d,

eerste lid, van de Fw, geen afbreuk worden gedaan door een dergelijke overgang, noch door de bevoegdheid van de DNB om contractsvoorwaarden te wijzigen.

#### *Geen verplichting melden voorwetenschap*

Op grond van artikel 7, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik is «voorwetenschap», voor zover hier van belang: «niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op een of meer uitgevende instellingen of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of daarvan afgeleide financiële instrumenten». Normaliter zou voorwetenschap openbaar moeten worden gemaakt op grond van artikel 17, eerste lid, van de Verordening marktmisbruik. Het vooraf publiceren van een voorgenomen overgang van de entiteit in afwikkeling zou het bereiken van de doelen van dat afwikkelinstrument echter kunnen bemoeilijken of zelfs frustreren. Daarom bepaalt artikel 17, vijfde lid, van de Verordening marktmisbruik dat, om de stabiliteit van het financiële systeem te handhaven, een uitgevende instelling die een financiële instelling is, op eigen verantwoordelijkheid de openbaarmaking van voorwetenschap, met inbegrip van informatie die gerelateerd is aan een tijdelijk liquiditeitsprobleem kan uitstellen.

Daarvoor moet wel aan elk van de volgende voorwaarden worden voldaan:

1. openbaarmaking van de voorwetenschap leidt mogelijk tot ondermijning van de financiële stabiliteit van de uitgevende instelling en van het financiële systeem;
2. het uitstel van de openbaarmaking is in het algemeen belang;
3. de betrouwbaarheid van de betreffende informatie kan worden gewaarborgd, en
4. de bevoegde autoriteit, bedoeld in de Verordening marktmisbruik, heeft op basis van de naleving van de voorwaarden onder a, b en c met het uitstel ingestemd.

De conclusie is dat, indien aan bovenstaande voorwaarden is voldaan, de openbaarmaking van een voorgenomen overgang kan worden uitgesteld op grond van de Verordening marktmisbruik indien aan bovengenoemde voorwaarden is voldaan. Het is dus niet nodig om dit in het onderhavige wetsvoorstel te regelen.

#### **Zorgverzekeringen**

In de Zorgverzekeringswet zijn bepalingen opgenomen voor zorgverzekeringen met het doel om de toegankelijkheid van de zorg te waarborgen. Het stelsel kent een acceptatieplicht: een zorgverzekeraar mag niemand weigeren. Daarnaast is er een verbod op premiedifferentiatie en is de inhoud van het verzekerde pakket van overheidswege vastgesteld. Door middel van risicoverevening krijgt de zorgverzekeraar jaarlijks een bijdrage die is afgestemd op het risicoprofiel van zijn verzekerden. Op deze wijze wordt een gelijk speelveld tussen zorgverzekeraars gecreëerd en wordt doelmatige uitvoering van de zorg bevorderd. In de zorgverzekeringswet is eveneens geregeld dat de verzekerde ook indien de verzekeraar failliet gaat, zijn zorgkosten krijgt vergoed. De zorgverzekering is ten slotte een verplichte

verzekering. Klanten van de zorgverzekeraar zullen als de zorgverzekeraar failliet gaat een andere verzekeraar moeten vinden om hun zorgverzekering voort te zetten.

In dit wetsvoorstel is als volgt rekening gehouden met deze bijzondere kenmerken van de zorgverzekering. DNB kan, ondanks het feit dat polishouders voor de basisverzekering geen risico lopen op onbetaalde facturen en de schade daarmee beperkt zal zijn, niettemin besluiten tot afwikkeling van een zorgverzekeraar. Het voordeel van een kortstondige afwikkeling van een zorgverzekeraar onder verantwoordelijkheid van DNB is dat klanten niet direct hoeven over te stappen naar een andere zorgverzekeraar. Dit is bij faillissement wel het geval, ingevolge artikel 6 van de Zorgverzekeringswet eindigt de zorgverzekering van rechtswege bij faillissement. Door gebruik te maken van afwikkeling kan gefaciliteerd worden dat klanten aan het eind van het jaar overstappen naar een andere verzekeraar. Mocht de verzekeraar gedurende de afwikkeling te weinig buffervermogen hebben om alle schade uit te keren, dan gaat de zorgverzekeraar uiteindelijk alsnog in faillissement en betaalt het Zorginstituut de laatste nog onbetaalde zorgrekeningen aan de zorgaanbieders.

Een overgang van het klantenbestand op het reguliere overstapmoment bij jaareinde is om een aantal redenen aantrekkelijk. Voor de 'ontvangende' verzekeraars geldt dat zij daarmee bij de premiestelling rekening kunnen houden met de nieuwe klanten. De systematiek van de risicoverevening, is tevens ingericht op een jaarlijks traject waarbij verzekerden in beginsel alleen per 1 januari kunnen wisselen van zorgverzekeraar.

Toepassing van de overige afwikkelingsinstrumenten zijn minder voor de hand liggend. Zo ligt een portefeuilleoverdracht naar een andere partij of een overbruggingsverzekeraar niet voor de hand. Zorgverzekeringen zijn jaarcontracten. Vanwege de regelgeving in de zorgverzekeringswet, zoals de acceptatieplicht is het starten met de branche zorgverzekeringen niet eenvoudig. Bij een faillissement van een zorgverzekeraar zullen de overige zorgverzekeraars er vanzelf klanten bij krijgen. Een zorgverzekeraar zal daarom niet snel interesse hebben in een portefeuilleoverdracht, via een goede premiestelling wordt immers hetzelfde bereikt. Een doorstart met een omzetting van schulden in eigendomsinstrumenten is ook niet erg aannemelijk. Bail-in van polishouders van zorgverzekeringen is niet mogelijk zonder dat deze zelfde polishouders er volgens het NCWO principe er op achteruit gaan. De zorgkosten worden immers gegarandeerd door het Zorginstituut. Het Zorginstituut kan het eigenaarschap niet overnemen omdat dit dan door de Europese Commissie als ongeoorloofde staatsteun zou worden gezien.

De huidige zorgverzekeraars hebben er voor gekozen om hun zorgverzekeringen en/of aanvullende verzekeringen in een aparte juridische entiteit onder te brengen. Dit betekent dat DNB bij de afwikkeling van een dergelijk verzekeraar geen belang heeft om een overbruggingsverzekeraar op te richten om deze activiteiten te scheiden van bijvoorbeeld bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen waarvoor de aanvraag van het faillissement het meest passend is. Voor het geval om onvoorziene marktontwikkelingen toch wordt besloten tot overdracht van een portefeuille zorgverzekeringen aan een overbruggingsverzekeraar is bepaald dat deze geen nieuwe klanten mag accepteren. De acceptatieplicht uit de

Zorgverzekeringswet is dan ook niet van toepassing op een overbruggingsverzekeraar. Het doel is immers om de bestaande overeenkomsten over te dragen aan een nieuwe partij en in de tussentijd als *closed book* de portefeuille te beheren, niet om werving van nieuwe klanten te doen.

Omdat de zorgkosten via het Zorginstituut worden doorbetaald, is er in het geval van een faillissement geen tussentijdse uitkering nodig voor de basisverzekering. Er is immers voor het Zorginstituut geen bijzonder belang om vroegtijdig, nog voor de verificatie van vorderingen, een uitkering uit de boedel te ontvangen. Wat betreft de aanvullende zorgverzekering zullen alleen de zorgkosten die hoger uitkomen dan 12.500 euro uitgekeerd worden, net als dat het geval is voor de andere schadeverzekeringen.

#### ***d. Rechtsbescherming***

Het regime van rechtsbescherming is op dezelfde wijze ingericht als de rechtsbescherming afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Net als in hoofdstuk 3A:2 is ten aanzien van de rechtsbescherming bij afwikkelingsmaatregelen voor verzekeraars aangesloten bij het reguliere systeem van rechtsbescherming in de Wft. Hieronder wordt nader toegelicht hoe de rechtsbescherming op bepaalde punten nader is uitgewerkt.

De Wft kent voor verzekeraars nu nog een apart regime van rechtsbescherming voor maatregelen in het kader van de overdrachtsregeling in Deel 3 van de Wft. Binnen dit aparte regime worden besluiten zowel vooraf als achteraf ter toetsing voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Hiertoe werd bij de invoering van deze regeling gekozen, gezien de verwantschap met de noodregeling en het commune faillissementsrecht. Deze verwantschap doet zich bij afwikkeling op grond van Deel 3A Wft niet langer voor. Anders dan bij toepassing van de bevoegdheden ingevolge Deel 3, waarbij een overdrachtsplan ter beoordeling en goedkeuring aan de rechter wordt voorgelegd, is in het kader van Deel 3A sprake van zelfstandige uitoefening van wettelijke bevoegdheden door een bestuursorgaan. Daarbij is bestuursrechtelijke rechtsbescherming het meest aangewezen. Nu geen sprake is van een ex ante rechterlijke toets, behoeft ook om die reden niet te worden gekozen voor het alternatief van civielrechtelijke rechtsbescherming. Er is ook in dat opzicht geen aanleiding om af te wijken van de hoofdregel dat besluiten van DNB en de AFM door de bestuursrechter worden getoetst.

Waar DNB, en voor zover van toepassing de AFM, besluiten neemt, zijn de Wft, de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur relevant. Bij besluiten genomen door DNB en voor zover van toepassing de AFM, op grond van de Wft geldt het rechtsbeschermingregime zoals vastgelegd in de Awb, inclusief bijlagen 1 en 2 bij die wet. Belanghebbenden kunnen bezwaar maken bij DNB, onderscheidenlijk de AFM. Beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

#### ***Versnelde behandeling***

Daarnaast wordt van het algemene rechtsbeschermingregime zoals dat geldt voor de Wft afgeweken met betrekking tot het besluit dat het startpunt vormt van een afwikkelingsproces: het besluit tot afwikkeling is uitgesloten van

bezwaar. Tegen dit besluit kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het CBb. Daarbij geldt een verkorte termijn voor het instellen van het beroep van tien dagen. Voor deze bijzondere regeling is gekozen omdat dit besluit een ingrijpend karakter heeft en bovendien snel leidt tot onomkeerbare gevolgen, zodat een snel en definitief rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van dit besluit wenselijk is.

Toepassing van de algemene procedures van bezwaar en beroep in twee instanties en de daarbij geldende termijnen, zou de continuïteit van cruciale interventies kunnen ondermijnen. Om die reden is in het wetsvoorstel tevens bepaald dat het CBb uiterlijk 14 dagen na het instellen van beroep uitspraak doet. Deze snelle procedure komt de rechtszekerheid ten goede. Met deze verkorte termijn wordt nauw aangesloten bij het regime zoals vastgelegd in de artikelen 6:6 en 6:7 Wft en de relevante bepalingen van de afwikkeling van banken. Conform artikel 6:16 Awb schorst eventueel beroep niet de werking van het besluit waartegen het is gericht. Zo nodig kan hangende het beroep aan het CBb worden verzocht om een voorlopige voorziening te treffen (artikel 8:81 Awb). Het verdient hierbij vermelding dat een besluit van DNB tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel leidt tot het weerlegbare rechtsvermoeden dat opschorting ervan indruist tegen het algemeen belang. Hiermee wordt de bewijslast omgedraaid. Uitgangspunt is dat opschorting van het besluit van DNB in strijd is met het algemeen belang. Het is aan de partij die het besluit aanvecht om het tegendeel te bewijzen. Hierbij verdient tevens vermelding dat, indien het CBb een besluit vernietigt, dat college met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Thans wordt, net als voor banken geldt, verlangd dat de rechter hiertoe in ieder geval beslist indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van te goeder trouw handelende derden die ingevolge het besluit tot het nemen van een afwikkelingsmaatregel, andere eigendomsinstrumenten, activa, rechten of passiva van de entiteit in afwikkeling hebben verkregen. Verder is het besluit tot het weigeren van het nemen van een besluit tot afwikkeling of het besluit tot het niet toepassen van een afwikkelingsinstrument, uitgesloten van bezwaar, beroep en hoger beroep.

### ***e. Financiering***

Ten behoeve van de financiering van de afwikkeling van verzekeraars is een financieringsregeling opgenomen. In deze financieringsregeling wordt voorzien in een aantal doelen waarvoor de regeling kan worden ingezet en ook waarvoor de regeling expliciet niet kan worden ingezet. Daarnaast wordt geregeld welke entiteiten aan de financieringsregeling bij moeten dragen en worden er regels gesteld rondom de heffing en inning van de bijdragen.

Een eerste doel waarvoor de financieringsregeling kan worden aangewend is ter compensatie van crediteuren die, blijkens een ex post waardering, in een slechtere positie zijn komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest in faillissement (schending van de NCWO-regel). Dit wetsvoorstel voorziet erin dat na toepassing van een of meer van de afwikkelingsinstrumenten door een onafhankelijke derde een waardering wordt verricht om te bezien of aan de NCWO-regel is voldaan. Is dit niet het geval, (met andere woorden: schuldeisers hebben door de afwikkeling grotere verliezen geleden dan zij zouden hebben geleden bij een faillissement), dan bestaat voor deze

schuldeisers een recht op compensatie. Het zal daarnaast in de praktijk niet altijd mogelijk zijn om altijd vooraf volledig zeker te stellen dat het NCWO-beginsel voor alle schuldeisers wordt geëerbiedigd, bijvoorbeeld vanwege berekeningsfouten of vanwege een afweging dat de schending van dat beginsel voor een kleine minderheid niet in de weg mag staan aan de toepassing van een voor de meerderheid voordelige regeling. Om die reden is een financieringsbron voor de noodzakelijke schadeloosstelling noodzakelijk.

Een ander doeleinde waarvoor de financieringsregeling kan worden aangewend is de vergoeding aan de boedel van schade als gevolg van bovenmatige uitkeringen. Wanneer de curator constateert dat er onvoldoende in de boedel zat om de gedane uitkeringen voor verificatie te financieren, zal het verschil aan de boedel vergoed moeten worden.

Tot slot kan de financieringsregeling kan worden aangewend voor 'operationele kosten' die de inzet van afwikkelingsinstrumenten met zich mee kunnen brengen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de oprichtingskosten van een overbruggingsinstelling.

Een belangrijk onderscheid met de financiering van afwikkeling van banken is dat de financieringsregeling ten behoeve van de afwikkeling van verzekeraars uitdrukkelijk niet wordt ingezet om verliezen te absorberen of de verzekeraar te herkapitaliseren. Ook zal de financieringsregeling niet worden ingezet om de activa of verplichtingen van de verzekeraar of verzekeringsgroep, een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer te garanderen of ter financiering van een overbruggingsinstelling of een vehikel voor activabeheer.

Ten behoeve van de financieringsregeling worden bijdragen geheven van verzekeraars met zetel in Nederland en bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is, niet zijnde van verzekeraars met beperkte risico-omvang. DNB zal de hoogte van de bijdrage aan de financieringsregeling vaststellen en de heffing verzorgen. De grondslag voor de heffing zal bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld.

#### ***§4. Wijzigingen in de Faillissementswet***

Vaak zullen in het belang van de polishouders op een verzekeraar in financiële problemen afwikkelingsmaatregelen worden toegepast. Niet kan worden uitgesloten dat DNB in een concrete situatie toch besluit het faillissement van een verzekeraar aan te vragen zonder eerst het afwikkelingsinstrumentarium te hebben gebruikt. Voor dat geval worden verschillende wijzigingen in de Faillissementswet voorgesteld.

#### ***Tussentijdse uitkeringen in faillissement***

In het faillissement van een verzekeraar zal het lang duren voordat een verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Zonder wetswijziging kan de curator pas daarna overgaan tot het doen van uitkeringen. Sommige begunstigen komen daardoor in de financiële problemen; zij kunnen niet wachten tot na de verificatievergadering voordat zij een uitkering ontvangen. Daarom wordt in de Faillissementswet een aantal artikelen ingevoegd in de bijzondere regeling van het faillissement van een verzekeraar.

Vanaf de dag van de faillietverklaring kunnen schuldeisers hun vorderingen niet meer individueel verhalen op de verzekeraar. Zij moeten hun vorderingen indienen bij de curator. De curator moet de omvang van zowel de totale schuldenlast als de totale activa vaststellen. In de verificatievergadering wordt vastgesteld wie de schuldeisers zijn, wat de hoogte is van de vorderingen en welke schuldeisers bevoorrecht zijn. Vervolgens stelt de curator vast hoeveel iedere schuldeiser op zijn vordering kan ontvangen en doet hij uitkeringen.

Het berekenen van de totale schuldenlast in het faillissement van een gemiddelde verzekeraar, en a fortiori bij een grote verzekeraar, is zo gecompliceerd dat het naar schatting tenminste twee jaar zal duren voordat de verificatie van de vorderingen plaatsvindt. Zonder nadere regeling ontvangen de begunstigten in de tussentijd niets. In bepaalde gevallen is dit vanuit maatschappelijk oogpunt ongewenst. Het voorliggende wetsvoorstel bevat een regeling op grond waarvan begunstigten die dat nodig hebben, een uitkering kunnen ontvangen zonder dat zij behoeven te wachten tot na de verificatievergadering. Zij ontvangen als het ware een voorschot, dat na de verificatievergadering wordt verrekend met het bedrag waartoe zij uiteindelijk gerechtigd blijken te zijn.

Voor de goede orde wordt erop gewezen dat begunstigten op wie de voorgestelde regeling op ziet, een hoog voorrecht hebben, nog hoger dan de schuldeisers die in het faillissement van een "gewone schuldenaar" hoog bevoorrecht zijn. Dit voorrecht vergroot de kans dat de begunstigten worden voldaan aanzienlijk, maar heeft niet tot gevolg dat hun vorderingen ook snel worden voldaan. Als gevolg van de nu voorgestelde regeling krijgen zij hun geld eerder.

Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat artikel 179 Fw. reeds de mogelijkheid van tussentijdse uitkeringen biedt. Het betreft hier evenwel uitkeringen die kunnen worden gedaan na de verificatievergadering maar voordat alle baten zijn gerealiseerd. Nu dit artikel betrekking heeft op tussentijdse uitkeringen na de verificatievergadering, biedt het geen soelaas voor de begunstigten die niet tot na de verificatievergadering kunnen wachten.

#### *Vorderingen uit verzekeringen die voor tussentijdse uitkering in aanmerking komen*

Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds overeenkomsten van levensverzekering, overeenkomsten van schadeverzekering betreffende uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen, toegezegd aan werknemers van de verzekeraar en hun nabestaanden, en anderzijds andere overeenkomsten van verzekering.

In geval van overeenkomsten van levensverzekering, schadeverzekering ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioen wordt aan de begunstigde uitgekeerd wanneer zich de verzekerde gebeurtenis voordoet. In de eerste plaats kan het een periodieke uitkering betreffen; de begunstigde is in dat geval gerechtigd tot een uitkering die de verzekeraar eens in de zoveel tijd – doorgaans maandelijks – dient te voldoen. In de tweede plaats kan het een eenmalige uitkering betreffen. In dat geval is de begunstigde gerechtigd tot een eenmalig bedrag wanneer zich een bepaalde gebeurtenis voordoet. In de regel zal de begunstigde zowel in geval van periodieke uitkeringen als in geval



van een eenmalige uitkering geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van de uitkering om in zijn levensonderhoud te voorzien. Van hem kan niet worden verlangd dat hij in de tijd tot de verificatievergadering deze uitkeringen niets ontvangt. Daarom wordt bepaald dat de curator reeds voorafgaand aan de verificatievergadering een uitkering kan doen. Wanneer de gerechtigdheid tot een periodieke of eenmalige uitkering reeds bestond voorafgaand aan de datum van faillietverklaring, behoeft de begunstigde zijn vordering niet in te dienen om in aanmerking te komen voor een tussentijdse uitkering. De curator kan vanaf de datum van faillietverklaring het voldoen van de periodieke uitkeringen voortzetten onderscheidenlijk de eenmalige uitkering voldoen, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zoals de toestemming van de rechter-commissaris. De curator zal een inschatting maken van het percentage dat uiteindelijk, nadat de totale omvang van de activa en passiva is vastgesteld, op de vordering zal kunnen worden voldaan, daarbij rekening houdend met het hoge voorrecht dat de vordering heeft. Het is dan ook waarschijnlijk dat de curator niet de volledige uitkering doet, maar een uitkering die is gebaseerd op een voorzichtige schatting van het percentage dat de begunstigde op zijn vordering zou hebben ontvangen na de verificatievergadering indien geen tussentijdse uitkeringen waren gedaan.

Met betrekking tot verzekeringen met een afkoopwaarde kunnen de begunstigten gebruik maken van hun recht de verzekering geheel of gedeeltelijk door de verzekeraar te doen afkopen. Wanneer zij van dat recht gebruik hebben gemaakt voorafgaand aan de faillietverklaring, maar zij nog niets hebben ontvangen, kunnen zij worden voldaan voorafgaand aan de verificatievergadering. Maken zij van dit recht gebruik eerst tijdens faillissement, dan komen zij alleen dan in aanmerking voor een tussentijdse uitkering indien het doen van een uitkering eerst na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. Het is voorstelbaar dat een begunstigde in de financiële problemen komt, bijvoorbeeld doordat zijn arbeidsovereenkomst is beëindigd. Wanneer hij deze financiële problemen het hoofd wil bieden door gebruik te maken van zijn recht de verzekering door de verzekeraar te doen afkopen, zou het ongewenst zijn dat hij tot na de verificatievergadering dient te wachten op een uitkering. In dat geval kan hij de curator verzoeken om een tussentijdse uitkering. Hij zal dan moeten aanvoeren dat het wachten tot na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. In andere gevallen zal de begunstigde die gebruik maakt van zijn recht om de verzekering te doen afkopen moeten wachten tot na de verificatievergadering. De reden daarvoor is dat het ongewenst is dat begunstigten al dan niet massaal gebruik maken van dit recht om hun uitkering eerder te ontvangen of in de hoop te voorkomen dat het uiteindelijk uit te keren bedrag lager is dan de afkoopsom.

Voor de volledigheid wordt ingegaan op de situatie waarin de verzekerde gebeurtenis zich nog niet heeft voorgedaan. Als voorbeeld kan worden genoemd dat de pensioengerechtigde leeftijd niet voor de verificatievergadering zal worden bereikt. In dat geval is uit de aard der zaak geen aanleiding voor tussentijdse uitkeringen. De curator berekent de contante waarde van de verzekering, en zal het uit te keren bedrag in de uitdelingslijst ten behoeve van de verificatievergadering opnemen.

Met betrekking tot andere verzekeringen is de situatie anders. De begunstigde

ondervindt geen financieel nadeel van het faillissement van de verzekeraar zolang zich nog geen schade heeft voorgedaan. In dat geval kan het voor de verzekeringnemer aanbevelingswaardig zijn een nieuwe overeenkomst te sluiten met een andere verzekeraar. In het voorliggende wetsvoorstel is bepaald dat bij dit type verzekering de curator slechts dan een tussentijdse uitkering doet wanneer het verzekerde risico zich heeft voorgedaan voorafgaand aan de zestigste dag na de faillietverklaring. Daaronder valt in de eerste plaats het geval waarin de schade is ontstaan voorafgaand aan de faillietverklaring en de verzekeraar de schade nog niet heeft vergoed. Voorts valt daaronder het geval waarin de schade ontstaat binnen 60 dagen na de faillietverklaring. De gedachte hierachter is dat de verzekeringnemer binnen 60 dagen na de faillietverklaring een nieuwe overeenkomst kan sluiten met een andere verzekeraar. Als voorbeeld kan worden genoemd een brandverzekering met betrekking tot een onroerend goed. Wanneer binnen 60 dagen na de faillietverklaring door brand schade ontstaat aan het onroerend goed, doet de curator een tussentijdse uitkering indien ook aan de overige voorwaarden, zoals toestemming van de rechter-commissaris, is voldaan. Ontstaat de schade na de 60-dagen-termijn, dan doet de curator geen tussentijdse uitkering. Wanneer de begunstigde heeft nagelaten binnen 60 dagen een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten, is de consequentie daarvan niet alleen dat hij uiteraard geen andere verzekeraar kan aanspreken, maar ook dat hij moet wachten tot na de verificatievergadering op een uitkering, uiteraard mits aan de overige vereisten voor uitkering is voldaan.

Voor het geval waarin de verzekeringnemer de periode van 60 dagen heeft benut om een nieuwe overeenkomst te sluiten met een andere verzekeraar met betrekking tot hetzelfde risico, zijn nog enkele aanvullende regels opgenomen. Wanneer de verzekeringnemer een nieuwe verzekeringsovereenkomst heeft gesloten en wanneer schade zich voordoet binnen de 60-dagen-termijn, is die schade gedekt door zowel de failliete verzekeraar als de nieuwe verzekeraar. In dat geval bestaat geen aanleiding om aan de begunstigde het recht op een tussentijdse uitkering te geven omdat hij ook de nieuwe verzekeraar kan aanspreken. De nijpende situatie waarin de begunstigde zou komen te verkeren doordat hij geen uitkering ontvangt, doet zich niet voor. Daarom is bepaald dat in dat geval hij geen recht heeft op een tussentijdse uitkering. Voor de goede orde wordt gewezen op artikel 7:961 BW, dat bepaalt dat, indien dezelfde schade door meer dan een verzekering wordt gedekt, de verzekerde elke verzekeraar kan aanspreken. Deze regel blijft onverminderd gelden. Het staat de begunstigde dan ook vrij om de failliete verzekeraar aan te spreken. Het is evenwel niet in zijn belang om dat te doen, omdat hij dan tot na de verificatievergadering op een uitkering moet wachten. Wanneer de begunstigde de nieuwe verzekeraar aanspreekt ter zake van schade die is ontstaan binnen de 60-dagen-termijn, is het mogelijk dat de nieuwe verzekeraar niet de volledige schade vergoedt, bijvoorbeeld omdat het overeengekomen verzekerde bedrag niet toereikend is of wegens een overeengekomen eigen risico. Voorstelbaar is dat de begunstigde de failliete verzekeraar aanspreekt voor de schade die niet wordt vergoedt door de nieuwe verzekeraar. Die vordering komt niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking. Het betreft een vordering ter zake van dezelfde schade. Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin schade uit een voorval voor een bedrag tot € 500.000 is verzekerd bij de ene verzekeraar en voor een bedrag tussen € 500.000 en € 1.000.000 bij een andere verzekeraar. Dit zijn geen vorderingen ter zake van dezelfde schade.

### *Voorwaarden voor een tussentijdse uitkering*

De curator doet een uitkering voorafgaand aan de verificatievergadering indien aan een aantal voorwaarden is voldaan.

Voorop staat dat de curator alleen dan een tussentijdse uitkering kan doen indien hij naar verwachting de vordering in de verificatievergadering niet zal betwisten. Wanneer de verzekeringnemer zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst niet is nagekomen, bestaat geen vordering, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald. Wanneer de schade niet door de verzekering wordt gedekt, bestaat evenmin een vordering. De curator zal zich moeten afvragen of in een "gewone" situatie, dat wil zeggen, in de situatie waarin geen faillissement is uitgesproken, de begunstigde een vordering zou hebben gehad. Is dat niet het geval, dan keert hij niet tussentijds uit. Dit volgt uit het commune overeenkomstenrecht en behoeft niet uitdrukkelijk te worden bepaald.

Voorts dient de vordering opeisbaar te zijn. Er zullen veel begunstigten zijn die een vordering hebben waarvan het tijdstip van de opeisbaarheid in de toekomst ligt, bijvoorbeeld vorderingen tot pensioenuitkeringen. Zo lang de vordering niet opeisbaar is, komt zij niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering.

De volgende voorwaarde is dat de rechter-commissaris daarvoor toestemming heeft gegeven. In dit verband wordt erop gewezen dat de curator een inschatting zal maken van het percentage dat de schuldeisers op hun vordering zullen ontvangen. Het is te verwachten dat de curator daarbij enigszins behoedzaam te werk gaat. De curator zal de contante waarde van de polissen moeten berekenen ten behoeve van de uitkeringslijst die hij op grond van artikel 137d Faillissementswet voor goedkeuring aan de rechter-commissaris voorlegt. Bij verzekeringen met een afkoopwaarde zal hij daarbij onder andere sterftetafels hanteren: hoe lang zal een begunstigde na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd naar verwachting nog leven en gerechtigd tot een uitkering zijn? Voorts zal hij moeten inschatten hoe groot de totale schuldenlast is in verhouding tot de waarde van de totale activa. Aldus komt hij tot een schatting van het percentage dat de begunstigten uiteindelijk op hun vordering zullen ontvangen. De rechter-commissaris geeft toestemming indien de curator aannemelijk maakt dat het percentage dat de begunstigten als voorschot op hun vordering ontvangen is gebaseerd op een prudente schatting van het percentage dat de schuldeisers uiteindelijk op hun vordering zullen ontvangen. Anders gezegd: aannemelijk moet zijn dat schuldeisers als gevolg van de tussentijdse uitkeringen niet een bedrag ontvangen dat te groot is in verhouding tot hetgeen waarop zij uiteindelijk recht blijken te hebben. Hierbij wordt erop gewezen dat het voor de curator niet goed doenlijk is om een en ander per begunstigde snel in detail uit te rekenen; dat is immers juist de belangrijkste oorzaak van het feit dat de verificatievergadering niet snel kan worden gehouden. De curator kan hier gebruik maken van de berekeningsmethoden die DNB tot haar beschikking heeft voor het hanteren van het no-creditor-worse-off-beginsel, waarbij zogeheten homogene risicogroepen kunnen worden gebruikt.

Hieronder wordt ingegaan op de vraag wat rechtens is, indien zij toch te veel hebben ontvangen. In geval van periodieke uitkeringen betreft de toestemming ook de frequentie. Naar verwachting zal de frequentie niet vaak tot discussie

leiden. De curator heeft niet per individuele schuldeiser een berekening te maken. Voldoende is dat hij per categorie schuldeisers een berekening maakt. Bovendien heeft hij niet onomstotelijk te bewijzen welk percentage een schuldeiser uiteindelijk precies ontvangt. Voldoende is dat hij aannemelijk maakt dat de schuldeiser bij benadering ontvangt waarop hij recht heeft. Aldus wordt voldoende waarschijnlijk dat een schuldeiser na de verificatievergadering niet onaangenaam wordt verrast doordat de curator het uiteindelijke bedrag aanzienlijk naar beneden moet bijstellen, alsook dat andere schuldeisers geen nadeel ervan ondervinden dat een schuldeiser te veel heeft ontvangen. Toestemming van de rechter-commissaris is niet alleen vereist voor de vaststelling van de hoogte en in voorkomend geval de frequentie van de uitkeringen, maar ook, bij periodieke uitkeringen, voor een wijziging of beëindiging. Voorstelbaar is dat nieuwe ontwikkelingen de curator in staat stellen een hogere tussentijdse uitkering te doen, dan wel juist nopen tussentijdse uitkeringen te verlagen of, in uitzonderlijke omstandigheden, te beëindigen. In beide gevallen is toestemming van de rechter-commissaris vereist, enerzijds om het fonds te beschermen dat aan andere schuldeisers het bedrag moet vergoeden dat zij te weinig zouden ontvangen doordat de verhoging uiteindelijk ten koste gaat van de uitkering die aan hen wordt gedaan, dan wel, anderzijds, de begunstigde een zekere bescherming te bieden tegen een te grote verlaging.

Bij schadeverzekeringen is een uitkering slechts dan voor tussentijdse uitkering vatbaar, indien het een substantieel bedrag betreft. Een schadeverzekering kan dekking bieden tegen zeer uiteenlopende schades, van het afbranden van een huis tot de diefstal van een fiets. In het eerste geval kan van de begunstigde niet worden verlangd dat hij eerst na de verificatievergadering een uitkering ontvangt, in het tweede geval wel. Het bedrag waarboven een tussentijdse uitkering kan worden gedaan, is gesteld op € 12.500. Daarbij is aangesloten bij de Vrijstellingsregeling Wft. Eén van de voorwaarden waaraan een verzekeraar moet voldoen om te worden vrijgesteld van het prudentiële toezicht is dat hij geen verzekeringsovereenkomsten sluit met een dekking van meer dan € 12.500 per geval.

Desgewenst kan de begunstigde die een vordering lager dan € 12.500 heeft, een bedrag lenen, al dan niet onder het cederen van de vordering die hij op de boedel heeft aan de uitlener. Voor de goede orde wordt herhaald dat bij schadeverzekering een tussentijdse uitkering slechts wordt gedaan indien het risico zich heeft verwezenlijkt voorafgaand aan de faillietverklaring of binnen 60 dagen daarna. De grens van € 12.500 geldt niet voor levensverzekeringen, en verzekeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen. Wanneer de verificatievergadering twee jaar na de faillietverklaring zou plaatsvinden, zou het stellen van de grens van € 12.500 erop neer kunnen komen dat de begunstigde gedurende die periode ongeveer € 500 per maand minder aan inkomsten zou hebben. Dat is ongewenst.

Als laatste voorwaarde voor vorderingen, ontstaan na de faillietverklaring, is opgenomen dat de begunstigde de vordering ter verificatie heeft ingediend. Deze voorwaarde geldt niet voor vorderingen die reeds bestaan op het tijdstip van faillietverklaring. Deze laatste vorderingen moeten wel worden ingediend ten behoeve van de verificatievergadering, maar indiening is geen voorwaarde voor een tussentijdse uitkering.

#### *Vorderingen van werknemers*

In de rangregeling van artikel 213m, tweede lid, onderdeel b, en derde lid,

onderdeel a, worden eveneens genoemd vorderingen van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot reeds vervallen termijnen van pensioen voor zover de vordering niet ouder is dan een jaar. Ook op deze vorderingen doet de curator een tussentijdse uitkering, omdat de begunstigde in de regel geheel of gedeeltelijk afhankelijk is van deze uitkeringen om in zijn levensonderhoud te voorzien. Van de begunstigde kan evenmin worden verlangd dat hij in de tijd tot de verificatievergadering deze uitkeringen niet ontvangt. Bij de keuze de bevoorschotting van deze vorderingen te beperken tot vorderingen van niet ouder dan een jaar is aangesloten bij de rangregeling.

Voorts worden in de rangregeling nog twee andere typen vorderingen van werknemers genoemd. Het eerste type vordering is de vordering van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen. Begunstigden zijn niet gedeeltelijk of geheel afhankelijk van pensioentermijnen die eerst in de toekomst tot uitkering komen. Daarom is dit type vordering niet in de bevoorschotting opgenomen. Het tweede type vordering van werknemers dat in de rangregeling wordt genoemd bestaat uit de vorderingen van werknemers met betrekking tot het loon over het voorgaande jaar en hetgeen over het lopende jaar is verschuldigd, benevens het bedrag van de verhoging van dat loon ingevolge artikel 7:625 BW alsmede het bedrag van de uitgaven, door de werknemer voor de verzekeraar als werkgever gedaan, en de bedragen, door de verzekeraar aan de werknemer krachtens titel 7.10 BW in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd. De vordering tot loon over een periode na de faillietverklaring moet als boedelvordering worden aangemerkt; deze vordering komt niet voor verificatie in aanmerking en dus ook niet in aanmerking voor bevoorschotting.

#### *Uitgezonderde vorderingen*

Er zijn verschillende categorieën vorderingen die worden uitgezonderd. De eerste categorie betreft gevallen waarin de begunstigde aanspraak kan maken op betaling door een ander. In die gevallen bestaat geen aanleiding voor tussentijdse uitkeringen. Ten eerste betreft het de vorderingen die een begunstigde heeft jegens een zorgverzekeraar als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Zorgverzekeringswet. Op grond van artikel 31, eerste lid, van die wet voldoet het Zorginstituut aan de verzekerde jegens de zorgverzekeraar bestaande vorderingen ter zake van een recht op vergoeding als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel b, of artikel 13 van die wet. De begunstigde zou zonder nadere regeling in dat geval in theorie ervoor kunnen kiezen om niet het Zorginstituut aan te spreken, maar aanspraak te maken op een tussentijdse uitkering. Bepaald wordt dat een dergelijke vordering niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking komt. Op grond van artikel 31, tweede lid, van de Zorgverzekeringswet gaan bedoelde vorderingen bij wijze van subrogatie over op het Zorginstituut voor zover dat instituut deze heeft voldaan. De vorderingen op de failliete verzekeraar die aldus op het Zorginstituut zijn overgegaan, komen niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking.

Ten tweede wordt artikel 25, eerste lid, onderdeel d, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen genoemd. Op grond van dat artikel kan degene die schade heeft geleden die door een motorrijtuig is veroorzaakt een recht op vergoeding van die schade geldend maken tegen het Waarborgfonds Motorverkeer in geval van onvermogen van de verzekeraar. De

vorderingen op de boedel ter zake van diezelfde schade zijn niet vatbaar voor een tussentijdse uitkering. Voorts bepaalt artikel 27, eerste lid, tweede alinea, tweede zin, van die wet dat het Waarborgfonds Motorverkeer tegenover de verzekeraar de rechten heeft van de benadeelde. In het wetsvoorstel is bepaald dat de curator geen tussentijdse uitkering doet op de vordering van het Waarborgfonds Motorverkeer op de boedel.

Overwogen is tevens vorderingen van een andere verzekeraar krachtens een overeenkomst van herverzekering uit te sluiten. Daarvan is afgezien. Voor zover de andere verzekeraar een rechtspersoon is die een grote onderneming of middelgrote onderneming drijft, komt hij in beginsel niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering, zoals hieronder toegelicht.

De tweede categorie vorderingen die wordt uitgezonderd zijn vorderingen die ontstaan dan wel opeisbaar of onvoorwaardelijk worden als gevolg van het aanvragen van het faillissement of de faillietverklaring dan wel door het handelen of het nalaten van de curator. De omstandigheid dat de vordering daardoor ontstaat dan wel opeisbaar of onvoorwaardelijk wordt is onvoldoende grond voor een voorschot.

De derde categorie vorderingen die wordt uitgezonderd zijn vorderingen waarbij voor het ontstaan dan wel het opeisbaar of onvoorwaardelijk worden wilsovereenstemming met de verzekeraar of een wilsuiking van een derde is vereist, en die wilsovereenstemming of wilsuiking eerst na de faillietverklaring plaatsvindt. De reden daarvoor is dat het ongewenst is dat, net als bij afkoop na de faillietverklaring, begunstigen door middel van de derde gebruik maken van een recht om hun uitkering eerder te ontvangen in de hoop te voorkomen dat het uiteindelijk uit te keren bedrag lager is dan de afkoopsom.

Met betrekking tot vorderingen tot schadevergoeding wordt het volgende opgemerkt. Een vordering tot schadevergoeding die niet is ontstaan uit de verzekeringsovereenkomst, maar bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad, valt buiten de werking van de hier voorgestelde regeling. Een vordering uit onrechtmatige daad is niet bevoorrecht. Het zou daarom in strijd met de systematiek zijn dat een voorschot op een dergelijke vordering zou worden voldaan voor andere vorderingen. Ontstaat een vordering tot schadevergoeding wel uit de verzekeringsovereenkomst, als gevolg van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit die overeenkomst, dan valt de vordering wel onder de voorgestelde regeling. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat ook voor deze vordering geldt dat zij slechts dan voor bevoorschotting in aanmerking komt wanneer zij opeisbaar is; zolang niet vaststaat dat deze vordering ook daadwerkelijk bestaat, komt zij niet voor bevoorschotting in aanmerking. Overwogen is of een dergelijke vordering alleen dan voor bevoorschotting in aanmerking moet komen indien het eerst na de verificatievergadering doen van een uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. Daarvan is afgezien. Een toets per individueel geval of die gevolgen onaanvaardbaar zijn wordt evenmin gehanteerd bij het uitkeren van een voorschot op een verzekeringsuitkering en zou de regeling te gecompliceerd en daardoor onuitvoerbaar maken.

*Wie komt in aanmerking voor een tussentijdse uitkering?*

In de eerste plaats doet de curator tussentijdse uitkeringen op vorderingen van

natuurlijke personen. Van hen kan het minst worden verlangd dat zij wachten tot na de verificatievergadering op het ontvangen van een uitkering. In de tweede plaats doet de curator tussentijdse uitkeringen aan rechtspersonen die op het tijdstip dat de vordering opeisbaar wordt een micro-onderneming of een kleine onderneming drijven. Voor de afbakening van deze kring ondernemingen is aangesloten bij de jaarrekeningenrichtlijn.

Thans wordt een onderneming als micro-onderneming onderscheidenlijk kleine onderneming gekwalificeerd indien aan twee van de drie van de volgende criteria is voldaan:

	balanstotaal in €	netto omzet in €	aantal werknemers
micro	350.000	700.000	10
klein	4.000.000	8.000.000	50

Op vorderingen van natuurlijke personen en rechtspersonen die micro-ondernemingen of kleine ondernemingen drijven, doet de curator steeds een tussentijdse uitkering, uiteraard mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan. Daarnaast is het mogelijk dat anderen in problemen zouden komen wanneer zij tot na de verificatievergadering moeten wachten op een uitkering: rechtspersonen die een middelgrote onderneming of zelfs een grote onderneming drijven. De curator doet aan hen een tussentijdse uitkering indien zij daarom verzoeken en de rechter-commissaris daarvoor toestemming heeft gegeven. De rechter-commissaris geeft toestemming indien het eerst na de verificatievergadering doen van een uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen voor de schuldeiser zou hebben.

#### *Definitieve uitkering*

Na de verificatievergadering doet de curator de definitieve uitkering. Daartoe berekent hij wat de hoogte van de uitkering van elke individuele begunstigde zou zijn geweest indien deze nog niets op zijn vordering had ontvangen, alsook de hoogte van de uitkeringen aan andere schuldeisers. Het ligt in de rede dat de curator aan elke schuldeiser eenmalig een uitkering doet en niet ook na de verificatievergadering doorgaat met periodieke uitkeringen. Met betrekking tot schuldeisers met een verzekering met een afkoopwaarde zal hij de contante waarde van de polis berekenen. Hij doet dit aan de hand van onder andere sterftetafels. Terzijde: ook voor begunstigten bij wie het verzekerde voorval, zoals het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zich nog niet heeft voorgedaan, berekent hij de contante waarde. Hiermee worden die begunstigten in staat gesteld een nieuwe verzekeringsovereenkomst bij een andere verzekeraar te sluiten.

De hoogte van de uitkering die een schuldeiser ontvangt is een percentage van het bedrag van de vordering, al dan niet nadat DNB eerder gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot bail-in, waarbij de curator rekening houdt met de rang van de vordering. De curator vermindert het aldus berekende bedrag met het bedrag dat de schuldeiser reeds aan tussentijdse uitkeringen heeft ontvangen. Ingeval de uitkomst positief is, keert hij het verschil uit. Ingeval de uitkomst negatief is, keert hij niets uit; de curator stelt de uitkering aan de desbetreffende schuldeiser in de uitdelingslijst die hij ter goedkeuring voorlegt aan de rechter-commissaris op nihil. In dat geval blijkt dat de schuldeiser te veel heeft ontvangen. Niet is uitgesloten dat de curator ter zake van hetgeen te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan, een vordering uit onverschuldigde betaling wenst in te stellen tegen de begunstigde. Voor zover

hij een vordering heeft in verband met de nihilstelling, is bepaald dat die vordering niet afdwingbaar is. Doordat te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan en het te veel betaalde niet kan worden teruggevorderd, zullen andere schuldeisers nadeel lijden. Dit nadeel wordt vergoed door het fonds. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze bijdrage van het fonds is beperkt tot hetgeen te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan. Het nadeel dat schuldeisers lijden doordat de boedel anderszins ontoereikend is om schulden volledig te voldoen, wordt niet door het fonds vergoed.

In de verrekening wordt rente buiten beschouwing gelaten. Tijdens de looptijd van het faillissement verschijnt rente over het boedelactief. Doordat de begunstigen een voorschot ontvangen voorafgaand aan de verificatievergadering, zal het boedelactief over een kleiner bedrag rente ontvangen dan in de situatie waarin geen voorschot zou zijn betaald. In theorie is denkbaar dat wordt voorgeschreven dat het bedrag van de rente die is gederfd als gevolg van het reeds uitbetaalde voorschot in mindering wordt gebracht door de curator op de definitieve uitkering. Hiervan is om meer dan een reden afgezien. In de eerste plaats zal het berekenen van de gederfde rente per begunstigde zo veel tijd vergen dat de kosten daarvan niet opwegen tegen de baten die de boedel zou genieten als gevolg van de vermindering. In de tweede plaats is het niet zo dat het bedrag aan rente dat door de boedel wordt gederfd, door de begunstigen wordt ontvangen. Zij zullen de ontvangen voorschotten immers aanwenden om in het levensonderhoud te voorzien. Het verrekenen van de rente zou door de begunstigen dan ook terecht niet als redelijk worden ervaren. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat dit aspect van de rente los staat van de regel dat rente die verschijnt na de dag van de faillietverklaring niet wordt geverifieerd (art. 128 Fw.). Deze regel wordt onverlet gelaten.

#### *Rechtsmiddelen*

De curator moet verschillende beslissingen nemen. In de eerste plaats moet hij beslissen of er wel een vordering tegen de boedel bestaat. Wanneer bijvoorbeeld de schade niet onder de dekking valt, zal de curator beslissen niet tot tussentijdse uitkering over te gaan omdat hij de vordering in de verificatievergadering zal betwisten. In een faillissement van een "gewone" schuldeiser vindt de betwisting plaats in de verificatievergadering, maar uit de aard der zaak kan daarop bij een vordering die voor tussentijdse uitkering in aanmerking komt niet worden gewacht. Het is ook mogelijk dat de curator van mening is dat de schuldeiser wel een vordering op de boedel heeft, maar dat deze niet in aanmerking komt voor een tussentijdse uitkering. Dit kan het geval zijn wanneer hij het oordeel betwist van een rechtspersoon die een grote onderneming drijft dat het naar maatstaven van redelijkheid en onbillijkheid niet onaanvaardbaar is dat deze op een uitkering moet wachten tot na de verificatievergadering, of dat de curator meent dat de schuldeiser eerst een andere verzekeraar dient aan te spreken. Voorts dient de curator, wanneer hij besluit toestemming te vragen aan de rechter-commissaris, tevens toestemming met betrekking tot de hoogte van de uitkering te vragen. Het is mogelijk dat een begunstigde het niet eens is met de beslissingen van de curator.

Voor al deze gevallen is het wenselijk een goedkope, informele procedure open te stellen. In het bestaande raamwerk van de Faillissementswet is een dergelijke procedure te vinden in artikel 69. Op grond van dat artikel kunnen



schuldeisers, de commissie van schuldeisers en de gefailleerde bij de rechter-commissaris opkomen tegen elke handeling van de curator, of van de rechter-commissaris een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht dan wel juist nalaat. Onder "handelingen" wordt mede begrepen "rechtshandelingen", dus ook de zojuist genoemde beslissingen. In beginsel is artikel 69 niet geschreven om aan degenen die daarin worden genoemd een aan hen persoonlijk toekomend recht tegenover de boedel geldend te maken. In het voorliggende wetsvoorstel wordt op dat beginsel een uitzondering gemaakt doordat wordt bepaald dat artikel 69 van overeenkomstige toepassing is op handelingen van de curator die verband houden met het al dan niet doen van een uitkering als bedoeld in artikel 213ma. Opgekomen kan worden tegen alle beslissingen in verband met tussentijdse uitkering, dus niet alleen de beslissing dat op een op zichzelf te erkennen vordering geen tussentijdse uitkering wordt gedaan of de beslissing met betrekking tot de hoogte van de tussentijdse uitkering, maar ook tegen de meer principiële beslissing dat de vordering zelf wordt betwist, bijvoorbeeld omdat de schade niet door de verzekering zou worden gedekt. In dit verband wordt opgemerkt dat in de Faillissementswet reeds een uitzondering op dat beginsel is gemaakt: in artikel 22a, vierde lid, vierde zin, wordt artikel 69 eveneens van overeenkomstige toepassing verklaard, juist om de begunstigde – in dat geval de gefailleerde – de beschikking te doen houden over uitkeringen die tot levensonderhoud zijn bestemd (zie ook HR 10 mei 1985, NJ 1985, 297, m.nt. W.C.L van der Grinten).

De toestemming van de rechter-commissaris is vereist voor het doen van een tussentijdse uitkering, de hoogte en, indien het een periodieke uitkering betreft, de frequentie daarvan, alsmede voor een beëindiging of wijziging. Daarnaast is de toestemming van de rechter-commissaris vereist voor het doen van een tussentijdse uitkering aan een andere persoon dan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die een micro-onderneming of kleine onderneming drijft. Zowel het verlenen van de toestemming als de weigering daarvan is een beslissing waarop artikel 67 van toepassing is. Dat betekent dat gedurende vijf dagen beroep op de rechtbank mogelijk is. Bedoelde beslissingen zijn geen beschikkingen in zaken die het beheer of de vereffening van de boedel betreffen, zodat artikel 85 niet van toepassing is. Dit heeft tot gevolg dat de rechtbank niet in hoogste ressort de beschikkingen wijst.

#### *Gevolgen voor bestaande overeenkomsten*

Voor de goede orde wordt benadrukt dat de regeling betreffende de tussentijdse uitkeringen slechts betrekking heeft op het tijdstip van de uitkeringen; de gevolgen van het faillissement voor het bestaan en de inhoud van de verzekeringsovereenkomsten zelf worden door deze regeling niet gewijzigd. Voor de volledigheid wordt toch in het kort stilgestaan bij de invloed die het faillissement uitoefent op bestaande overeenkomsten.

Voorop wordt gesteld dat in de praktijk de levensverzekeringsovereenkomst zelf voorziet in de rechten die de polishouder kan uitoefenen. Die kan hij ook in het geval van een faillissement uitoefenen. Zo lang een dergelijke regeling niet in strijd is met de paritas creditorum of de rangregeling is zij volstrekt toelaatbaar. Zo zal bij daarvoor in aanmerking komende levensverzekeringen zijn voorzien in de mogelijkheid van afkoop. Ook is in de praktijk in de polis bepaald wat er gebeurt indien de verzekeringnemer de premie niet meer voldoet. Er kan dan sprake zijn van automatische beëindiging van de

overeenkomst of automatische voortzetting waarbij de verzekeraar de eventueel verschuldigde premies voor de in de in de overeenkomst aanwezige risicoverzekeringen die worden voortgezet uit de premievrije waarde betaalt totdat de premievrije waarde nihil is geworden.

In theorie geldt artikel 37 Fw., op grond waarvan de wederpartij, dus de verzekeringscrediteur, aan de curator een termijn kan stellen waarbinnen deze moet verklaren of hij de overeenkomst nog gestand wil doen. Zou de curator de overeenkomst gestand willen doen, dan behoeft de verzekeringscrediteur zijn eigen prestatie - premiebetalings - niet op te schorten, en wordt zijn vordering op de boedel een boedelvordering en zal de curator zekerheid moeten stellen voor de nakoming. Wanneer de curator verklaart de overeenkomst niet gestand te willen doen, behoeft de verzekeringscrediteur niet langer premie te betalen. Hij zal zijn aanspraak op de contante waarde ter verificatie indienen bij de curator. De begunstigde zou ook zijn vordering tot vergoeding van de schade die hij leidt door de tekortkoming van de verzekeraar ter verificatie kunnen indienen, maar de vraag is of hij daarmee veel opschiet: de vordering tot schadevergoeding is concurrent en valt dus buiten de bijzondere rangregeling van artikel 213m Fw., en wordt in de gewone rangregeling als laatste voldaan (afgezien van achtergestelde vorderingen).

Zoals gezegd is dit de theorie. In de praktijk zal in de situatie waarin de polis niet in een regeling voorziet, de schuldeiser in het specifieke geval van het faillissement van een verzekeraar niet snel de weg van artikel 37 Fw. bewandelen. Waarschijnlijk zal de verzekeringscrediteur de betaling van premies eenvoudigweg staken, met de hierboven beschreven consequenties.

Ook in geval van een verzekering zonder afkoopwaarde, of bij schadeverzekeringen zoals een opstalverzekering tegen brand, heeft een faillissement geen gevolgen voor de inhoud en het bestaan van een verzekeringsovereenkomst. Wanneer reeds premie is betaald, en wanneer de verzekeringscrediteur de verzekeringsovereenkomst met de failliete verzekeraar ontbindt wegens tekortkoming van die verzekeraar heeft hij nog een vordering tot teruggave wegens teveel betaalde premies. Deze vordering is als laatste opgenomen in de bijzondere rangregeling in artikel 213m Fw. De begunstigde zal veelal een nieuwe verzekeringsovereenkomst met een andere verzekeraar sluiten, maar dat staat los van de gevolgen van het faillissement voor de overeenkomst met de failliete verzekeraar.

#### *Gevolgen voor de verificatie*

Voor de goede orde wordt eveneens benadrukt dat de voorgestelde regeling - op een kleine uitzondering na - geen heeft voor de wijze waarop de vordering van een begunstigde wordt geverifieerd. Voor de volledigheid wordt ook kort daarop ingegaan. Op het tijdstip van de faillietverklaring zijn er in het geval van verzekeringen die met zekerheid tot uitkering komen veel begunstigden die een vordering hebben die nog niet opeisbaar is of die recht geeft op een periodieke uitkering. Voor die situatie is artikel 131 Fw. geschreven. Dat artikel bepaalt dat een dergelijke vordering wordt geverifieerd voor haar waarde op de dag van de faillietverklaring. Deze waarde wordt ook wel de "contante waarde" genoemd. Aan de hand van een kansberekening en sterftetabels wordt berekend wat, actuariael gezien, het tijdstip is waarop de vordering de meeste kans maakt opeisbaar te worden of welke duur van een uitkeringsperiode de meeste kans maakt. Bovendien moet de vordering worden gediscoteerd tegen

een percentage: de disconteringsvoet. Vervolgens wordt deze waarde "teruggerekend" naar de datum van de faillietverklaring: de vorderingen worden geverifieerd voor hun contante waarde op het tijdstip van faillietverklaring. De berekening van de contante waarde van alle vorderingen is complex en daardoor een tijdrovend geheel. Juist daarom zal er de nodige tijd verstrijken tussen het tijdstip van de faillietverklaring en de datum waarop de verificatievergadering wordt gehouden, reden voor het introduceren van tussentijdse uitkeringen voorafgaand aan de verificatievergadering. Op grond van artikel 131, tweede lid, eerste zin, Fw. worden vorderingen die binnen één jaar na de faillietverklaring opeisbaar worden, behandeld alsof zij op het tijdstip van faillietverklaring opeisbaar waren; zij worden dus geverifieerd voor hun volle waarde. De berekening van de contante waarde kan dan dus achterwege blijven. Op grond van artikel 131, tweede lid, tweede zin, Fw. worden vorderingen die later dan één jaar na de faillietverklaring opeisbaar worden, geverifieerd voor de waarde die zij hebben na afloop van een jaar sedert de aanvang van het faillissement. In artikel 131, derde lid, Fw. worden de elementen genoemd die bij de berekening van de contante waarde in beschouwing moeten worden genomen. Met opzet is daarin niet in detail getreden. De bedoeling is dat de curator en de schuldeisers met elkaar in overleg treden.

De hierboven reeds aangestipte kleine uitzondering betreft het tijdstip waarop een verzekeringsvordering die eerst na de datum van de faillietverklaring ontstaat doordat zich pas dan het verzekerde voorval zich voordoet, wordt geverifieerd. Een dergelijke vordering kan uit de aard der zaak niet voor haar waarde worden geverifieerd op het ogenblik van de faillietverklaring, zoals artikel 130 Fw. voorschrijft, aangezien de vordering op dat ogenblik nog niet bestond. Daarom wordt bepaald dat een dergelijke vordering voor haar waarde wordt geverifieerd op de dag dat het risico zich verwezenlijkt.

#### *Gevolgen voor de bijzondere rangregeling*

Hierboven is reeds de bijzondere rangregeling in artikel 213m voor vorderingen in geval van het faillissement van een verzekeraar ter sprake gekomen. De bijzondere rangregeling gaat boven de rangregeling die geldt in het faillissement van een "gewone" schuldenaar. De regeling betreffende de tussentijdse uitkeringen laat deze rangregeling onverlet. Opmerking hierbij verdient dat de vordering betreffende in de toekomst tot uitkering komende pensioentermijnen een hoger voorrecht heeft dan de vordering tot niet-periodieke uitkeringen uit levensverzekering. Op dit laatste type vordering wordt een voorschot betaald. Deze wordt dus in tijd eerder betaald dan de vordering tot toekomstige pensioentermijnen en loonvorderingen die geen boedelvordering zijn, die beide een hoger voorrecht hebben. De curator, die toch al behoedzaam te werk moet gaan bij de inschatting van het percentage dat de begunstigde uiteindelijk zal ontvangen, zal ten aanzien van de niet-periodieke uitkeringen uit levensverzekering bij de inschatting rekening ermee moeten houden dat de vordering tot toekomstige pensioentermijnen een hoger voorrecht hebben, en nog behoedzamer moeten zijn. Ingeval de boedel na de verificatievergadering desalniettemin ontoereikend zou blijken te zijn om deze vorderingen te voldoen als gevolg van de omstandigheid dat aan begunstigten van verzekeringen een te hoog voorschot is uitgekeerd, bestaat een aanspraak op de financieringsregeling. De bevoorschotting heeft dus niet tot gevolg dat de bevoorrechte schuldeisers erop achteruit zouden gaan.

### ***Wijziging criterium faillissement***

Het criterium waaraan moet zijn voldaan voor het uitspreken van het faillissement van een verzekeraar is in het bestaande recht hetzelfde als het criterium voor het uitspreken van de overdrachtsregeling en de noodregeling. De overdrachtsregeling en de noodregeling worden niet alleen omgevormd tot afwikkelingsmaatregelen, maar bovendien wordt het criterium voor het nemen van deze afwikkelingsmaatregelen anders geformuleerd dan het criterium op grond waarvan op dit moment de overdrachtsregeling en de noodregeling kunnen worden uitgesproken. Dat is aanleiding om het criterium voor faillietverklaring aan te passen aan het criterium voor het nemen van de afwikkelingsmaatregelen. Hetzelfde is destijds voor banken gedaan bij de implementatie van de BRRD. Verwacht mag worden dat de andere formulering in de praktijk niet leidt tot grote verschillen.

### ***Machtiging wijziging verzekeringsovereenkomst***

Onder het huidige recht kan de bewindvoerder in de noodregeling rechten en verplichtingen overdragen. Vaak zal alleen dan een derde bereid worden gevonden de portefeuille over te nemen indien rechten van de begunstigen worden aangepast; anders zou de derde de financieel ongezonde situatie ongewijzigd overnemen. Daarom is in artikel 3:195 bepaald dat aan de bewindvoerder een bijzondere machtiging kan worden verleend om de verzekering bij overdracht van rechten en verplichtingen krachtens verzekering te wijzigen. De noodregeling, en daarmee ook artikel 3:195, wordt afgeschaft en daarvoor in de plaats wordt een afwikkelinstrumentarium geïntroduceerd. Niet geheel ondenkbaar is evenwel dat zich in de praktijk een situatie voordoet die, door welke oorzaak dan ook, zich niet goed leent voor de toepassing van afwikkelinstrumenten en waarin DNB direct het faillissement van de verzekeraar aanvraagt. De curator zal in dat geval op zoek gaan naar een derde die bereid is de portefeuille over te nemen. Dan doet zich dezelfde situatie voor als thans in de noodregeling, namelijk dat een derde vaak alleen dan bereid is de portefeuille over te nemen indien de rechten van begunstigen worden aangepast. De huidige regeling van het faillissement voorziet niet in de mogelijkheid van aanpassing die de huidige noodregeling wel biedt. Deze mogelijkheid wordt thans geïntroduceerd. Omdat ook voor banken de noodregeling zal komen te vervallen wordt eenzelfde bepaling geïntroduceerd voor banken.

### ***§5. Fiscale aspecten van het wetsvoorstel***

De in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen kunnen ook fiscale gevolgen hebben. Deze betreffen in ieder geval de loon- en inkomstenbelasting, die verschuldigd zijn bij uitkering van pensioen of uitkeringen uit levensverzekeringen, en de vennootschapsbelasting die door de onderneming is verschuldigd. Nader zal worden gezien in hoeverre voor de verschillende onderwerpen aanpassing van de fiscale regelgeving noodzakelijk is. Daarbij wordt beoogd een goede balans te treffen tussen het belang van een doeltreffende en rechtvaardige belastingheffing en het belang dat met dit voorstel wordt beschermd, namelijk dat van de polishouder bij een verzekeraar. Eventuele aanpassingen van de fiscale regelgeving zullen niet in het onderhavige voorstel worden opgenomen. Om die reden wordt hierop thans niet nader ingegaan.

### ***§6. Verhouding tot Handvest van de Grondrechten en EVRM***

Ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: het Eerste Protocol) en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) heeft iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Toepassing van in dit wetsvoorstel opgenomen afwikkelingsinstrumenten, bijvoorbeeld het toepassen van het instrument van bail-in om aandelen of andere eigendomsinstrumenten in te trekken of in waarde te verminderen, kan een inbreuk vormen op het door het EVRM en het Handvest beschermde recht op een ongestoord genot van zijn eigendom. Hetzelfde kan overigens *grosso modo* ook gelden voor de bevoegdheden van DNB in de voorbereidingsfase.

Het Eerste Protocol en het Handvest tasten niet het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vereist artikel 1 van het Eerste Protocol in de eerste plaats dat elke inbreuk door de Staat op het ongestoorde genot van eigendom bij de wet voorzien en in overeenstemming met het nationale recht is. Dit nationale recht moet voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voldoende voorzienbaar zijn (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](http://www.echr.coe.int)). De inbreuk moet in de tweede plaats een legitiem in het algemeen belang gelegen doel dienen. In de derde plaats is een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Dit vereist een evenwicht tussen het nagestreefde doel en de bescherming van individuele rechten. Bij de beoordeling van wat het algemeen belang vergt en de keuze van de middelen om dit te bereiken, komt de nationale wetgever «a wide margin of appreciation» toe. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft voorts benadrukt dat deze «wide margin of appreciation» zeker geldt voor maatregelen op het terrein van het bewaken van de stabiliteit van het bancaire en financiële stelsel (zie onder meer het arrest van het EHRM van 24 november 2005, Capital Bank AD tegen Bulgarije, nr. 49429/99, par. 136; [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

Hieronder zal nader worden ingegaan op de voorwaarden die aan een beperking van het recht op een ongestoord genot van eigendom worden gesteld.

#### *Bij wet voorzien*

De bevoegdheden die thans worden geïntroduceerd en daarmee de grondslag voor beperking van het recht op een ongestoord genot van eigendom worden beheerst door het onderhavige wetsvoorstel. Hierin wordt bepaald welke voorwaarden zijn verbonden aan het uitoefenen van bevoegdheden en toepassen van maatregelen door DNB en welke maatregelen DNB in het kader van de afwikkeling van een verzekeraar kan nemen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarde dat de inbreuk bij wet voorzien is.

#### *Legitiem doel in het algemeen belang*

Hiervoor is reeds gewezen op de doelstellingen van afwikkeling. Toepassing van de afwikkelingsinstrumenten in het publieke belang heeft, in algemene zin, in de eerste plaats tot doel de belangen van polishouders van de verzekeraar te beschermen. In het verlengde hiervan wordt met afwikkeling beoogd significante sociale en maatschappelijke onrust en significante nadelige gevolgen voor de financiële markten en de economie te voorkomen.

Verder is vereist voor de toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium dat aan de drie voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, waaronder de voorwaarde dat een afwikkelingmaatregel noodzakelijk is in het algemeen belang (dit maakt aldus expliciet deel uit van de criteria voor het toepassen van het afwikkelingsinstrumentarium).

#### *Proportionaliteit*

Het Eerste Protocol vereist dat er een evenwicht bestaat tussen het doel dat wordt nagestreefd en de inbreuk op het eigendomsrecht. Daarbij wordt overigens opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat minder belastende alternatieve maatregelen waarmee eenzelfde doel kan worden bereikt denkbaar zijn, op zichzelf geen grond oplevert voor het oordeel dat er geen evenwichtige verhouding is tussen het doel en de middelen om dat doel te bereiken (zie het arrest van het EHRM van 21 februari 1986, James en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 8793/79, par 51; [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

In de eerste plaats wordt vereist dat aan de hand van een ex-ante waardering dient te worden bepaald wat de omvang van het kapitaalgebrek is waarmee de onderneming kampt. De maatregelen die in het kader van de afwikkeling worden genomen worden gerelateerd aan die behoefte en moeten daarom proportioneel zijn. Met de proportionaliteits eis wordt voorts beoogd te voorkomen dat sprake is van een zogenoemde excessieve en individuele last ("excessive burdens"). In dit verband moet worden gewezen op de voorwaarde dat geen enkele crediteur van de instelling in afwikkeling in een nadeliger positie mag worden gebracht dan hij zou zijn indien de instelling onmiddellijk voorafgaand aan de toepassing van de afwikkelingsinstrumenten via een reguliere faillissementsprocedure zou worden afgewikkeld (het «no creditor worse off»-beginsel).

Uit het bovengenoemde arrest James kan eveneens worden afgeleid dat aan degenen van wie aandelen, obligaties of leningen worden onteigend een compensatie moet worden geboden die in redelijke verhouding staat tot de waarde van de eigendom. Daartoe is bepaald dat na afwikkeling een onafhankelijke waardering wordt verricht teneinde te beziën of aan die voorwaarde is voldaan. Is dit niet het geval dat bestaat een recht op financiële compensatie. Daarmee wordt, gelet op het «no creditor worse off»-beginsel, ook aan deze voorwaarde voldaan.

#### **§7. Verhouding tot communautair recht**

Anders dan het kader voor banken en beleggingsondernemingen heeft dit nieuwe regime voor verzekeraars geen Europese herkomst. Dat heeft onder meer tot gevolg dat zal moeten worden bepaald in hoeverre de hierin vervatte regels in overeenstemming zijn met het communautaire recht inzake vrij

verkeer en staatssteun.

Vooraf kan nog worden opgemerkt dat hetgeen in het onderhavige voorstel wordt geregeld buiten het bereik valt van de richtlijn Solvency II. Die richtlijn, die volledige harmonisatie van de prudentiële regels voor verzekeraars behelst, richt zich op vergunninghoudende, zich in een *going concern*-situatie bevindende, verzekeraars. Het regime dat nu wordt voorgesteld ziet bij uitstek op een verzekeraar die zich in een *gone concern*-situatie bevindt. De toepasselijkheid van dit regime vangt aan waar de richtlijn Solvency II eindigt. Hierop is reeds nader ingegaan bij de bespreking van de criteria voor afwikkeling.

De karakterisering van deze regeling als regeling voor *gone concern*-verzekeraars verklaart tevens waarom de hierin vervatte bevoegdheden andere regels die ook deels een communautaire achtergrond hebben, bijvoorbeeld waar het gaat om de rechten van aandeelhouders bij een beursgenoteerde vennootschap, terzijde kunnen schuiven. Vergelijkbaar met de situatie in de noodregeling of faillissement, gelden dergelijke regels niet wanneer een verzekeraar in afwikkeling is geplaatst en als zodanig uit het normale economische en rechtsverkeer is genomen.

Het is denkbaar dat de maatregelen die in dit voorstel zijn vervat, worden gekwalificeerd als een belemmering van het vrije verkeer van vestiging zoals dat wordt beschermd door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het is immers denkbaar dat een onderneming met zetel in een andere lidstaat het risico om in Nederland aan de toepassing van afwikkelingsmaatregelen te worden onderworpen, als belemmering ervaart. Hetzelfde geldt - wellicht nog meer - voor het feit dat ten aanzien van dergelijke ondernemingen maatregelen kunnen worden geëist die de afwikkelbaarheid van de verzekeraar vergroten. Nu de bepalingen in dit hoofdstuk slechts van toepassing zijn op ondernemingen met zetel in Nederland worden de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten niet geraakt.

Op het verbod op een belemmering van het vrije verkeer zijn slechts dan uitzonderingen mogelijk indien is voldaan aan een drietal criteria: de regeling moet gerechtvaardigd worden door een zogenoemde dwingende reden van algemeen belang<sup>16</sup>, de belemmering moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te realiseren, en de belemmering mag niet verder gaan dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is (proportionaliteitsvereiste).

Ten aanzien van het eerste criterium kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin het Hof overwoog dat de handhaving van de goede reputatie van de nationale financiële sector een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die beperkingen op het vrij verkeer kan rechtvaardigen.<sup>17</sup> Daarnaast beoogt de regeling bescherming van consumenten van verzekeraars (polishouders). Ook consumentenbescherming is een door het Hof van Justitie erkende dwingende reden van algemeen

---

<sup>16</sup> Hierbij wordt er korthedshalve vanuit gegaan dat de zogenoemde verdragsexcepties uit de artikelen 51 en 52 VWEU (openbare orde; openbare veiligheid, volksgezondheid en werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag) niet van toepassing zijn.

<sup>17</sup> HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, NJ 1995, 703 (Alpine Investments). Het betreft in deze zaak een belemmering van het vrij verkeer van diensten, deze rechtspraak is echter evenzeer toepasbaar op het vrij verkeer van vestiging.

belang.<sup>18</sup>

Ten aanzien van het tweede en derde criterium geldt het volgende. In de eerste plaats is het voorstel voor een nieuw regime voor de afwikkeling van verzekeraars een resultante van een beoordeling van de bestaande instrumenten. Die instrumenten bleken onvoldoende toepasbaar, onder meer als gevolg van gewijzigde macro-economische omstandigheden of juridische kaders. Thans wordt uitdrukkelijk beoogd een nieuw regime te formuleren dat wel geschikt is om de genoemde afwikkelingsdoelen te bereiken. In de tweede plaats kan worden gewezen op het feit dat de Richtlijn herstel en afwikkeling van banken en de implementatie daarvan in de wet, die in sterke mate vergelijkbare doelen nastreeft, als belangrijke inspiratiebron voor dit wettelijk kader heeft gediend. Met andere woorden: er is aangesloten bij een reeds bestaand wettelijke regime met een Europese herkomst. Ten slotte kan worden gewezen op hetgeen hierboven reeds is opgemerkt over de aanbevelingen die in de G20 / Financial Stability Board zijn gedaan over de resolutie van systeemrelevante verzekeraars. Bij deze aanbevelingen is, zoals al is opgemerkt, aangesloten.

### **§8. Bekostiging**

De kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling en zo nodig ook de kosten van de afwikkeling zelf, worden, overeenkomstig de in de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) vastgelegde systematiek, doorberekend aan de instellingen waarop hoofdstuk 3A.3 Afwikkeling van verzekeraars van de Wft van toepassing is. De Wbft wordt hierop aangepast. Mede om vermenging met de financiering van andere taken te voorkomen, is ervoor gekozen om bedoelde instellingen onder te brengen in een nieuwe bijlage V van de Wbft.

### **§9. Administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten**

Wet- en regelgeving brengt kosten met zich mee doordat bepaalde instellingen (en/of burgers) deze regels moeten naleven. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten voor de verzekeringssector die voortvloeien uit deze wet.

Eerst wordt een overzicht gegeven van de verschillende begrippen die een rol spelen bij de bepaling van administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Vervolgens wordt de doelgroep vastgesteld en de verplichtingen waaraan deze dient te voldoen. Tot slot volgt een berekening van de verschillende lasten en kosten die uit deze verplichtingen voortvloeien. Belangrijk om vooraf op te merken is dat enkel de verandering in kaart wordt gebracht van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten die dit wetsvoorstel met zich mee brengt ten opzichte van de al bestaande wet- en regelgeving.

#### *Definities en begrippen*

De kosten die wet- en regelgeving met zich meebrengt kunnen worden onderscheiden in enerzijds administratieve lasten en anderzijds inhoudelijke nalevingskosten.

---

<sup>18</sup> Zie onder meer het arrest van het Hof in zaak C-210/96 (Gut Springenheide) Jur. 1998, p. I-4657.



Administratieve lasten zijn de kosten die bedrijven maken om te voldoen aan informatieverplichtingen voortvloeiend uit de wet- en regelgeving van de overheid. Het gaat om informatieverplichtingen richting de overheid en zelfstandige bestuursorganen zoals DNB. Hierbij kan gedacht worden aan het leveren van door DNB opgevraagde informatie ten behoeve van het afwikkelingsplan.

Inhoudelijke nalevingskosten zijn de kosten die bedrijven maken om te voldoen aan de inhoudelijke verplichtingen die wet- en regelgeving stelt. Inhoudelijke verplichtingen zijn verplichtingen om bepaalde handelingen of gedragingen te doen of juist na te laten. Informatieverplichtingen aan derden, anders dan (zelfstandige) bestuursorganen of rechtspersonen met een wettelijke taak, vallen onder het begrip inhoudelijke nalevingskosten. Een voorbeeld betreffende de inhoudelijke nalevingskosten is de verplichting voor verzekeraars een voorbereidend crisisplan op te stellen en bij te houden. Bij de toedeling van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten dient ook rekening gehouden te worden met de categorie bedrijfseigen kosten. Deze categorie betreft de kosten die voortvloeien uit de wet- en regelgeving, maar die ook deel uitmaken van de kosten van de normale bedrijfsvoering. Omdat deze kosten ook gemaakt dienen te worden als wet- en regelgeving hiertoe niet verplichtte, worden deze kosten buiten beschouwing gelaten in de berekening van de lasten voor de verzekeraars.

Tenslotte is het ook belangrijk om een onderscheid te maken tussen enerzijds incidentele (eenmalige) kosten en anderzijds structurele (terugkerende) kosten. Kosten die terugkeren (bijvoorbeeld ieder kwartaal, ieder jaar, iedere vier jaar etc.) zijn structurele kosten. Het overzicht zal dus een viertal type kosten in kaart brengen: incidentele administratieve lasten, structurele administratieve lasten, incidentele inhoudelijke nalevingskosten, en structurele inhoudelijke nalevingskosten.

#### *Omvang doelgroep*

Om te bepalen hoe hoog de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten zullen zijn voor de verzekeringssector, moet het aantal verzekeraars waar dit wetsvoorstel op van toepassing is in kaart worden gebracht. Dit wetsvoorstel is van toepassing op alle onder prudentieel toezicht staande verzekeraars. Echter, de verzekeraars met beperkte risico-omvang (Solvency II Basic verzekeraars) zullen worden vrijgesteld van het maken van een voorbereidend crisisplan. Ook zal DNB geen afwikkelingsplan maken voor deze verzekeraars. Dit betekent dat deze verzekeraars niet worden geconfronteerd met administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten op grond van deze wet. Solvency II verzekeraars die opereren als zelfstandige eenheid of als verzekeringsgroep worden wel geconfronteerd met administratieve lasten.

Op basis van cijfers verkregen van DNB zijn de volgende aantallen vastgesteld (zie tabel 1):

**Tabel 1: Doelgroep**

	Aantal
Groepen	29
Dochters	87

*Specificatie verplichtingen*

Uit het wetsvoorstel vloeit een aantal nieuwe verplichtingen voort voor verzekeraars. Vooraf wordt opgemerkt dat voor de diverse verplichtingen geldt dat deze door DNB proportioneel moeten worden toegepast. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat DNB aan een zelfstandige schadeverzekeraar minder uitgebreide eisen stelt wat betreft het voorbereidende crisisplan dan aan een complexe verzekeringsgroep. De diverse verplichtingen worden hieronder nader beschreven.

*Opstellen en bijhouden van voorbereidend crisisplan*

DNB kan van alle Solvency II verzekeraars verlangen dat zij een voorbereidend crisisplan opstellen en bijhouden dat voorziet in maatregelen om de financiële positie van de verzekeraar te herstellen nadat er een aanzienlijke verslechtering van deze positie heeft plaatsgevonden. De verzekeraar moet het voorbereidend crisisplan minimaal één keer per jaar bijwerken. Bovendien verplicht het wetsvoorstel verzekeraars om na een wezenlijke verandering in de structuur of activiteiten het voorbereidend crisisplan direct aan te passen. De crisisplannen moeten worden voorgelegd aan DNB ter evaluatie. Het opstellen en bijhouden van een voorbereidend crisisplan valt onder inhoudelijke nalevingkosten. De lasten komen in beginsel jaarlijks voor en zijn dus structureel van aard.

Voor een aantal grote verzekeringsgroepen zijn al voorbereidende crisisplannen opgesteld op verzoek van DNB op basis van de wettelijke bepaling inzake de gezonde bedrijfsvoering. Dit wetsvoorstel geeft hier nu een afzonderlijke wettelijke basis voor en stelt daarbij enkele nieuwe eisen. Hier wordt in de berekening van de inhoudelijke nalevingkosten rekening mee gehouden.

*Herziening van voorbereidend crisisplan*

DNB kan na evaluatie van het voorbereidend crisisplan of gezien de financiële situatie van de verzekeraar, de verzekeraar verplichten met nieuwe plannen te komen. Het is niet te voorspellen wanneer dit gebeurt, welke stappen hierin worden genomen, hoe frequent dit gebeurt en hoe groot de kosten zijn. Bovendien behoeven verzekeraars die financieel gezond zijn en een goed crisisplan hebben niet aan deze verplichting te voldoen. Deze mogelijke kostenpost wordt daarom niet kwantitatief in de administratieve lastenparagraaf opgenomen.

*Volledige medewerking verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan*

DNB stelt een afwikkelingsplan op voor elke Solvency II verzekeringsgroep of zelfstandige Solvency II verzekeraar. Solvency II verzekeraars zijn verplicht om volledige medewerking te verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan, en om ook de gevraagde informatie en analyse aan te leveren. Dit valt onder structurele administratieve lasten, aangezien deze plannen periodiek worden bijgewerkt. Tot slot brengen verzekeraars DNB op de hoogte van alle veranderingen die een evaluatie of bijwerking van het afwikkelingsplan nodig maken, in welk geval het om incidentele administratieve lasten gaat.

*Herziening van afwikkelingsplannen*

Het kan ook zijn dat DNB na evaluatie van het afwikkelingsplan de verzekeraar verplicht om medewerking te verlenen aan het herzien van het afwikkelingsplan. Het is niet te voorspellen wanneer dit gebeurt, welke stappen hierin worden genomen, hoe frequent dit gebeurt en hoe groot de kosten zijn. Bovendien behoeven verzekeraars die een goed afwikkelingsplan hebben niet aan deze verplichting te voldoen. Deze mogelijke kostenpost wordt daarom niet kwantitatief in de administratieve lastenparagraaf opgenomen.

#### *Wegnemen van belemmeringen voor afwikkeling*

Daarnaast kan het zijn dat een verzekeraar op verzoek van DNB maatregelen moet nemen om belemmeringen voor afwikkeling weg te nemen. Dit kunnen onder meer aanpassingen in de structuur van de groep of de verzekeraar zijn. Zo is denkbaar dat in geval van een groep al het personeel van de verzekeraar in dienst is van de holding terwijl de holding beschikt over verschillende vergunninghoudende verzekeraars (bijvoorbeeld een levenbedrijf en een schadebedrijf). Dit kan een belemmering vormen voor de afwikkelbaarheid, waarvoor geldt dat DNB kan voorschrijven die belemmering weg te nemen, doordat personeel in dienst komt van de vergunninghoudende entiteit. Als ander voorbeeld kan worden gewezen op de ICT systemen van een verzekeraar die mogelijk een belemmering kunnen vormen voor een korting van rechten van polishouders. DNB kan voorschrijven die belemmering weg te nemen door de ICT systemen aan te passen zodat rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van een (tijdelijke) korting op de uitkering aan polishouders. Ook hiervoor geldt dat dit op verzoek van DNB dient te gebeuren.

Dit zijn slechts enkele voorbeelden. Het is niet uitgesloten dat andere belemmeringen voor afwikkeling worden geconstateerd die moeten worden weggenomen. Ook is niet uitgesloten dat er geen belemmeringen worden geconstateerd en dus ook geen kosten hoeven te worden gemaakt. DNB dient namelijk per verzekeraar een oordeel te vormen in hoeverre de verzekeraar afwikkelbaar is en welke eventuele maatregelen de verzekeraar in kwestie moet treffen. Deze kostenpost wordt daarom niet gekwantificeerd omdat het moeilijk in te schatten is in welke mate dit daadwerkelijk tot kosten zal leiden.

#### *Berekenen van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten*

Het wetsvoorstel betreft complexe regelgeving, waardoor het lastig is om tot een exacte schatting van de kosten te komen. Met name voor groepen geldt dat de berekening zeer complex is omdat deze vaak ook activiteiten in andere sectoren ontplooiën (bijvoorbeeld bancaire activiteiten) of over de grens. Om een berekening mogelijk te maken zijn deze activiteiten dan ook buiten beschouwing gelaten. Desondanks is gestreefd naar een getrouwe en realistische weergave van de lasten voor de verzekeringssector die het wetsvoorstel met zich brengt.

De totale administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten worden berekend door de som van de gemiddelde kosten per verplichting te vermenigvuldigen met het totale aantal verzekeraars. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen incidentele en structurele lasten en kosten. Een totaaloverzicht van de verandering in de kosten als gevolg van het wetsvoorstel is gegeven in tabel 3, inclusief splitsing naar administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten.

De kosten per verplichting worden bepaald door de tijd die besteed wordt aan de administratieve handeling te vermenigvuldigen met het standaard uurtarief.

Daarbij is het uurtarief afgesteld op de functiegroep die de administratieve handeling uitvoert. Het standaard uurtarief is vastgelegd in bijlage 5 van het Handboek Meting Regeldruk opgesteld door de Regiegroep Regeldruk. De tijd die besteed wordt aan de administratieve handeling is bepaald met input van de verzekeringssector. Daarnaast wordt als aanname genomen dat de kosten voor verzekeringsgroepen en zelfstandige eenheden gelijk zijn. Een overzicht van de geschatte gemiddelde kosten per verplichting wordt gegeven in tabel 2.

**Tabel 2: Gemiddelde kosten per verplichting (in euro's)**

<b>Verplichting</b>	<b>Gemiddelde kosten</b>	<b>Gemiddelde kosten (per dochter)</b>
Opstellen en bijhouden van voorbereidend crisisplan	189.945	35.336
Volledige medewerking verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan	92.880	23.220
<b>Totaal</b>	<b>282.825</b>	<b>58.556</b>

**Tabel 3: Totaal overzicht AL en INK (in euro's x 1000):**

	<b>Structureel</b>		<b>Incidenteel</b>		<b>Totaal</b>
	<i>Groep (inclusief dochters)</i>	<i>Zelfstandige Eenheid</i>	<i>Groep (inclusief dochters)</i>	<i>Zelfstandige Eenheid</i>	
<b>Administratieve lasten</b>	4.714	6.409	0	0	11.122
<b>Inhoudelijke Nalevingskosten</b>	1.682	2.599	6.900	10.507	21.689
		<b>Totaal structureel</b>		<b>Totaal incidenteel</b>	
		15.404		17.408	
					32.811

## **§10. Consultatie**

PM

## **ARTIKELSGEWIJS**

### **Wijziging van de Wet op het financieel toezicht**

#### **Artikel I**

#### **G**

De wijziging expliciteert dat een verzekeraar een voorbereidend crisisplan moet opstellen en bijhouden. Het voorbereidend crisisplan is het equivalent van hetgeen op grond van de BRRD (artt. 5 tot en met 9) het herstelplan is voor banken. De benaming voor verzekeraars luidt anders, omdat de Wft (art. 3:135 Wft) al een (ander) herstelplan voor verzekeraars kent. Het voorbereidend crisisplan eist dat een verzekeraar in financieel gezonde tijden

nadenkt over te nemen stappen voor de situatie waarin hij de solvabiliteitsvereisten (SCR/MCR) doorbreekt of dreigt te doorbreken. De verzekeraar moet inzicht geven in welke mate er dan nog herstel mogelijkheden zijn. Het voorbereidend crisisplan wordt een keer opgesteld en zo nodig jaarlijks geactualiseerd ter voorbereiding van het ontstaan van eventuele financiële problemen. Het doel van het plan is oplossingen aan te reiken voor mogelijke crisissituaties voor de betrokken verzekeraar en gaat hierbij nadrukkelijk in op de financiële, operationele en juridische haalbaarheid van deze oplossingen. Bij het opstellen van het in artikel 3:135 bedoelde herstelplan dan wel het in artikel 3:136 bedoelde financieel kortetermijnplan kan de verzekeraar gebruik maken van het voorbereidend crisisplan.

### **H tot en met J**

De verplichting een voorbereidend crisisplan op te stellen, geldt niet voor bijkantoren van de in de artikelen bedoelde financiële ondernemingen met zetel in een derde land.

### **K, L, M**

Een verzekeraar wiens vergunning wegens financiële problemen is ingetrokken, voldoet vanzelfsprekend niet meer aan de reguliere solvabiliteitseisen. Het is dan niet zinvol desondanks te bepalen dat een dergelijke verzekeraar aan die eisen moet voldoen. Tot heden is een uitdrukkelijke bepaling in een dergelijke situatie dat de verzekeraar niet hoeft te voldoen aan de solvabiliteitseisen niet nodig geacht. In het kader van de invoering van een afwikkelingskader in de Wft voor verzekeraars wordt voorgesteld om wel te voorzien in een expliciete bepaling met betrekking tot de solvabiliteitseisen na intrekking van de vergunning. Dat neemt niet weg dat het wenselijk is om ook bij een verzekeraar in afwikkeling te streven naar een beperkte buffer, een zogenoemde risicomarge, bovenop hetgeen naar de dan geldende beste inzichten de verplichtingen aan polishouders zijn. Als absolute ondergrens geldt dat de verzekeraar in afwikkeling te alle tijden in staat moet zijn ten minste datgene aan alle rechthebbenden uit te keren dat zij zouden hebben ontvangen indien de verzekeraar in faillissement zou zijn geliquideerd. Immers een gevolg van afwikkeling kan nimmer zijn dat rechthebbenden in een slechtere positie komen te verkeren dan wanneer de onderneming in faillissement zou zijn geliquideerd. Een beperkte buffer is wenselijk omdat ook tijdens de afwikkeling zich negatieve ontwikkelingen kunnen voordoen. Met behulp van die buffer kunnen die ontwikkelingen dan het hoofd worden geboden, zonder dat onmiddellijk opnieuw ingrijpen noodzakelijk is. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat inzicht in de solvabiliteit op basis van Solvency II wenselijk blijft, de relevante rapportage-eisen blijven om die reden wel onverkort van toepassing.

Er zal door DNB in deze omstandigheden een evenwicht moeten worden gevonden tussen twee tegenstrijdige belangen. De polishouders met lopende uitkeringen hebben er belang bij dat deze zoveel mogelijk ongewijzigd (lees: met een zo beperkt mogelijke korting) worden voortgezet. Polishouders van verzekeringen die in de toekomst recht op een uitkering hebben, hebben er belang bij dat er ook dan nog voldoende activa aanwezig zijn om deze uitkeringen gestand te doen. Hierbij zij opgemerkt dat voor het geval dat onverhoopt, omdat er gedurende de rit bijvoorbeeld een onverwacht zware

tegenvaller ontstaat, er op achterafbasis te veel blijkt te zijn uitgekeerd aan polishouders, dit kan worden gecompenseerd via een ex ante buffer. Juist omdat klanten levensverzekeringen veelal afsluiten als inkomensvoorziening is het van belang dat uitkeringen ook in afwikkeling zoveel mogelijk worden voortgezet en niet gekozen wordt voor maximale prudentie met betrekking tot de buffer.

DNB krijgt een beperkt aantal jaren de tijd om de verzekeraar of verzekeringsgroep af te wikkelen. Het is van belang dat DNB ervoor zorgt dat het risicoprofiel van de verzekeraar zodanig wordt gekozen dat de financiële effecten van negatieve schokken zoveel mogelijk worden beperkt maar zonder de mogelijkheden van het behalen van enig rendement op de beleggingen volledig teniet te doen. DNB zal hierin in sterke mate dezelfde afweging kunnen maken als de bewindvoerder tijdens een faillissement. Het ligt ook daarom niet in de rede om solvabiliteitsvereisten te stellen aan een verzekeraar in afwikkeling. Een verzekeraar die in staat van faillissement verkeert, is immers ook niet langer onderworpen aan solvabiliteitseisen.

Overigens betekent het feit dat de verzekeraar in afwikkeling niet langer gehouden is te voldoen aan de reguliere prudentiële eisen, waaronder de solvabiliteitseisen, niet dat het niet relevant is in beeld te houden wat de financiële positie van die verzekeraar onder het reguliere wettelijke kader is. Immers, het doel van de afwikkeling is om de portefeuilles zoveel mogelijk te continueren ofwel na een herstart van de verzekeraar in afwikkeling ofwel na overdracht. In beide situaties is het reguliere wettelijke kader van toepassing. Zicht op de kapitaalspositie van de verzekeraar in afwikkeling onder dat reguliere wettelijke kader is essentieel om de haalbaarheid van bijvoorbeeld een overdracht te kunnen beoordelen of effectief afwikkelingsinstrumenten te kunnen toepassen. Voorts is relevant te weten wat de omvang is van de vordering die de diverse crediteuren op de boedel zouden kunnen verhalen in een faillissement. DNB zal er immers in haar hoedanigheid van afwikkelingsautoriteit ervoor moeten waken dat lopende uitgaven niet ten koste gaan van de belangen van verschillende crediteuren in een mogelijk faillissement. De verplichting voor DNB om zorg te dragen voor een adequaat zicht op de financiële positie van de onderneming (solvabiliteit en technische voorzieningen) en de waarschijnlijke waarde van vorderingen in faillissement volgt ook uit artikel 3A:90 (periodieke herwaardering).

Ook indien DNB op niet financiële gronden de vergunning intrekt, bepaalt zij de solvabiliteitseis. DNB kan dan bepalen dat de normale eisen van toepassing blijven. Indien de verzekeringsportefeuille of delen daarvan worden overgedragen aan een andere verzekeraar of de verzekeraar weer *going concern* wordt, dient ten aanzien van de relevante portefeuille onderscheidenlijk de verzekeraar als geheel weer aan de reguliere solvabiliteitseisen te worden voldaan.

## **N, O, Q**

Een verzekeraar in financiële problemen waarvan de vergunning is ingetrokken zal ook niet altijd meer in het bezit zijn van de volledige technische voorzieningen volgens de Solvency II waardering. Een bepaling dat de verzekeraar in die omstandigheden niet meer aan die eisen behoeft te voldoen, is vanzelfsprekend en ontbreekt daarom tot op heden. In het kader van de

invoering van een afwikkelingskader in de Wft voor verzekeraars wordt voorgesteld om wel te voorzien in een expliciete bepaling met betrekking tot de technische voorzieningen na intrekking van de vergunning. De verzekeraar dient er naar te streven ook na intrekking van de vergunning te voldoen aan alle eisen met betrekking tot de technische voorzieningen, maar gezien het feit dat de verzekeraar na de intrekking van de vergunning in afwikkeling is, moet rekening worden gehouden met de kans dat niet meer 100% van die technische voorzieningen volgens de Solvency II waardering aanwezig is.

## **R, S, U**

Met deze bepaling vervalt de opvangregeling voor levensverzekeraars. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar het algemeen deel van de memorie van toelichting.

## **AA**

Een verzekeringsrichtlijn groep dient een voorbereidend crisisplan op te stellen en vervolgens bij te houden. Ter voorkoming van overbodige administratieve lasten is bepaald dat indien de groep een plan opstelt voor alle onder prudentieel toezicht staande onderdelen van die groep, de afzonderlijke verzekeraars in de groep een dergelijk plan niet behoeven op te stellen.

## **GG**

### **HOOFDSTUK 3A.3 AFWIKKELING VAN VERZEKERAARS**

#### **Artikel 3A:78**

Artikel 3A:78 bepaalt dat dit hoofdstuk, kort gezegd, van toepassing is op verzekeraars die onder toezicht van DNB staan, holdings van dergelijke verzekeraars, andere ondernemingen die deel uitmaken van een groep waarin zich een verzekeraar bevindt, voor zover zij diensten verrichten die van kritiek belang zijn voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten ervan en bepaalde bijkantoren in Nederland van verzekeraars uit derde landen. De bevoegdheden die in dit hoofdstuk aan DNB zijn toegekend kunnen aldus worden toegepast op deze entiteiten.

#### **Artikel 3A:79 Verhouding tot toepasselijk recht**

Dit artikel bepaalt dat het voor de toepassing van dit hoofdstuk niet relevant is welk recht van toepassing is. Het enige criterium voor toepasselijkheid van dit hoofdstuk is dat het gaat om een entiteit als bedoeld in artikel 3A:78. Beoogd wordt duidelijk te maken dat entiteiten zich niet aan de werking van dit hoofdstuk kunnen onttrekken door bij wijze van rechtskeuze een ander recht dan Nederlands recht van toepassing te verklaren op wat voor rechtsverhouding dan ook. Een vergelijkbare bepaling is nu reeds opgenomen in artikel 3:159b en artikel 3A:3.

### **Artikel 3A:80 Toepassing van afwikkelingsbesluiten**

In dit hoofdstuk wordt een groot aantal bevoegdheden toegekend aan DNB. Het betreft daarbij ook zeer ingrijpende bevoegdheden, bijvoorbeeld bail-in of de overgang van onderdelen van de onderneming. De effectiviteit van de uitoefening van deze bevoegdheden zou zeer ernstig worden belemmerd indien de toepassing afhankelijk zou kunnen zijn van in overeenkomsten, statuten van de entiteit in afwikkeling of andere wettelijke bepalingen neergelegde bevoegdheden van derden. Zo zou bijvoorbeeld toepassing van het instrument van overgang van de onderneming ernstig worden bemoeilijkt indien voor de overgang op grond van artikel 2:107a van Boek 2 van het BW instemming van de algemene vergadering benodigd zou zijn. Hetzelfde geldt voor de toepassing van het instrument van bail-in waarbij voor het verminderen van de waarde van aandelen of de intrekking ervan ingevolge artikel 208 van Boek 2 in beginsel eveneens instemming van de algemene vergadering is vereist.

In het eerste lid wordt, kort gezegd, bepaald dat besluiten die door DNB in het kader van afwikkeling worden genomen, en de voorbereiding en uitvoering ervan (dit voor zover deze niet in het besluit zijn vervat) niet zijn onderworpen aan enig instemmingvereiste. Er zijn op deze hoofdregel twee uitzonderingen opgenomen. In de eerste plaats is bij toepassing van het instrument van overgang van de onderneming instemming van de verkrijger vereist. Een potentiële overnemer kan dus niet worden gedwongen tot een koop. Daarnaast is een uitzondering gemaakt voor besluiten genomen ingevolge afdeling 3A.3.2. In deze afdeling zijn de bevoegdheden in de planningsfase opgenomen. Nu het daar geen afwikkeling in enge zin betreft, en het bevoegdheden betreft die worden uitgeoefend in een «going concern»-situatie is toepasselijkheid van een ingrijpend voorschrift als het onderhavige disproportioneel. Voorts dient te worden opgemerkt dat het terzijde schuiven van een instemmingsrecht niet geldt voor bevoegdheden uit hoger recht, zoals primair Europees recht of een rechtstreeks werkende verordening. Zo zal toepassing van het instrument van overgang van de onderneming kunnen leiden tot een fusie die ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de Concentratieverordening ter goedkeuring aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd. Aan dit voorschrift kan op grond van dit artikel niet voorbij worden gegaan.

In het tweede lid wordt bepaald dat besluiten van DNB in het kader van een afwikkeling niet worden onderworpen aan kennisgevingvereisten of procedurele voorschriften van het vennootschaps- of effectenrecht. Op grond van deze bepaling kan bijvoorbeeld het vereiste om bij een aandelenemissie een door de Autoriteit Financiële Markten goedgekeurde prospectus algemeen verkrijgbaar te stellen, voor de duur van de afwikkeling terzijde worden geschoven. Een ander voorbeeld betreft de verplichting ingevolge de artikelen 69, 180 en 289 van Boek 2 van het BW om vennootschappen bij oprichting in te schrijven in het Handelsregister. Ook daaraan kan, voor de duur van de afwikkeling, voorbij worden gegaan.

Het derde lid bepaalt dat een overgang van financiële instrumenten, rechten of vermogensbestanddelen, afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten en bail-in en de voorbereiding en uitvoering van deze besluiten, niet is onderworpen aan enige andere beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. Hiermee wordt, kort gezegd, meer specifiek bepaald dat toepassing van deze bevoegdheden in het kader van een afwikkeling altijd



doorgang moet kunnen vinden. Statuten, overeenkomsten of wettelijke bepalingen mogen geen belemmering vormen voor toepassing van de instrumenten, uiteraard mits aan de voorwaarden uit Deel 3A van de wet is voldaan. Een voorbeeld van wettelijke bepalingen die «terzijde kunnen worden geschoven» betreft de regelingen in het BW met betrekking tot het maatschappelijk kapitaal. Indien afschrijving en omzetting ertoe leidt dat meer aandelen worden geplaatst dan de omvang van het maatschappelijk kapitaal zoals in de statuten opgenomen toelaat, vormt dit desalniettemin geen belemmering voor de uitgifte.

Voor dit artikel geldt dat vergaand wordt ingegrepen in de rechten van derden. Dit is passend gelet op het grote belang dat met een effectieve afwikkeling is gemoeid. Dat neemt niet weg dat DNB rechten van derden niet nodeloos terzijde mag schuiven. Zij past bevoegdheden slechts toe indien dit, ter verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen, dienstig is. De bevoegdheden die zijn vervat in Deel 3A en vallen onder het bereik van dit artikel dienen te allen tijde proportioneel te worden toegepast.

Het besluit moet op grond van het vierde lid uitdrukkelijk het tijdstip van inwerkingtreding vermelden. Dit dient een exact tijdstip te zijn. De bekendmaking van het besluit geschiedt op grond van artikel 3:41 Algemene wet bestuursrecht. In het vierde lid is voorts uitdrukkelijk geregeld dat het tijdstip van inwerkingtreding van het besluit ook het tijdstip is waarop de eigendom van de eigendomsinstrumenten of activa of passiva overgaat, tenzij anders in het besluit is bepaald.

Dit artikel komt inhoudelijk overeen met artikel 3A:6.

### **Artikel 3A:81 Afwikkelingsplan**

Het voorgestelde artikel geeft DNB op grond van het eerste lid de bevoegdheid tot vaststelling van afwikkelingsplannen voor zelfstandige verzekeraars en verzekeringsgroepen. Voor verzekeraars die deel uitmaken van een groep voorziet het afwikkelingsplan van de groep ook in de afwikkeling van de verzekeraars in die groep. Op grond van het derde lid herziet DNB periodiek de afwikkelingsplannen als hiertoe aanleiding is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een verzekeraar fuseert, wordt overgenomen of bepaalde activiteiten afstoot. DNB dient hier op grond van het vierde lid direct van op de hoogte te worden gebracht. DNB kan ingevolge het vijfde lid afzien van het opstellen van een plan indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep afdoende is geborgd.

De eisen die aan het afwikkelingsplan worden gesteld en welke onderdelen in het afwikkelingsplan moeten worden opgenomen, worden uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur.

### **Artikel 3A:82 Beoordeling afwikkelbaarheid**

In dit artikel staat de regeling van de beoordeling van de afwikkelbaarheid, die de basis vormt voor het afwikkelingsplan voor een zelfstandige verzekeraar of verzekeringsgroepen ten behoeve van het vaststellen van een definitief afwikkelingsplan en het eventueel opleggen van maatregelen op grond van het volgende artikel. Het gaat daarmee om een voorbereidende handeling,

waartegen geen afzonderlijk bezwaar en beroep open staan. Zie voor een verdere toelichting inzake de beoordeling van afwikkelbaarheid paragraaf 3, onderdeel b, van het algemeen deel van deze toelichting.

### **Artikel 3A:83 Maatregelen ten aanzien van afwikkelbaarheid**

In dit artikel wordt de te volgen procedure beschreven voor de oplegging van maatregelen om eventueel geconstateerde belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen. Deze maatregelen zijn ontleend aan artikel 17, vijfde lid, van de BRRD, waarbij de specifieke maatregelen voor banken vanzelfsprekend niet zijn overgenomen.

Voor een toelichting op de artikelen **3A:84 tot en met 3A:87** wordt verwezen naar het algemeen deel van de memorie van toelichting.

### **Artikel 3A:88 Geen grotere verliezen dan bij faillissement**

Dit artikel geeft toepassing aan het beginsel van «no creditor worse off» (NCWO) (of beter: no creditor worse off than in insolvency). Dit beginsel, dat bij toepassing van alle afwikkelingsinstrumenten in acht moet worden genomen, schrijft voor dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen leidt dan hij zou hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. Het eerste en tweede lid bepalen in die zin dat bij toepassing van een afwikkelingsinstrument aandeelhouders en schuldeisers geen grotere verliezen mogen lijden dan wanneer de entiteit onmiddellijk daaraan voorafgaand conform de normale procedure in de Faillissementswet zou zijn geliquideerd.

Dit uitgangspunt beschermt zowel aandeelhouders (of houders van andere eigendomsinstrumenten) en schuldeisers wier vordering is geraakt door bail-in, overgang, als aandeelhouders en schuldeisers wier vordering niet is overgedragen en die deze dus moeten verhalen op het restant van de entiteit in afwikkeling. Het eerste en tweede lid vormen in zekere zin een opdracht aan DNB om de afwikkelingsinstrumenten zo vorm te geven dat aan deze voorwaarde wordt voldaan. Toepassing van deze bepalingen begrenst in die zin de mogelijkheden om vorderingen ongelimiteerd af te schrijven of de waarde te bepalen van overgedragen activa of passiva.

Dit artikel komt overeen met artikel 3A:20.

### **Artikel 3A:89 Ex ante waardering**

In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat DNB er zorg voor moet dragen dat, voordat een besluit tot afwikkeling wordt genomen, door een onafhankelijke persoon een waardering van alle activa en passiva van de entiteit wordt verricht.

Deze waardering, die zoals gezegd vooraf gaat aan het besluit tot afwikkeling, vormt in wezen het startpunt van het afwikkelingstraject. Deze ex ante waardering heeft een aantal doelen. Deze waardering dient er in alle gevallen zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een entiteit volledig is onderkend op het ogenblik waarop de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast. Alle lijken moeten zagezegd uit de

kast. Daarmee kan de uitkomst van deze waardering ook als onderbouwing dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling en indien aan die voorwaarden is voldaan en voor het besluit tot toepassing van een of meerdere afwikkelingsinstrumenten.

Uitgangspunt van die waardering zal de marktwaardewaardering zijn die volgt uit de richtlijn Solvency II.<sup>19</sup> Een dergelijke waardering is immers zoveel als mogelijk geschoond van subjectieve elementen. Voorts is een waardering op Solvency II basis relevant indien portefeuilles van de falende verzekeraar door DNB in afwikkeling worden overgedragen aan een andere verzekeraar. Vanzelfsprekend geldt dat de deskundige die de waardering maakt – of DNB in geval van een voorlopige waardering - kritisch naar de marktwaardewaardering van de falende verzekeraar kijkt. Zo zal deze bijvoorbeeld de waardering van de onzekere verplichtingen (*contigent liabilities*) op de balans nogmaals kritisch tegen het licht houden.

Ingevolge het vijfde lid dient ook een inschatting te worden gemaakt van de verliezen die schuldeisers zouden leiden in het geval de onderneming in een reguliere faillissementsprocedure zou worden geliquideerd. Dit onderdeel strekt ertoe de 'NCWO-grens' te bepalen; schuldeisers mogen als gevolg van de afwikkeling niet slechter af zijn dan zij zouden zijn geweest in faillissement. Om die reden is het nodig om te bepalen welke uitkering schuldeisers zouden ontvangen in faillissement.

Hier doet zich echter een complicatie voor. De Faillissementswet geeft thans weinig regels over de waardering van voor de verzekeringssector kenmerkende vorderingen zoals toekomstige levensverzekeringsvorderingen. Dat maakt kwantificering lastig. Dat geldt temeer nu sprake is van een fictief faillissement. Voorgesteld wordt bij algemene maatregel van bestuur een aantal uitgangspunten te formuleren die bij de ex ante en ex post waardering in het kader van NCWO in acht moeten worden genomen. Daarmee worden vorderingen beter kwantificeerbaar.

Onder meer de volgende elementen zijn bij waardering van een verzekeringsvordering van belang:

In de eerste plaats is het onderscheid tussen op de datum van faillietverklaring opeisbare en niet-opeisbare vorderingen relevant. Is een vordering opeisbaar op datum faillietverklaring of binnen een jaar na faillissement, dan bestaat een vordering voor dat gehele bedrag of, bij vorderingen die binnen een jaar na faillissement opeisbaar worden, voor de contante waarde van dat bedrag per datum faillietverklaring. Vorderingen die opeisbaar worden langer dan een jaar na datum faillietverklaring worden contant gemaakt per de eerste verjaardag van faillissement. Niet zeker is of vorderingen uit polissen die een mogelijkheid tot afkoop kennen moeten worden aangemerkt als opeisbare vorderingen. Per definitie is de afkoopwaarde lager dan het verzekerde bedrag.

In de tweede plaats is de berekening van de contante waarde van toekomstige al dan niet onzekere vorderingen van groot belang. De Faillissementswet reikt geen vaste disconteringsvoet aan en evenmin handreikingen voor de vaststelling ervan. Bij vorderingen met een op einddatum grote omvang en een lange looptijd, heeft het gehanteerde disconteringspercentage een potentieel

---

<sup>19</sup> Artikel 75 van de richtlijn Solvency II.

grote invloed op de hoogte van bedrag.

Vervolgens geldt voor verzekeringsverplichtingen daarbij dat, omdat deze vrijwel per definitie tot uitkering komen bij een toekomstige onzekere gebeurtenis (overlijden, bereiken pensioengerechtigde leeftijd) inschattingen en verwachtingen over toekomstige gebeurtenissen van zeer groot belang zijn bij het bepalen van de waarde van de vordering. Die verwachtingen slaan neer in zogenoemde sterftetafels. Om de vorderingen bij levensverzekeraars goed te kunnen inschatten is helderheid over de te gebruiken sterftetafel vereist.

Ten slotte geldt dat altijd sprake kan zijn van vorderingen waarvan het bestaan door schuldeisers weliswaar is gesteld maar waarvan het bestaan nog niet in rechte vaststaat. Dit geldt bijvoorbeeld voor vorderingen die weliswaar bij de verzekeraar of in een gerechtelijke procedure zijn ingediend maar waarover de rechter nog geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan. Dit maakt dat de totale omvang van de passiefzijde van de balans onzeker.

Voorgesteld wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur ten aanzien van in ieder geval deze elementen concrete aanwijzingen te geven ten behoeve van de waardering. Zo kan worden bepaald dat verzekeringsvorderingen waarbij een afkoop slechts met een grote 'boete' tot de mogelijkheden behoort als niet-opeisbaar worden beschouwd en dat onzekere vorderingen slechts in deze waardering worden erkend indien de kans op realisatie groter dan 50% is.

In beginsel dient de ex ante waardering te worden gedaan door een onafhankelijke deskundige. Indien een onafhankelijke waardering niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat hiervoor onvoldoende tijd beschikbaar is, kan DNB ingevolge het tweede lid een voorlopige waardering verrichten. Van belang is wel dat de onafhankelijke waardering zo spoedig mogelijk alsnog wordt verricht. Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat een 'te diepe' bail-in plaats vindt. Voor deze situatie wordt in artikel 3A:101 bepaald dat in een dergelijk geval de omvang van de vordering kan worden verhoogd.

Het verdient vermelding dat deze ex ante waardering van de activa en passiva ten behoeve van de afwikkeling op zichzelf niet open staat voor afzonderlijk beroep op de rechter. Deze waardering vormt een integraal onderdeel van het besluit om een afwikkelingsinstrument toe te passen, een afwikkelingsbevoegdheid uit te oefenen. Tegen de waardering kan enkel als onderdeel van het afwikkelingsbesluit beroep worden ingesteld.

### **Artikel 3A:90 Periodieke herwaardering**

Zoals gezegd vormt de ex ante waardering uit artikel 3A:89 het startpunt van het afwikkelingstraject. Met die ex ante waardering wordt ten behoeve van de afwikkeling een eerste grondige analyse gemaakt van de bezittingen en verplichtingen van de onderneming en van de verliezen van schuldeisers in de situatie dat de onderneming in faillissement zou zijn geliquideerd.

De afwikkeling van een verzekeraar kan echter een langdurig traject zijn. In die periode kan onder regie van DNB de verzekeraar geleidelijk worden ontmanteld door verkoop van portefeuilles, mogelijkterwijs door aanpassing van contracten en verlaging van aanspraken door toepassing van bail-in. Na enkele

jaren zal het restant van de verzekeraar, voor zover een doorstart niet mogelijk is gebleken, in faillissement 3worden geliquideerd.

Het is van belang dat in de tussenliggende periode voortdurend een goed beeld bestaat zowel van de financiële staat van de onderneming als van de rechten van crediteuren in een faillissementssituatie. Op grond van deze informatie kan DNB gedurende de gehele periode de inzet van afwikkelingsinstrumenten op een juiste en onderbouwde wijze inzetten met inachtneming van het NCWO-beginsel.

In dit artikel wordt van DNB vereist dat zij er zorg voor draagt dat de ex ante waardering periodiek wordt geactualiseerd. Daarbij worden dezelfde uitgangspunten en grondslagen gebruikt als in de oorspronkelijke ex ante waardering met dien verstande dat aanpassing van die grondslagen aan de orde kan zijn als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

De ex ante waardering moet geschieden door een onafhankelijk persoon, omdat deze waardering het startpunt vormt voor het, uitermate ingrijpende, afwikkelingstraject. Het is niet noodzakelijk ook de periodieke actualisering door een onafhankelijke deskundige te laten uitvoeren nu dat 'slechts' een update van die oorspronkelijke waardering betreft. Het staat DNB vanzelfsprekend wel vrij deze herwaardering door dezelfde of een andere onafhankelijke partij te laten uitvoeren.

#### **Artikel 3A:91 Ex post waardering.**

Om te bepalen of aan de voorwaarde van NCWO is voldaan, wordt in artikel 3A:91 van DNB verlangd dat zij op zo kort mogelijke termijn na toepassing van de afwikkelingsinstrumenten een onafhankelijke derde een ex post waardering laat verrichten.

De voorwaarde «zo kort mogelijke termijn» betekent niet dat onmiddellijk na toepassing van de instrumenten de waardering moet worden verricht. Een ex post waardering kan pas worden uitgevoerd op het moment dat vaststaat welke verliezen houders van kapitaalinstrumenten en schuldeiser hebben geleden; daarvoor dient de afwikkeling in belangrijke mate te zijn afgerond. Hoe lang het duurt om de afwikkeling af te ronden hangt af van de omstandigheden van het geval. Zo zal een afwikkeling van een grote verzekeringsgroep meer tijd in beslag nemen dan van een relatief kleine onderneming die geen deel uitmaakt van een groep. Denkbaar is ook dat gedurende het proces van afwikkeling meermaals bail-in moet worden toegepast waardoor het verlies van een schuldeiser toeneemt, of dat gedurende het proces van afwikkeling blijkt dat passiva in te sterke mate zijn afgeschreven waarna een opwaardering kan volgen. Dit maakt dat het in de rede ligt dat pas een waardering kan worden gemaakt nadat de afwikkeling volledig is voltooid. Van belang is wel om op te merken dat niet wordt uitgesloten dat reeds eerder een dergelijke waardering wordt gemaakt, bijvoorbeeld indien van een categorie schuldeisers hun positie al is vast komen te staan.

In dit artikel worden de voorwaarden voor deze waardering bepaald. Bij de waardering wordt, kort gezegd, het volgende bepaald:

- a. de behandeling die schuldeisers zouden hebben genoten, mocht op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen, een normale faillissementsprocedure zijn geopend ten aanzien van de entiteit in afwikkeling;
- b. de daadwerkelijke behandeling (verliezen) van schuldeisers bij de afwikkeling en,
- c. of er sprake is van een verschil tussen a en b.

Bij de waardering wordt aangenomen dat op het moment dat het besluit over de afwikkelingsmaatregel werd genomen een normale faillissementsprocedure zou zijn geopend. Er is dus geen ruimte voor discussie over het toekomstperspectief van de onderneming indien geen interventie zou zijn gepleegd. Dat toekomstperspectief is een gegeven: liquidatie in faillissement.

Niet valt uit te sluiten dat uit de ex post waardering blijkt dat sommige houders van kapitaalinstrumenten en crediteuren toch grotere verliezen hebben geleden dan zij zouden hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. In dit geval bestaat voor deze personen een recht op compensatie van het verschil. Er vindt aldus in beginsel als gevolg van deze ex post waardering geen aanpassing plaats van het besluit tot toepassing van de afwikkelingsinstrumenten, bijvoorbeeld in de vorm van een ophoging van de waarde van afgeschreven vorderingen, maar compensatie van de geleden schade. De hoogte van de compensatie wordt in beginsel bepaald door de uitkomst van de ex post waardering; er is dus in die zin met betrekking tot de vraag of en tot welke omvang een recht bestaat op compensatie geen of hoogstens een zeer beperkte beoordelingsvrijheid van DNB. De hoogte van het recht op compensatie wordt vastgesteld bij besluit van DNB. Zo wordt het mogelijk om in rechte tegen de vaststelling van de hoogte van de compensatie op te komen.

### **Artikel 3A:93**

Anders dan voor banken wordt thans geen onderscheid gemaakt tussen de afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) en de bail-in van de overige passiva. Het verschil tussen AFOMKI en het instrument van bail-in zit in het bereik van passiva op de bankbalans die kunnen worden afgeschreven of omgezet. Met bail-in kan worden afgeschreven op de verschillende categorieën schulden van de bank die niet behoren tot het kapitaal (CET1, AT1 of T2). Bail-in is daarmee een vervolg op AFOMKI. Waar AFOMKI zuiver ziet op het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten, gaat bail-in verder met de mogelijkheid tot het afschrijven of omzetten van in aanmerking komende passiva. In aanmerking komende passiva zijn alle schulden van de onderneming die niet tot de kapitaalbuffer behoren. Het is thans niet nodig een dergelijk onderscheid te maken. Voor het instrument van bail-in in dit hoofdstuk geldt dat de gehele passiefzijde van de balans onder het bereik van dit artikel valt.

In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat DNB de toepassing van bail-in op twee manieren kan vormgeven, namelijk via afschrijving of omzetting. Het eerste lid, onderdeel a, gaat in op bail-in van eigendomsinstrumenten. DNB kan het bedrag van door of met medewerking van een entiteit uitgegeven eigendomsinstrumenten verminderen (de nominale waarde verlagen) of deze instrumenten intrekken. De toevoeging «met medewerking van» uitgegeven

instrumenten impliceert dat bijvoorbeeld ook certificaten van aandelen door afschrijving en omzetting kunnen worden geraakt. Eigendomsinstrumenten vormen een ruime categorie instrumenten, waarvan aandelen maar ook bijvoorbeeld warrants (opties op aandelen) deel uitmaken. Hierbij is niet noodzakelijk dat kapitaal wordt ingebracht in de onderneming. Certificaten van aandelen worden ook als eigendomsinstrumenten gekwalificeerd; zij vertegenwoordigen immers een belang in aandelen.

Het eerste lid, onderdeel b, ziet op de afschrijving en omzetting van in aanmerking komende passiva. Dit zijn alle passiva van een entiteit die geen eigendomsinstrument zijn. Dit zijn bijvoorbeeld de nog aanwezige eigenvermogensbestanddelen anders dan aandelen, bijvoorbeeld agioreserves, ingehouden winsten of andere reserves maar ook alle andere kapitaalinstrumenten en schulden van de onderneming. Dit zijn dus zowel de passiva, anders dan de eigendomsinstrumenten, die behoren tot het kapitaal van de onderneming als de 'gewone' achtergestelde, concurrente of bevoorrechte schulden van de onderneming.

Ingevolge het tweede lid kunnen bij de toepassing van bail-in twee situaties worden onderscheiden. Ten eerste is er de situatie dat uit de waardering van de activa en passiva van de betrokken entiteit blijkt dat de waarde van de onderneming negatief is. In een dergelijke situatie trekt DNB de eigendomsinstrumenten in. De omzetting van aanmerking komende passiva resulteert in de uitgifte van nieuwe eigendomsinstrumenten. De tweede situatie doet zich voor bij een waardering waaruit blijkt dat de nettowaarde positief is. Dan verwatert DNB bestaande eigendomsinstrumenten door omzetting van in aanmerking komende passiva in nieuwe eigendomsinstrumenten. In deze situatie wordt een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat bij bail-in eerst alle crediteuren van een bepaalde rang volledig worden afgeschreven alvorens naar een volgende rang over te stappen. Dit uitgangspunt geldt in beginsel in alle situaties met uitzondering van de situatie waarin de entiteit een positieve nettowaarde heeft. In dat geval is er immers sprake van een «restwaarde» die in faillissement aan de aandeelhouders zou toekomen. Toepassing van bail-in in dit geval betekent dat de verliezen voor rekening komen van houders van eigendomsinstrumenten door afschrijving en doordat hun bezit wordt verwaterd.

Het instrument van bail-in kan worden toegepast om vorderingen om te zetten in eigen vermogen of de hoofdsom daarvan te verlagen. Bij de overgang van de vorderingen of schuldinstrumenten naar een overbruggingsinstelling kan door de toepassing van het instrument van bail-in, kapitaal voor die overbruggingsinstelling worden verschaft. Ditzelfde geldt voor een vehikel voor activabeheer na toepassing van het instrument van afsplitsing van activa of bij toepassing van het instrument van overgang van de onderneming op delen (passiva) van de onderneming die zijn overgegaan naar een andere partij. Dit alles volgt uit het derde lid.

### **Artikel 3A:94 Uitsluiting van bail-in**

Sommige vorderingen mogen nooit aan bail-in worden onderworpen. Daarnaast geldt dat DNB in bepaalde gevallen kan besluiten vorderingen die in beginsel wel voor bail-in in aanmerking komen toch uit te zonderen.

De kring van uitgesloten passiva wijkt op enkele onderdelen af van de categorie uitgesloten passiva in geval van bail-in van banken. Dit betreft deels vorderingen die uniek zijn voor een bank, bijvoorbeeld gegarandeerde deposito's. Deels zijn andere keuzes gemaakt. Zo geldt voor verzekeraars niet dat belastingautoriteiten en socialezekerheidsinstanties zijn uitgezonderd van bail-in. Hiervoor is gekozen omdat zij in faillissement een lagere rang innemen dan vorderingen uit hoofde van verzekering. Zoals eerder is opgemerkt, zullen bij een kapitaaltekort van enige omvang al zeer snel vorderingen uit hoofde van verzekering in beeld komen voor bail-in vanwege het enkele feit dat zij het overgrote deel van de passiefzijde van de balans behelzen. Nu vrijwel altijd bail-in zal moeten worden toegepast op verzekeringsvorderingen ligt het niet voor de hand deze vorderingen wel en in faillissement lager gerangschikte vorderingen zoals die van de fiscus niet aan bail-in te onderwerpen. Immers, aan die bijzondere rangregeling in faillissement ligt de gedachte ten grondslag dat begunstigden meer rechten op de activa moeten kunnen laten gelden dan bijvoorbeeld de fiscus. Spiegelbeeldig betekent dit dat zij later aan bail-in moeten worden onderworpen dan de fiscus. Het uitzonderen van de fiscus ligt dan niet in de rede. Voorts is bepaald dat vorderingen van werknemers alleen dan van bail-in zijn uitgezonderd indien de werknemer geen recht heeft op, kort gezegd, loondoorbetaling door het UWV in verband met betalingsonmacht van de werkgever.

In het eerste lid, onderdeel a, is bepaald dat bail-in niet kan worden toegepast op door zekerheid gedekte verplichtingen, met dien verstande dat het instrument van bail-in kan worden toegepast op het deel van de door zekerheid gedekte verplichting dat de waarde van het zekerheidsrecht overschrijdt. Onder de term "door zekerheid gedekt" valt in de eerste plaats de zekerheid van pand of hypotheek. Voorts valt daaronder de financiële-zekerheidsvereenkomst tot overdracht, bedoeld in artikel 7:55 BW. Ook vallen daaronder de fiduciaire eigendomsoverdracht en de fiduciaire cessie. Voor de goede wordt opgemerkt dat naar Nederlands recht het zogeheten fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW geldt: een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed. Artikel 3A:94 laat het fiduciaverbod onverlet. Wanneer een goed is overgedragen met de bedoeling een vorm van zakelijke zekerheid te verschaffen voor de nakoming van een verplichting en op die overdracht artikel 3:84 lid 3 niet van toepassing is, verhindert artikel 3A:94 dat DNB die verplichting bail-int.

Daarnaast wordt voor DNB voorzien in een discretionaire bevoegdheid om bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten in een aantal bijzondere situaties. Wordt deze discretionaire bevoegdheid gebruikt, dan kan het niveau van afschrijving of omzetting van andere in aanmerking komende passiva worden verhoogd om met die uitsluitingen rekening te houden. Met andere woorden: het verlies dat voor deze uitgesloten passiva wordt geaccepteerd, wordt overgedragen op andere schuldeisers. Hiervoor geldt vanzelfsprekend wel de voorwaarde dat het beginsel in acht wordt genomen dat geen enkele schuldeiser slechter af mag zijn dan in een faillissement.

Op grond van deze bevoegdheid is het bijvoorbeeld mogelijk om passiva die voortvloeien uit een derivatenpositie met een voor de verzekeraar op dat moment negatieve waarde uit te zonderen van bail-in. Om een dergelijk



passief aan bail-in te onderwerpen moet de derivatenpositie worden gesloten, hetgeen in het licht van de functie van het derivaat (het *hedgen* van een bepaald risico) ongewenst kan zijn. Het continueren van de derivatenpositie kan te prefereren zijn boven de bail-in van de negatieve waarde.

### **Artikel 3A:95 Rangorde van vorderingen bij bail-in.**

In dit artikel wordt bepaald dat bij bail-in, kort gezegd, de omgekeerde faillissementsladder wordt gevolgd. Dat wil zeggen dat de vorderingen die in faillissement als eerst zouden worden voldaan, in afwikkeling als laatste aan bail-in worden onderworpen. Het tweede lid bepaalt dat vorderingen op een dochteronderneming niet in grotere mate worden afgeschreven dan vorderingen van gelijke rang op de moederonderneming.

Anders dan bij banken wordt niet bepaald dat vorderingen van eenzelfde rang te allen tijde gelijkelijk moeten worden behandeld. Dit hangt samen met het feit dat een voorname doelstelling van bail-in bij een verzekeraar is om een portefeuille of delen daarvan geschikt te maken voor overname door een andere partij. Denkbaar is dat een andere verzekeraar slechts een deel van de totale portefeuille van de verzekeraar in afwikkeling zal willen overnemen. Indien alle polishouders van de verzekeraar altijd op dezelfde wijze moeten worden behandeld is een op maat gesneden aanpassing van de over te dragen verzekeringsvorderingen niet mogelijk. Dat zou toepassing van dit instrumentarium aanmerkelijk moeilijker maken. Polishouders binnen een bepaalde rang mogen aldus nadrukkelijk verschillend worden behandeld. Wel geldt vanzelfsprekend de voorwaarde dat geen enkele polishouders slechter af mag zijn dan in faillissement.

### **Artikel 3A:96. Uitgifte eigendomsinstrumenten**

Voor eigendomsinstrumenten geldt dat DNB de waarde daarvan kan verminderen of deze instrumenten kan intrekken. Voor de overige in aanmerking komende passiva geldt dat DNB de waarde ervan kan verminderen of deze geheel of gedeeltelijk kan omzetten in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. In artikel 3A:96 wordt de daadwerkelijke omzetting van in aanmerking komende passiva gestalte gegeven. DNB kan ingevolge het eerste lid, onderdeel b, van artikel 3A:93 in aanmerking komende passiva omzetten in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. DNB schrijft vervolgens aan de entiteit voor dat zij eigendomsinstrumenten uitgeeft. Deze instrumenten, veelal aandelen, komen toe aan de houders van de rechten op die aandelen, zijnde de oorspronkelijke houders van de passiva. Deze rechten kunnen worden uitgeoefend jegens de onderneming. Uitdrukkelijk is bepaald dat niemand anders dan de houders van de ingevolge het eerste lid verkregen rechten op de nieuw uitgegeven aandelen op dat moment rechten kunnen uitoefenen op die aandelen. Het claimrecht van bestaande aandeelhouders, voor zover hun aandelen niet zijn ingetrokken, uit artikel 96a van Boek 2 van het BW is bijvoorbeeld niet van toepassing. Daarnaast is in het eerste lid ook geregeld dat de entiteit niet alleen de eigendomsinstrumenten uitgeeft maar eventueel ook medewerking aan een dergelijke uitgifte verleent. Dit kan het geval zijn als er een stichting administratiekantoor (STAK) tussen de onderneming en de houders van de rechten op de aandelen is geplaatst. Opgemerkt dient nog te worden dat de rechten op nieuw uit te geven instrumenten verhandelbaar zijn Dit heeft tot gevolg dat een houder van een

vordering die is omgezet in een recht op een nieuw uit te geven aandeel, dit recht kan verkopen, wellicht al voordat de aandelen worden uitgegeven, indien hij geen behoefte heeft aan aandeelhouderschap.

### **Artikel 3A:98 Regeling gevolgen besluiten**

Dit artikel strekt ertoe DNB de bevoegdheid te geven tot het verrichten of doen verrichten van alle administratieve en procedurele handelingen die noodzakelijk zijn om het instrument van bail-in te kunnen toepassen. Voorbeelden van handelingen zijn het wijzigen van relevante registers of het uitsluiten dan wel juist toelaten van de handel van eigendomsinstrumenten of schuldinstrumenten en het wijzigen van de statuten in geval van vermindering van het bedrag van de aandelen.

Dit artikel komt overeen met het thans geldende artikel 3A:23

### **Artikel 3A:101 Vermindering verschuldigde bedrag**

In dit artikel wordt ingegaan op de gevolgen van afschrijving van de hoofdsom van een verplichting bij bail-in. In onderdeel a wordt bepaald dat op het moment dat de hoofdsom van een verplichting wordt afgeschreven deze verlaging permanent is. In onderdeel b wordt bepaald dat in beginsel geen verplichtingen ten aanzien van het afgeschreven gedeelte resteren. In onderdeel c wordt bepaald dat de houders van de verplichting geen compensatie krijgen, behalve in de vorm van rechten op nieuw uit te geven aandelen of eigendomsinstrumenten.

### **Artikel 3A:100 Geheel of gedeeltelijke afschrijving**

In dit artikel worden twee situaties onderscheiden, namelijk enerzijds de situatie waarin DNB bij het afschrijven van verplichtingen het uitstaande verschuldigde bedrag tot nul afschrijft en anderzijds de situatie waarin DNB het uitstaande verschuldigde bedrag wel vermindert maar niet tot nul.

In het eerste lid wordt ingegaan op de gevolgen van de eerste situatie, de volledige afschrijving. Indien DNB het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting tot nihil vermindert, worden de vordering en eventuele verplichtingen of vorderingen die daaruit voortvloeien als voldaan beschouwd en kunnen zij niet worden ingebracht in het kader van eventuele latere procedures met betrekking tot de entiteit of een eventuele opvolgende entiteit bij een latere liquidatie.

In het tweede lid wordt ingegaan op de gevolgen van de tweede situatie, de gedeeltelijke afschrijving. Wanneer DNB de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag van een verplichting vermindert maar niet tot nihil reduceert, wordt de verplichting als voldaan beschouwd ten belope van het verminderde bedrag. Wel blijven de contractuele verplichtingen uit de overeenkomst waarop de oorspronkelijke vordering gebaseerd, van toepassing op het resterende uitstaande verschuldigde bedrag.

### **Artikel 3A:101 Verhoging verschuldigde bedrag**

Indien door tijdsgebrek geen volledige ex ante waardering is gemaakt maar is

gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een voorlopige waardering op te stellen kan sprake zijn van een bail-in die de noodzakelijke vermindering te boven gaat. Indien uit de definitieve ex ante waardering blijkt dat met een minder grote afschrijving had kunnen worden volstaan, kan DNB door toepassing van deze bepaling het verschuldigde bedrag verhogen. Indien DNB eerder de vordering tot nihil had verlaagd, herleeft deze vanaf het moment dat toepassing wordt gegeven aan dit artikel ten belope van de verhoging. Vanaf dat moment wordt de vordering geacht te zijn verlaagd tot het nieuwe bedrag. De verhoging werkt dus niet volledig terug tot aan het moment waarop de bail-in tot nihil plaatsvond, er kan dus ook voor de tussenliggende periode geen sprake zijn van niet-nakoming van verplichtingen of verschuldigde rente.

### **3A:102 Bail-in van derivaten**

DNB kan ook passiva die ontstaan uit derivaten onderwerpen aan bail-in. Indien bijvoorbeeld een swap een voor de entiteit in afwikkeling negatieve waarde vertegenwoordigt kan die verplichting worden verminderd of omgezet. Uit dit artikel volgt dat DNB het instrument van bail-in pas uitoefent op een passief dat uit een derivaat ontstaat, nadat de derivatenpositie gesloten is. Indien tot afwikkeling wordt overgegaan, is DNB bevoegd alle derivatencontracten te dien einde te beëindigen en de posities te sluiten.

### **3A:103 Gekwalificeerde deelneming**

De mogelijkheid bestaat dat na toepassing van het instrument van bail-in en de uitoefening van het alsdan verkregen recht nieuw uit te geven aandelen resulteert in een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming. Dit artikel regelt de beoordeling van de verklaring van geen bezwaar (vvgb) door DNB in dat geval.

In het eerste lid wordt bepaald dat DNB de beoordeling van de vvgb maakt met inachtneming van de afwikkelingsdoelstellingen. Daarnaast wordt geregeld dat de artikelen 1:106b, 1:106c, 1:106d en 1:106e van de Wft niet van toepassing zijn. Dit betreffen de normale procedureregels, zoals het vereiste om een kennisgeving in te dienen, die gevolgd moeten worden bij de aanvraag van een vvgb maar die in het geval van een omzetting niet gevolgd kunnen worden.

Het tweede lid, onderdeel a, regelt de gevolgen indien DNB nog geen beslissing op de aanvraag van de vvgb heeft genomen op de datum waarop de eigendomsinstrumenten worden uitgegeven. Als dat het geval is, wordt het stemrecht van de aanvrager van de vvgb met betrekking tot die eigendomsinstrumenten geschorst en heeft alleen DNB stemrecht, zonder dat zij verplicht is het uit te oefenen, noch aansprakelijk is voor de uitoefening of het afzien van de uitoefening ervan.

Daarnaast is in het tweede lid, onder b, geregeld dat de aanvrager voor de duur van de behandeling van de aanvraag vrijgesteld is van het bepaalde in de artikelen 3:95, 3:96, 3:99, 3:103 en 3:104 van de Wft, waarin eisen aan de vvgb of de vvgb-houder zijn opgenomen.

In het derde lid wordt bepaald dat, indien DNB besluit een verklaring van geen bezwaar te verlenen, de houder van de eigendomsinstrumenten geacht wordt het volledige stemrecht met betrekking tot die eigendomsinstrumenten te

hebben onmiddellijk nadat het besluit is bekendgemaakt.

In het vierde lid staat dat, indien DNB de aanvraag afwijst, de aanvrager afstand doet van die eigendomsinstrumenten binnen een door DNB bepaalde termijn, waarbij voor de termijn rekening wordt gehouden met de heersende marktomstandigheden. Op het moment dat DNB de aanvraag afwijst gelden dezelfde gevolgen als die gelden in de situatie waarin DNB nog geen beslissing heeft genomen op de aanvraag.

### **Artikel 3A:104 Instrument van overgang van de onderneming**

In dit artikel wordt het eerste van de vier afwikkelingsinstrumenten geïntroduceerd: het instrument van overgang van de onderneming.

In artikel 3A:104 wordt aan de DNB de bevoegdheid gegeven dit instrument toe te passen. Door de woorden «die geen overbruggingsinstelling is» is dit instrument beperkt tot de overgang op anderen dan een overbruggingsinstelling. Voor de overgang op een overbruggingsinstelling is een separaat instrument in het leven geroepen. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:28.

Er wordt uitdrukkelijk op gewezen dat DNB ook ervoor kan kiezen niet alle, maar slechts een gedeelte van activa over te dragen. In dit verband wordt gewezen op de artikelen 3A:130 en volgende, waarin bescherming wordt gegeven aan bepaalde overeenkomsten ingeval niet alle maar sommige activa of passiva overgaan. Overigens laat de tekst van de huidige wet ook al toe dat slechts een gedeelte van de activa overgaan.

### **Artikel 3A:105. Voorwaarden voor overgang**

De overgang dient plaats te vinden onder commerciële voorwaarden. Aldus wordt voorkomen dat de verkrijger een te lage prijs betaalt. Een te lage prijs zou niet alleen de oorspronkelijke eigenaren onevenredig benadelen, maar oneerlijke concurrentie bewerkstelligen ten opzichte van andere marktpartijen. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:29. In dat artikel is tevens bepaald dat in beginsel een aantal uitgangspunten in acht moeten worden genomen. Deze uitgangspunten zijn opgenomen in artikel 39, tweede en derde lid, van de BRRD, waarnaar in artikel 3A:29, tweede lid, wordt verwezen. Deze uitgangspunten gelden evenzeer voor de toepassing van het instrument van overgang van de onderneming in het geval van een verzekeraar. Aangezien deze uitgangspunten voortvloeien uit algemene rechtsbeginselen is ervoor gekozen deze uitgangspunten niet in dit artikel op te nemen, noch uitdrukkelijk, noch door middel van verwijzing naar de BRRD. Dat deze uitgangspunten in het kader van banken wel uitdrukkelijk in de wet zijn opgenomen, maar in het kader van verzekeraars niet, wordt verklaard doordat in de regeling betreffende banken de BRRD moet worden omgezet in Nederlands recht, terwijl de regeling betreffende verzekeraars niet voortvloeit uit een richtlijn. Hiermee is geen inhoudelijk verschil op dit punt beoogd. Het betreft de volgende uitgangspunten:

- de overgang is zo transparant mogelijk en er wordt geen wezenlijk onjuiste voorstelling van de activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten gegeven,

waarbij DNB rekening houdt met de omstandigheden van het geval en in het bijzonder met de noodzaak om de financiële stabiliteit in stand te houden;

- er vindt geen ongepaste bevoordeling of onderscheid van potentiële verkrijgers plaats, maar dit beginsel verhindert niet dat DNB specifieke potentiële verkrijgers benadert;
- de overgang is vrij van belangenconflicten;
- bij de overgang wordt geen enkele potentiële verkrijger ongerechtvaardigd bevoordeeld;
- rekening wordt gehouden met de noodzaak van een snelle afwikkelingsmaatregel;
- Voor zover mogelijk wordt beoogd de overgangsprijs te maximaliseren.

Bovendien zou, althans volgens artikel 39, derde lid, BRRD, niet aan deze uitgangspunten behoeven te worden voldaan indien inachtneming daarvan het bereiken van een afwikkelingsdoelstelling zou ondermijnen. Daardoor is er nog minder aanleiding voor het expliciet overnemen van de uitgangspunten in de wet.

### **Artikel 3A:106. Verzoek tot faillissement**

Een mogelijk scenario is dat DNB gebruik maakt van het instrument van overgang van de onderneming om een slechts een deel van de activa en de passiva te doen overgaan. Dit artikel bepaalt dat DNB in dat geval binnen een redelijke termijn aan de rechtbank Amsterdam verzoekt het faillissement van de entiteit, dus van het overgebleven deel, uit te spreken. Het is uiteraard aan de rechtbank te beoordelen of voldaan is aan het criterium om het faillissement uit te spreken. Niet mag worden uitgesloten dat de rechtbank oordeelt dat niet aan dat criterium is voldaan, maar zeer waarschijnlijk is dit niet. .

De rechtbank beoordeelt het verzoek tot faillietverklaring op de gronden, genoemd in artikel 213a bis Fw, waarin wordt verwezen naar artikel 3A:85, eerste lid, onderdelen a en b Wft.

### **Artikel 3A:107. Overgangsprijs**

Dit artikel bepaalt dat de overgangsprijs moet worden voldaan aan de oorspronkelijke eigenaren. In geval van een overgang van de door of met medewerking van de entiteit uitgegeven eigendomsinstrumenten zijn dat, kort gezegd, de aandeelhouders. In geval van een overgang van activa en passiva is dat de entiteit zelf. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:31.

### **Artikel 3A:108. Overgang op oorspronkelijke eigenaren**

Dit artikel komt erop neer dat DNB kan besluiten dat de activa die eerder aan de entiteit in afwikkeling toebehoorden en de passiva die de entiteit in afwikkeling eerder diende te voldoen terug op de entiteit in afwikkeling overgaan, en dat de aandelen of andere eigendomsinstrumenten die eerder aan de aandeelhouders toebehoorden terug op de voormalige aandeelhouders onderscheidenlijk voormalige houders van de eigendomsinstrumenten overgaan. Wanneer het betreft het instrument van overgang van de onderneming, is voor een retourovergang de instemming van de overnemer vereist. Dat is een verschil met de twee andere overgangsinstrumenten: de instemming van de overbruggingsinstelling en die van de entiteit van

activabeheer zijn niet vereist voor een retourovergang. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:32. Wel is er een verschil met het instrument van overgang van de onderneming bij banken. Als gevolg van de BRRD is in artikel 3A:32 bepaald dat de retourovergang plaatsvindt binnen de termijn die is genoemd in het besluit tot overgang en voldoet aan de in dat besluit opgenomen voorwaarden. Dergelijke beperkingen zijn niet overgenomen voor het instrument van overgang van de onderneming voor verzekeraars. Met betrekking tot de termijn wordt erop gewezen dat het niet wenselijk is dat DNB tot in de eeuwigheid zou kunnen besluiten dat de activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten terug overgaan op de oorspronkelijke eigenaren. Daarom is bepaald dat DNB slechts binnen een redelijke termijn daartoe kan besluiten. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

### **Artikel 3A:110. Rechtsopvolging verkrijger in andere lidstaat**

Dit bepaalt, kort gezegd, dat de overnemer voor wat betreft het recht om in andere lidstaten diensten te verrichten of zich daar te vestigen wordt beschouwd als de voortzetting van de entiteit in afwikkeling. De nationale wetgever kan dit slechts bepalen voor de eigen nationale rechtsorde. Het artikel ziet zowel op het voortzetten als het openen van een bijkantoor, alsmede op zowel het voortzetten als aanvangen van het verlenen van beleggingsdiensten of verrichten van beleggingsactiviteiten. Het recht voor een ondernemer met zetel in Nederland om in een andere lidstaat zijn bedrijf uit te oefenen vanuit een in die lidstaat gelegen bijkantoor of door middel van dienstverrichting naar die lidstaat moet door die lidstaat in diens wetgeving worden geregeld.

### **Artikel 3A:111. Rechtsopvolging toegangsrechten**

Dit artikel komt erop neer dat de verkrijger op dezelfde voet als de entiteit in afwikkeling kan voortgaan als lid en deelnemer met betrekking tot betalingssystemen, clearingsystemen, afwikkelingssystemen en gereguleerde markten, mits hij voldoet aan de voorwaarden voor lidmaatschap en deelname. Op deze regel bestaan twee uitzonderingen. De eerste heeft betrekking op voorwaarden in verband met de waardering van de kredietwaardigheid: indien de verkrijger niet beschikt over een rating van een kredietbeoordelingbureau, of indien de waardering van de kredietwaardigheid niet voldoende is om toegang te krijgen, mag toegang toch niet worden geweigerd. De tweede uitzondering betreft de situatie waarin de verkrijger niet voldoet aan de voorwaarden voor toegang. DNB kan dan bepalen dat die rechten toch kunnen worden uitgeoefend. DNB bepaalt de periode gedurende waarin deze rechten kunnen worden uitgeoefend. In beginsel is die periode ten hoogste 24 maanden, maar DNB kan deze periode verlengen.

### **Artikel 3A:112. De overbruggingsinstelling**

In dit artikel wordt het tweede van de vier afwikkelingsinstrumenten geïntroduceerd: het instrument van de overbruggingsinstelling. Zie het algemene deel van de toelichting.

### **Artikel 3A:113. Nadere regels**

Het huidige artikel 3:159t geeft reeds een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te geven met betrekking tot een overbruggingsinstelling en een rechtspersoon die tot taak heeft de eigendom in een overbruggingsinstelling te houden. Met het vervallen van de overdrachtsregeling vervalt ook artikel 3:159t. Dit artikel komt daarvoor in de plaats.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat ook artikel 3A:38 ook een grondslag biedt om nadere regels te stellen bij algemene maatregel van bestuur, namelijk met betrekking tot een overbruggingsinstelling voor banken. Zonder dit artikel zou onduidelijkheid kunnen bestaan of bij algemene maatregel van bestuur ook met betrekking tot een overbruggingsinstelling voor verzekeraars regels kunnen worden gesteld.

In het derde lid is bepaald dat de overbruggingsinstelling geen overeenkomsten van verzekering sluit. Zoals in het algemene gedeelte van deze toelichting reeds opgemerkt is het doel van een overbruggingsinstelling tijdelijk de eigendom van activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten te houden wanneer het wenselijk die vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te doen gaan op een andere partij, maar niet op korte termijn een private partij kan worden gevonden die bereid is de vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te nemen. Met dit doel verdraagt zich niet dat een overbruggingsinstelling weer nieuwe verzekeringsovereenkomsten gaat sluiten. Deze bepaling zegt niets over het lot van bestaande verzekeringsovereenkomsten.

#### **Artikel 3A:114. Overgang op oorspronkelijke eigenaren**

Dit artikel regelt de retourovergang; zie ook de toelichting op artikel 3A:108, met betrekking tot de retourovergang na toepassing van het instrument van overgang van de onderneming. Een verschil is dat voor een retourovergang na toepassing van het instrument van de overbruggingsinstelling geen instemming van de overbruggingsinstelling is vereist.

#### **Artikel 3A:116 vergunning overbruggingsinstelling**

Ingevolge artikel 3A:116 heeft een overbruggingsinstelling van rechtswege een vergunning als verzekeraar indien een dergelijke vergunning op grond van deel 2 van de wet is vereist. DNB kan daarbij, indien noodzakelijk ter verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen, ontheffing verlenen van de relevante vergunningvereisten. Een vergelijkbare bepaling is thans opgenomen in artikel 3:159ta van de wet.

#### **Artikel 3A:120. Overname zeggenschap en bijzondere bestuurder**

Op grond van dit artikel kan DNB op twee manieren invloed uitoefenen op de besluitvorming in de entiteit. In de eerste plaats kan zij een bijzondere bestuurder aanstellen. De bijzondere bestuurder heeft alle bevoegdheden van de algemene vergadering en het bestuur. Vanuit juridisch oogpunt is het de bijzondere bestuurder die zelf, in eigen naam, deze bevoegdheden uitoefent maar hij kan dit slechts doen onder toezicht van DNB. Hij heeft de plicht om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de afwikkelingsdoelstellingen in de hand te werken. In de tweede plaats kan DNB de zeggenschap over een

entiteit in afwikkeling overnemen. In dat geval is het DNB zelf, in eigen naam, die de bevoegdheden heeft. Een variant hierop is dat DNB de zeggenschap overneemt door middel van een door haar aangewezen persoon. Zij neemt dan de zeggenschap "onrechtstreeks" over. Ingeval een dergelijke persoon is aangewezen, oefent hij de zeggenschap uit namens DNB. DNB zal moeten kiezen of zij een bijzondere bestuurder aanstelt dan wel zelf de zeggenschap uitoefent. In beginsel is ook een combinatie van beide mogelijk. Zij kan grenzen stellen aan het optreden van de bijzondere bestuurder. Voorstelbaar is dat DNB besluit dat de bijzondere bestuurder bepaalde bevoegdheden slechts in beperkte mate mag uitoefenen, en zelf de uitoefening van die bevoegdheden aanvult.

In het tweede lid is bepaald dat de bijzondere bestuurder of DNB treedt in de rechten en bevoegdheden van de organen van de entiteit in afwikkeling en haar aandeelhouders of leden. Het gevolg daarvan is dat de aandeelhouders hun stemrechten niet kunnen uitoefenen. Het is mogelijk dat DNB een afwikkelingsmaatregel neemt zonder zeggenschap uit te oefenen. DNB kan ervoor kiezen de zeggenschap slechts gedeeltelijk over te nemen. Daarmee wordt bedoeld dat DNB slechts op een bepaald terrein de bevoegdheid om bestuursbeslissingen te nemen overneemt, maar op andere terreinen de beslissingsbevoegdheid aan het bestuur laat. Voorstelbaar is dat DNB de zeggenschap overneemt door het leidinggevend orgaan en het hogere management van een instelling in afwikkeling te ontslaan of te vervangen zonder dat zij de zeggenschap op andere gebieden overneemt. Voorts kan worden gewezen op het volgende. Om mogelijke twijfel weg te nemen is nu nog in de overdrachtsregeling verduidelijkt dat DNB een probleeminstelling kan verplichten gegevens of inlichtingen te verschaffen aan onder andere een persoon die, kort gezegd, overweegt de entiteit in afwikkeling over te nemen (artikel 3:159d, tweede lid). Doel daarvan is de kandidaat-overnemer in staat te stellen te beoordelen of hij de entiteit in afwikkeling inderdaad wil overnemen. In de systematiek van Deel 3A is een dergelijke bepaling niet nodig. DNB kan in de hoedanigheid van degene die zeggenschap in de entiteit in afwikkeling heeft overgenomen besluiten dat de entiteit in afwikkeling gegevens aan een kandidaat-overnemer verschaft.

### **Artikel 3A:121. Omzetting rechtsvorm**

Dit artikel voorziet in de bevoegdheid van DNB om de rechtsvorm van de entiteit te wijzigen indien dit noodzakelijk is om het instrument van bail-in te kunnen toepassen. Hiermee wordt voorkomen dat toepassing van deze bevoegdheden onmogelijk is omdat de entiteit, als gevolg van de gekozen rechtsvorm, bijvoorbeeld geen eigendomsinstrumenten heeft uitgegeven. In een dergelijke situatie kan de rechtsvorm van de entiteit zodanig worden gewijzigd dat bail-in alsnog mogelijk wordt.

Het wijzigen van de rechtsvorm van een entiteit in afwikkeling is een zeer ingrijpende maatregel, die ook niet eenvoudig ten uitvoer kan worden gelegd. Alleen in zeer bijzondere omstandigheden zal DNB van deze bevoegdheid gebruik maken. In beginsel zal DNB de rechtsvorm van de entiteit in afwikkeling respecteren en haar bevoegdheden met inachtneming van die rechtsvorm uitoefenen. Indien echter de rechtsvorm aan de uitoefening van die bevoegdheden in de weg staat en minder ingrijpende maatregelen niet kunnen volstaan, zal DNB de rechtsvorm kunnen wijzigen.

De beperkingen van artikel 2:18 BW, dat een regeling geeft voor de omzetting



van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm, gelden niet. Dat volgt uit artikel 3A:80. Dat bepaalt dat een besluit tot overdracht niet is onderworpen aan een wettelijke beperking. Hetzelfde geldt voor een besluit tot omzetting.

In het tweede lid is artikel 3A:98 van overeenkomstige toepassing verklaard, teneinde de gevolgen van een besluit tot wijziging van de rechtsvorm te kunnen regelen.

### **Artikel 3A:122. Beëindiging of wijziging overeenkomst**

Op grond van dit artikel kan DNB een overeenkomst waarbij een entiteit in afwikkeling partij is beëindigen of wijzigen en de verkrijger in de plaats stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. De wijziging kan betrekking hebben op alle elementen van de overeenkomst. De wederpartij heeft de beëindiging, wijziging of indeplaatsstelling te accepteren.

Dit artikel heeft betrekking op alle typen overeenkomsten. Het artikel heeft in de eerste plaats betrekking op verzekeringsovereenkomsten. Vaak zal alleen dan een derde bereid worden gevonden de portefeuille over te nemen indien rechten van de begunstigen worden aangepast; anders zou de derde de financieel ongezonde situatie slechts ongewijzigd kunnen overnemen. In het huidige artikel 3:195 is bepaald dat aan de bewindvoerder een bijzondere machtiging kan worden verleend om de verzekering bij overdracht van rechten en verplichtingen krachtens verzekering te wijzigen. De noodregeling, en daarmee ook artikel 3:195, wordt vervangen door een aangepaste faillissementsregeling en het afwikkelingsinstrumentarium. Voor het geval een derde alleen dan bereid is de portefeuille over te nemen indien de rechten van begunstigen worden aangepast, is bepaald dat DNB van deze bevoegdheid gebruik kan maken. Aanpassing van verzekeringsovereenkomsten kan overigens ook bestaan uit het aanpassen van die elementen van de overeenkomst die de polis maken tot wat ook wel woekerpolis worden genoemd.

De beëindiging en de wijziging, alsook de indeplaatsstelling van de verkrijger is begrensd door de artikelen 3A:131, op grond waarvan een wijziging, beëindiging van een overeenkomst of een indeplaatsstelling niet zo ver kan gaan dat daardoor bevoegdheden die voortvloeien uit financiële zekerheidsovereenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen worden aangetast.

Dat dit artikel betrekking heeft op alle typen overeenkomsten, heeft onder andere als consequentie dat DNB dit artikel ook kan gebruiken om overeenkomsten met het bestuur of het hogere management te beëindigen. Het maakt daarbij geen verschil of de betrokken persoon werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst dan wel een andere overeenkomst. Voor het vervangen van het bestuur of het hogere management kan DNB ook gebruik maken van de bevoegdheid, gegeven in artikel 3A:120.

Op grond van het derde lid kan de overdracht zodanig plaatsvinden dat het overgedragene vrij is van enige aansprakelijkheid of bezwaring. Deze bepaling moet in samenhang worden gezien met artikel 3A:132. Dat artikel komt er onder andere op neer dat activa waarmee de verplichting is

gedekt niet worden overgedragen, tenzij ook de verplichting ten behoeve waarvan een zekerheidsrecht is gevestigd, wordt overgedragen.

### **Artikel 3A:123. Opschorting betalings- of leveringsverplichting**

Op grond van dit artikel heeft DNB de bevoegdheid om bepaalde verplichtingen van de probleeminstelling op te schorten.

Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:52. In de toelichting op dat artikel is opgemerkt dat de opschorting ingaat op (1) het tijdstip waarop het besluit tot toepassing van een afwikkelingsinstrument bekend wordt gemaakt op de website van DNB, of (2) het tijdstip waarop dat besluit bekend wordt gemaakt op de website van de entiteit in afwikkeling, of, (3) indien de door de probleeminstelling uitgegeven aandelen of andere eigendomsinstrumenten of schuldinstrumenten niet ter verhandeling op een gereglementeerde markt worden toegelaten, het tijdstip waarop bekendmaking plaatsvindt in media waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij voor een doeltreffende verspreiding van de informatie in de hele Europese Unie kunnen zorgen. De schorsing van betalings- of leveringsverplichtingen die voortvloeien uit overeenkomsten met betrekking tot aandelen of andere eigendomsinstrumenten die niet ter verhandeling op een gereglementeerde markt worden toegelaten, gaat in op het hierboven genoemde tijdstip (3), en de schorsing van andere verplichtingen gaat in op tijdstip (1) of (2), en wel op het tijdstip dat zich als eerste van deze twee voordoet. De opschorting duurt tot 00.00 uur Nederlandse tijd aan het einde van de werkdag volgend op die kennisgeving. Op dat tijdstip eindigt de schorsing ook in lidstaten in een andere tijdzone. Een en ander geldt ook met betrekking tot artikel 3A:124.

Op grond van het vierde lid kan DNB niet een overboekingsopdracht opschorten die reeds is ingevoerd in een aangewezen systeem; dat zou neerkomen op een tijdelijke ongedaanmaking van een overboekingsopdracht, en een ongedaanmaking is nu juist wat de Finaliteitsrichtlijn beoogt te voorkomen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat DNB wel een verplichting kan opschorten die nog niet heeft geleid tot een overboekingsopdracht die is ingevoerd in een systeem. In dat geval wordt de invoering van de betalingsopdracht in het systeem opgeschort, hetgeen iets anders is dan dat de uitvoering van een reeds ingevoerde betalingsopdracht wordt opgeschort.

### **Artikel 3A:124. Beperking rechten schuldeisers**

Op grond van dit artikel heeft DNB de bevoegdheid om de mogelijkheden van schuldeisers met een zekerheid tijdelijk te beperken in hun mogelijkheden om hun zekerheidsrechten in verband met activa van de probleeminstelling af te dwingen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat op grond van onderhavig artikel DNB bevoegdheden kan beperken, en dat zij op grond van artikel 3A:125 bevoegdheden kan opschorten. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:54, en daarmee bij de formulering van de afkoelingsperiode in faillissement, geregeld in artikel 63a Fw. De termijn van de beperking is evenwel veel korter dan de afkoelingsperiode: de beperking vangt aan en eindigt op dezelfde tijdstippen als opschorting van bepaalde betalings- en leveringsverplichtingen; zie daarvoor artikel 3A:123. De beperking kan niet worden opgelegd met betrekking tot zekerheidsrechten die, kort gezegd, zijn gevestigd ten behoeve van systemen of systeemexploitanten die zijn aangewezen op grond van artikel 212d, eerste lid, van de Fw, centrale tegenpartijen en centrale banken.

### **Artikel 3A:125. Opschorting bevoegdheid tot beëindiging overeenkomst**

Dit artikel geeft aan DNB de bevoegdheid om beëindigingbevoegdheden van een wederpartij van de probleeminstelling bij een financieel contract op te schorten. Voor de goede orde wordt gewezen op de samenhang met artikel 3:128. In dat artikel gaat het om onder andere de bevoegdheid van een wederpartij om een overeenkomst te beëindigen op de grond dat DNB een afwikkelingsmaatregel heeft genomen. Artikel 3:128 bepaalt dat op een dergelijke beëindiginggrond geen beroep kan worden gedaan. In artikel 3:128 gaat het om alle beëindigingbevoegdheden. Hierbij kan worden gedacht aan de overeengekomen bevoegdheid de overeenkomst te beëindigen op de grond dat de kredietwaardigheid van de probleeminstelling is afgewaardeerd zonder dat dit direct verband houdt met de afwikkelingsmaatregel. De beëindigingbevoegdheden die worden bestreken door artikel 3:128 vallen ook onder onderhavig artikel, maar deze behoeven niet te worden opgeschort omdat zij op grond van artikel 3:128 toch al niet kunnen worden uitgeoefend. De uitoefening van de beëindigingbevoegdheden die niet onder artikel 3:128 vallen wordt niet op grond van dat artikel onmogelijk gemaakt, maar kan wel op grond van onderhavig artikel door de afwikkelingsautoriteit worden opgeschort. Voorwaarde daarvoor is wel dat wordt voortgegaan met de nakoming van de betalingsverplichtingen en leveringsverplichtingen en de verschaffing van zekerheden. De tijdstippen van aanvang en einde van de opschorting zijn dezelfde als die in artikel 3A:123.

### **Artikel 3A:126. Niet-nakoming overeenkomst**

Het niet-nakomen van een verplichting als gevolg van een opschorting of beperking door DNB levert geen toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis op. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:55.

### **Artikel 3A:127. Ingrijpen in handel in financiële instrumenten**

Op grond van dit artikel kan DNB aan de AFM verzoeken de toelating tot de handel op een gereguleerde markt of de officiële notering van financiële instrumenten te onderbreken of op te schorten. De evenknie voor banken is artikel 3A:56. Net als in dat artikel is aansluiting gezocht bij de terminologie van de artikelen 4:4b en 5:32h. In die artikelen wordt onderscheid gemaakt tussen het tijdelijk onderbreken of opschorten van de handel in een financieel instrument en het permanent uitsluiten van de handel in een financieel instrument. De bevoegdheid om een aanwijzing tot onderbreking, opschorting of uitsluiting te geven kan zowel betrekking hebben op instrumenten waarvan de toelating is aangevraagd, maar die nog geen officiële notering hebben, als op instrumenten die wel een officiële notering hebben.

Dit artikel bepaalt dat de AFM haar bevoegdheden op grond van artikel 4:4b of 5:32h toepast op verzoek van DNB. Dit laat echter onverlet dat de AFM tijdens de afwikkeling ook zelfstandig de bevoegdheden uit deze artikelen kan uitoefenen indien daar aanleiding voor is.

### **Artikel 3A:128. Uitsluiting contractuele voorwaarden**

Dit artikel bevat de regeling met betrekking tot wat ook wel de "trigger events"

wordt genoemd. Die regeling komt er neer dat een ten aanzien van een entiteit getroffen maatregel geen grond mag zijn voor de wederpartij om bepaalde in de overeenkomst bedongen rechten uit te oefenen. Achtergrond daarvan is dat de uitoefening van die rechten een averechts effect op de maatregel kan hebben. Artikel 3A:128 is de evenknie van 1:76b, dat van toepassing is op, kort gezegd, banken en beleggingsondernemingen; zie ook de toelichting op 1:76b.<sup>20</sup> In artikel 1:76b wordt ook verwezen naar de BRRD, en daardoor ook naar de in die regeling opgenomen vroegtijdige interventie maatregelen. Daardoor ligt het niet voor de hand dat artikel van overeenkomstige toepassing te verklaren op verzekeraars. Meer in het bijzonder is in artikel 3A:128 bepaald dat een ten aanzien van een entiteit getroffen maatregel geen:

- a. afdwinginggrond als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel 1, van de richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten is;
- b. grond is voor de uitoefening van een recht om een overeenkomst te beëindigen, een recht om een overeenkomst te beëindigen, een recht om de nakoming van verplichtingen te versnellen, voortijdig te beëindigen of te verrekenen, een recht om een verplichting van een partij bij de overeenkomst op te schorten, te wijzigen, te vernietigen of nietig te verklaren; of een recht die het ontstaan belet van een verplichting uit hoofde van de overeenkomst die anders zou zijn ontstaan;
- c. grond is voor verwerving van het bezit van, uitoefening van de zeggenschap over of uitoefening of vestiging van een zekerheidsrecht op een goed in eigendom van de entiteit;
- d. grond is voor afbreuk aan de rechten van de entiteit uit overeenkomst.

### **Artikel 3A:129. Uitsluiting vernietigbaarheid**

Dit artikel komt erop neer dat de zogeheten actio Pauliana niet kan worden ingesteld om de vernietiging of nietigheid te bewerkstelligen van de overgang van activa, rechten of passiva van een probleeminstelling aan een andere entiteit ingevolge de toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van een afwikkelingsbevoegdheid. In dit artikel is dit verwoord door te bepalen dat rechtshandelingen in verband met de toepassing van een afwikkelingsinstrument of de uitoefening van een afwikkelingsmaatregel niet vernietigbaar zijn. Een afwikkelingsmaatregel omvat immers zowel het toepassen van een afwikkelingsinstrument als het uitoefenen van een afwikkelingsbevoegdheid. Ook wanneer geen faillissement volgt, kunnen de rechtshandelingen evenmin worden vernietigd met een beroep op het commune burgerlijke recht ingevolge artikel 3:45, derde lid, BW. Dit artikel is eveneens genoemd in dit artikel. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:58.

### **Artikel 3A:130. Bescherming overboekingsopdrachten**

Met dit artikel wordt een systeem dat door de Minister is aangewezen op grond van artikel 212d Fw beschermd tegen een overgang van een gedeelte van de activa en passiva. In dit artikel is bepaald dat niet alleen aan het functioneren van een systeem geen afbreuk mag worden gedaan, maar evenmin aan de regels van dat systeem. Dit kan worden gezien als een uitzondering op 3A:80, derde lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet afwijken van de regels van een aangewezen systeem. Dit geldt ook voor het tweede lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet leiden tot onder andere de

---

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 66 e.v.

herroeping van een overboekingsopdracht. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:59

### **Artikel 3A:131. Bescherming rechten uit overeenkomst en Artikel 3A:132. Bijzondere beperkingen**

Deze artikelen dienen in onderlinge samenhang te worden gelezen. Artikel 3A:131 bepaalt dat bepaalde rechten niet worden aangetast door een overgang van een gedeelte van de activa of passiva, noch door een wijziging van de rechten en verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst, noch doordat de ontvanger in de plaats wordt gesteld van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. In artikel 3A:132 wordt dit artikel gepreciseerd.

Een en ander komt erop neer dat in artikel 3A:131 de hoofdregel wordt gegeven en dat artikel 3A:132 deze nader uitwerkt door te bepalen dat een besluit van DNB niet strekt tot overgang van een gedeelte van de activa of passiva die onder bepaalde typen overeenkomst vallen. Zouden zich in de praktijk gevallen voordoen die niet onder artikel 3A:132 vallen, dan geldt dus nog steeds de hoofdregel van artikel 3A:131, namelijk dat bedoelde rechten niet mogen worden aangetast. Deze onderlinge samenhang heeft voorts als consequentie dat, indien niet in overeenstemming met artikel 3A:132 is gehandeld, moet worden teruggevallen op de hoofdregel van artikel 3A:131, dus dat strijd met artikel 3A:131 niet ertoe mag leiden dat bedoelde rechten worden aangetast. Aldus is aansluiting gezocht bij de systematiek van de artikelen 3A:60 en 3A:61.

Artikel 3A:131 biedt bescherming aan de bevoegdheden die voortvloeien uit, financiële zekerheidsovereenkomsten, gedekte obligaties («covered bonds»), gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bescherming wordt geboden in de eerste plaats tegen besluiten tot overgang waarbij niet alle maar sommige activa overgaan. Dit artikel is vergelijkbaar met het huidige artikel 3:159o, tweede en derde lid, van de Wft waarvan de invoering is voorgesteld bij het voorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2015, en in het vervallen waarvan het thans voorliggende wetsvoorstel voorziet. Zie ook de memorie van toelichting met betrekking tot dat artikel.<sup>21</sup>

Door de praktijk wordt het gevaar gevoeld dat, wanneer een gedeelte van de activa of passiva wordt overgedragen, de overgang voor de wederpartij van de probleeminstelling ongunstig kan uitpakken. In het bijzonder wordt gevreesd dat daardoor verrekeningsbevoegdheden, en bevoegdheden uit zekerheidsregelingen, financiële zekerheidsovereenkomsten, saldering, covered bonds en gestructureerde financieringsregelingen worden doorkruist. Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie waarin tussen de probleeminstelling en een wederpartij over en weer verplichtingen bestaan, zodat deze partij zowel schuldeiser als schuldenaar van de probleeminstelling is. Wanneer wel de vorderingen op de probleeminstelling zouden overgaan, maar niet de schulden aan de probleeminstelling, zou de situatie kunnen ontstaan dat de wederpartij wel aan de probleeminstelling dient te betalen, maar een vordering op de overnemer heeft gekregen. Of dan nog een beroep kan worden gedaan op verrekening is volgens sommigen onduidelijk. Dat zou ertoe kunnen leiden dat wederpartijen extra solvabiliteit moeten aanhouden.

---

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr 3. blz. 20-22 en 64-65.

Wanneer zij dat doorberekenen aan Europese probleeminstellingen, zouden de fundingkosten van die Europese instellingen kunnen stijgen.

Dit artikel is ruimer dan artikel 3:159o van de Wft in de zin dat het ook bescherming biedt bij de vernietiging of wijziging van voorwaarden van een overeenkomst waarbij de probleeminstelling partij is, en het in het besluit om de ontvanger in de plaats te stellen van de entiteit in afwikkeling.

Gekozen is ervoor in dit artikel aan te sluiten bij de formulering in artikel 3:159o van de Wft: bevoegdheden kunnen niet worden aangetast. Aldus wordt "adequate bescherming" gegeven, een term die voorkomt in de BRRD en die heeft geleid tot artikel 3A:60, waarop dit artikel is geënt.

In navolging hiervan wordt in artikel 3A:132 een nadere invulling gegeven aan de adequate bescherming.

De bescherming wordt gegeven ongeacht het aantal partijen bij de regelingen en ongeacht of de regelingen (a) bij overeenkomst, trust of andere middelen tot stand zijn gebracht, dan wel van rechtswege zijn ontstaan, en (b) ontstaan uit hoofde van, dan wel geheel of gedeeltelijk worden beheerst door het recht van een andere lidstaat.

Voor de goede orde wordt gewezen op de verhouding tussen 3A:122, eerste lid, en artikel 3A:131. 3A:122, eerste lid, geeft DNB de bevoegdheid een overeenkomst te beëindigen of te wijzigen, en de ontvanger in de plaats te stellen van de entiteit in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. 3A:131 begrenst deze bevoegdheid in die zin dat door een dergelijke beëindiging, wijziging of indeplaatsstelling niet kunnen worden aangetast bevoegdheden die voortvloeien uit financiëlezekerheidsovereenkomsten, gedekte obligaties, gestructureerde zekerheidsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bevoegdheden die uit andere overeenkomsten kunnen dus wel worden aangetast door een beëindiging, wijziging of indeplaatsstelling.

### **3A:132. Bijzondere beperkingen**

Dit artikel werkt artikel 3A:131 nader uit met betrekking tot financiëlezekerheidsovereenkomsten, salderingsovereenkomsten en verrekeningsovereenkomsten, zekerheidsregelingen, gestructureerde financieringsregelingen en gedekte obligaties.

In de eerste plaats wordt bepaald met betrekking tot financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht, verrekeningsovereenkomsten en salderingsovereenkomsten dat de bescherming eruit moet bestaan dat wordt voorkomen dat niet alle maar sommige van de rechten en verplichtingen uit die overeenkomsten worden overgedragen. Dat is een verschil met het huidige artikel 3:159o, tweede en derde lid. Daarin is bepaald dat de rechten uit bedoelde overeenkomsten door een overdracht niet worden aangetast. Artikel 3:159o, tweede en derde lid, laat dus de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht open, maar laat niet toe dat een gedeeltelijke overdracht leidt tot aantasting van de rechten. Artikel 3A:132 laat de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht van activa en passiva niet langer toe, althans voor zover zij, kort gezegd, vallen onder de genoemde overeenkomsten. Overwogen is of niet kan worden volstaan met te bepalen dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht,

verrekeningsovereenkomst en salderingsovereenkomst slechts in hun geheel kunnen worden overgedragen. Deze formulering heeft de charme van de eenvoud, maar in een dergelijke tekst is onduidelijk of ook wordt voorkomen dat een gedeelte van de activa die worden bestreken door een raamovereenkomst wordt overgedragen. De regel dat het onmogelijk is slechts een gedeelte van de activa over te dragen komt overeen met de beleidsregel van 12 december van DNB, die is gepubliceerd in de Staatscourant van 20 december 2013, nr. 35928.

Kern van het tweede lid is dat bij een overdracht datgene wat dient als zekerheid en de vordering waarvoor die zekerheid is gesteld «bij elkaar behoren te blijven». Het is dus niet toegestaan het ene wel over te dragen en het andere niet. In die zin vertoont dit lid verwantschap met het eerste lid. Met betrekking tot onderdeel c wordt het volgende opgemerkt. De term «voordeel van de zekerheid» is overgenomen uit artikel 3A:61, tweede lid, onderdeel c, dat op zijn beurt weer is overgenomen uit artikel 78 BRRD. Met deze term wordt bedoeld op – in de terminologie van artikel 3:227, eerste lid, BW – de bevoegdheid om bij voorrang boven andere schuldeisers zich te verhalen op het goed waarop de zekerheid rust. Het begrip «voordeel van de zekerheid» is evenwel ruimer dan het in artikel 3:227, eerste lid, BW bedoelde recht, want het niet is niet beperkt tot pand- of hypotheekrecht, en evenmin beperkt tot zekerheid ter voldoening van een geldsom. Naar Nederlands recht is dit geen recht dat afzonderlijk kan worden overgedragen. Naar Nederlands recht brengt het beginsel van zaaksgevolg bovendien met zich mee dat het zakelijke zekerheidsrecht kan worden uitgeoefend tegen een ieder in wiens macht of eigendom het goed zich bevindt, ook wanneer die andere persoon diegene is aan wie het goed is overgedragen en niet de oorspronkelijke schuldenaar is. Mogelijke twijfel zou kunnen bestaan in het omgekeerde geval, dus wanneer wel een vordering op de entiteit wordt overgedragen aan een derde, maar niet het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd. In dit verband is in de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 159o, tweede lid, destijds opgemerkt dat in de praktijk het voorkomt dat zekerheid wordt verschaft door middel van een separate overeenkomst.<sup>22</sup> Gedacht kan worden aan de situatie waarin door bank A of een third party security provider ten behoeve van een andere bank B door middel van een separate pandakte of een separate financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding zekerheid is verschaft op aan bank A of aan de third party security provider toebehorende goederen en dat, ingeval van een afwikkeling van bank A, alle uit de raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen in hun geheel wordt overgedragen aan een derde. Het gevolg van een dergelijke overdracht is dat de schuld van bank A (de verzekerde vordering bezien vanuit het perspectief van bank B) overgaat op de derde. Wanneer evenwel de verbonden goederen aan bank A of aan de third party security provider blijven toebehoren, is volgens de praktijk onduidelijk of bank B dan haar pandrecht kan uitoefenen: zij heeft immers niet langer een vordering op bank A (maar op de derde), terwijl de verbonden goederen nog steeds aan de derde of in het geval van een third party security provider, aan deze toebehoren. De praktijk koestert twijfel dienaangaande, ook al zijn er goede gronden om aan te nemen dat bank B in het bovengenoemde voorbeeld zijn pandrecht kan uitoefenen ten gevolge van de in artikel 3:80 BW neergelegde regel dat de overdracht tot gevolg heeft dat de goederen onder algemene titel overgaan en dat artikel 6:142 BW bepaalt dat bij overgang van

---

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr 3. blz. 21.

een vordering op de nieuwe schuldeiser deze de daarbij behorende nevenrechten verkrijgt.

Toch is ervoor gekozen artikel 3A:132, tweede lid, onderdeel c, op te nemen omdat het niet voor onmogelijk moet worden gehouden dat een overdracht door DNB mede betrekking heeft op goederen en zekerheidsrechten die worden beheerst door een ander dan Nederlands recht, op grond waarvan het «voordeel van de zekerheid» zonder aparte bepaling niet zou worden mee-overgedragen. Voor dat geval is het gewenst onderdeel c op te nemen. Uit het voorgaande blijkt dat met de regel dat het «voordeel van de zekerheid» moet worden mee-overgedragen wordt bedoeld dat, indien bijvoorbeeld een vordering op de entiteit in afwikkeling wordt overgedragen aan een derde, de schuldenaar het «voordeel van de zekerheid» ook kan uitoefenen jegens de overnemer. Strikt genomen wordt dus niet zozeer bedoeld dat het «voordeel van de zekerheid» wordt overgedragen – het blijft immers bij de schuldeiser – als wel dat dat voordeel ook tegen de overnemer kan worden ingeroepen.

In het derde lid wordt bepaald dat activa en passiva die een gestructureerde financieringsregelingen, met inbegrip van gedekte obligaties, of een onderdeel daarvan vormen slechts gezamenlijk worden overgedragen. Overwogen is of het eerste, tweede en derde lid en in het bijzonder het eerste en derde lid, niet kunnen worden samengevoegd. Daarvan is afgezien. Onbedoeld zou dan de suggestie kunnen worden gewekt dat enerzijds activa en passiva die onder bijvoorbeeld een financiëlezekerheidsvereenkomst vallen en andere activa en passiva die bijvoorbeeld een gestructureerde financieringsregeling vormen, slechts gezamenlijk kunnen worden overgedragen.

Met betrekking tot het vijfde lid wordt het volgende opgemerkt. Hierboven is al ingegaan op de vraag wat het gevolg is ingeval gekoppelde activa en passiva, in weerwil van de eerste drie leden, toch niet gezamenlijk zijn overgegaan. In dat geval moet worden teruggevallen op de hoofdregel in artikel 3A:131. Een en ander komt erop neer dat, alhoewel de overgang in deze vorm niet had mogen geschieden, deze toch niet nietig of vernietigbaar is – hetgeen uitdrukkelijk is bepaald – maar dat bedoelde bevoegdheden niet worden aangetast. Het gevolg daarvan is dat de verrekeningsbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Iets dergelijks geldt ook met betrekking tot een beëindiging of wijziging van rechten en verplichtingen. De beëindiging en wijziging zijn niet nietig, maar hebben niet tot gevolg dat bedoelde rechten en verplichtingen worden aangetast. Dat is bepaald in het vijfde lid. Voor zover de beëindiging en wijziging ook op andere rechten en verplichtingen dan die, bedoeld in het eerste lid, betrekking hebben, hebben de beëindiging en wijziging wel gevolg. Of de koper van een actief die wordt geconfronteerd met een geslaagd beroep op bijvoorbeeld verrekening wordt gecompenseerd, hangt af van de omstandigheden van het geval en moet worden beoordeeld aan de hand van het commune burgerlijke recht. Daarbij wordt opgemerkt dat de rechtshandeling in ieder geval niet kunnen worden vernietigd op grond van de actio pauliana.

## **Artikel II**

A en B

Artikel 2 van de Wbft regelt de inrichting van de begroting van de toezichthouder. De inrichting dient zodanig te zijn dat duidelijk is hoe de



begrote toezichtkosten worden toegerekend aan de te onderscheiden toezichtcategorieën. Deze toezichtcategorieën zijn opgenomen in de bijlagen II, III en IV van de wet.

De instellingen waarop Hoofdstuk 3A.3 Afwikkeling van verzekeraars van de Wft van toepassing zijn, worden opgenomen in een nieuwe bijlage V. Zowel artikel 2 als artikel 7, waarin bepalingen zijn opgenomen die van belang zijn voor de door DNB op te stellen ZBO-verantwoording, dient te verwijzen naar de nieuwe bijlage V. Bij de doorberekening van toezichtkosten aan de in bijlage V opgenomen instellingen is een onderscheid aan te brengen naar enerzijds kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling van verzekeraars en anderzijds, in een voorkomend geval althans, met de kosten van een afwikkeling (zie hierna). De kosten die gepaard gaan met een eventuele afwikkeling zijn op voorhand niet te begroten.

In artikel 7 is tevens vastgelegd hoe de niet aan de Staat af te dragen opbrengsten uit dwangsommen of bestuurlijke boetes worden toegerekend aan de toezichtcategorieën van DNB. Deze categorieën zijn opgenomen in de bijlagen II, III, IV en V van de Wbft. Omdat het bij de bijlagen om te onderscheiden taken van DNB gaat, stelt DNB jaarlijks per bijlage vast voor welk totaalbedrag de daarin opgenomen categorieën hebben bijgedragen aan de hier bedoelde opbrengsten. Naar rato van die vier totaalbedragen wordt het voor alle toezichtcategorieën bestemde bedrag aan boeteopbrengsten van maximaal € 2,5 mln. aan de categorieën van de genoemde drie bijlagen toegerekend.

C en D

Op grond van artikel 11 van de Wbft kan de toezichthouder kosten in rekening brengen bij onder toezicht staande instellingen. Het gaat daarbij om kosten van eenmalige toezichthandelingen alsmede om kosten van het doorlopend toezicht. De kosten van eenmalige toezichthandelingen zijn vastgelegd in bijlage I van de Wbft.

De berekeningswijze van het bedrag dat een onder toezicht staande instelling in rekening wordt gebracht voor het doorlopend toezicht blijkt uit artikel 11 en 13. De artikelen 11 en 13 van de Wbft dienen eveneens te verwijzen naar bijlage V. Tevens moet uit artikel 13 blijken welke kosten kunnen worden toegerekend aan de in bijlage V opgenomen toezichtcategorie. Daartoe dient het nieuwe lid 6. Dit betreft de jaarlijks in rekening te brengen kosten waarbij de berekeningswijze overeenkomt met die voor de toerekening van kosten aan de instellingen die zijn opgenomen in de bijlage II, III en IV.

E

Dit onderdeel van het wetsvoorstel regelt de vaststelling van bijlage V. De in deze bijlage opgenomen toezichtcategorie blijft beperkt tot de instellingen waarop Hoofdstuk 3A.3 van de Wft van toepassing is. Deze instellingen krijgen jaarlijks, naast de heffing voor het reguliere toezicht, een heffing opgelegd vanwege het voorbereiden van de afwikkeling. De hoogte van een heffing wordt bepaald aan de hand van de 'premie-inkomsten en bruto-inkomen' voor verzekeraars niet zijnde zorgverzekeraars en 'aantal verzekerden' voor zorgverzekeraars.

### **Artikel III**

#### **A**

Het huidige artikel 3:80, tweede lid, BW bepaalt dat men goederen onder algemene titel verkrijgt door onder andere de goedkeuring van een overdrachtsplan als bedoeld in de artikelen 3:159l, 3:159p en 3:159s van de Wet op het financieel toezicht, en door toepassing van een afwikkelingsinstrument als bedoeld in het artikel 3A:1, onderdelen a, b en c, van die wet. De wijziging bestaat eruit dat de verwijzingen naar de overdrachtsregeling vervallen en dat de afwikkelingsmaatregelen met betrekking tot verzekeraars worden toegevoegd.

#### **B**

De kern van de artikelen 7:662 tot en met 7:665 is, kort gezegd, dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan over op de verkrijger. Artikel 7:666 maakt daarop een uitzondering voor, wederom kort gezegd, een overgang in het kader van een saneringsprocedure. De wijziging van artikel 7:666 bestaat eruit dat afwikkelingsmaatregelen met betrekking tot verzekeraars worden toegevoegd en dat de verwijzing naar de overdrachtsregeling vervalt. De regel dat de rechten en verplichtingen van de werkgever overgaan op de verkrijger, geldt dus niet wanneer een verzekeraar of diens portefeuille in het kader van een afwikkelingsmaatregel overgaan op een verkrijger.

### **ARTIKEL IV Wijziging van de Faillissementswet**

Een aantal wijzigingen houdt verband met het vervallen van de noodregeling en de mogelijkheid om een overdrachtsplan te realiseren in faillissement. Deze worden niet apart toegelicht. Zie voor een toelichting op het afschaffen van de noodregeling het algemeen deel van de memorie van toelichting.

#### **Artikel 213a bis**

Het criterium op grond waarvan het faillissement van een verzekeraar kan worden uitgesproken is hetzelfde als het criterium op grond waarvan het afwikkelingsinstrumentarium kan worden ingezet. Net als in de huidige wet dienen deze twee criteria gelijk te zijn. Ofschoon het doorgaans de voorkeur zal verdienen om het afwikkelingsinstrumentarium in te zetten, is het voorstelbaar dat in een specifiek geval de omstandigheden van het geval eerder wijzen in de richting van een faillissement zonder dat eerst de afwikkelingsinstrumenten zijn toegepast. In een dergelijk geval is het onwenselijk dat DNB in een mogelijk hectische situatie de twee criteria naast elkaar moet leggen en moet beoordelen aan welk criterium de omstandigheden van het geval voldoen, zeker wanneer de verschillen tussen de criteria terminologisch zijn en geen praktische betekenis hebben. Daarom is aansluiting gezocht bij het criterium in artikel 3A:85, eerste lid, onderdelen a en b, Wft waarin twee voorwaarden worden genoemd voor

afwikkeling

1. de instelling faalt of zal waarschijnlijk falen; en
2. er is geen redelijk vooruitzicht dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren;

Ten eerste is vereist dat de instelling «faalt of waarschijnlijk zal falen» en dus failliet zou gaan of mogelijk failliet zou gaan als er niet wordt ingegrepen. Voor de toepassing van deze voorwaarde wordt een instelling geacht te falen of waarschijnlijk te zullen falen onder één van de volgende omstandigheden:

- De instelling voldoet niet meer aan de voorwaarden waaronder zij een vergunning heeft verkregen of voldoet daar binnen afzienbare tijd niet meer aan;
- de activa van de instelling zijn geringer of binnen afzienbare tijd geringer dan de passiva;
- de instelling is niet in staat of binnen afzienbare tijd niet meer in staat haar schulden te betalen;
- de instelling heeft voor haar voortbestaan (bepaalde vormen van) staatssteun nodig.

Het tweede aspect van het afwikkelingscriterium is dat er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal doen keren. Een voorbeeld van een private oplossing is een zodanige kapitaalverhoging door de bestaande aandeelhouders of door een derde dat de levensvatbaarheid van de instelling volledig wordt hersteld.

De derde voorwaarde die in artikel 3:85, eerste lid, Wft wordt genoemd, is dat de afwikkeling van de instelling noodzakelijk is met het oog op het algemeen belang. Deze voorwaarde wordt niet gesteld voor het uitspreken van het faillissement. Het algemeen belang wordt ingekleurd door het belang van de polishouders, voorkomen van significante sociale onrust en het voorkomen van significante nadelen voor de onder andere de financiële markten. Met deze inkleuring verdraagt zich niet dat ook het element “algemeen belang” wordt opgenomen in het criterium voor faillietverklaring van een verzekeraar.

### **Artikel 213 ad1**

Dit artikel regelt de inzage in gegevens en bescheiden van de verzekeraar. Een dergelijke bepaling komt voor in het huidige artikel 3:165 Wft met betrekking tot de noodregeling maar ontbreekt nog met betrekking tot faillissement. Deze omissie wordt thans geredresseerd.

### **Artikel 213af**

Artikel 213af bepaalt waartegen de verzekeraar wiens faillissement is aangevraagd door DNB zich kan verweren. In de huidige tekst is dat onder andere tegen beslissingen die DNB heeft genomen in het kader van de voorbereiding van een overdrachtsplan, zoals dat nu nog is geregeld in de Wft. Artikel 213af wordt daarom aangepast.

### **Artikel 213i**

Als gevolg van de wijziging van artikel 213g stelt de curator de bekende schuldeisers in kennis niet alleen van de faillietverklaring maar ook van de bijzondere machtiging tot wijziging van de verzekeringsovereenkomst.

### **Artikel 213ma**

De artikelen 213ma en volgende geven een regeling betreffende tussentijdse uitkeringen voorafgaand aan de verificatievergadering in het faillissement van een verzekeraar. Artikel 213ma is het kernartikel. Het artikel maakt onderscheid tussen enerzijds levensverzekeringen, verzekeringen ter zake van letsel, of overlijden en pensioenen van werknemers, en anderzijds andere verzekeringen.

Op vorderingen uit de eerste categorie verzekeringen en pensioenen van werknemers, genoemd in het eerste lid, doet de curator een tussentijdse uitkering zonder dat daarvoor in dit artikel nadere voorwaarden worden gesteld, afgezien van de voorwaarde dat de vordering bestaat. Dit is onder woorden gebracht door te bepalen dat het "opeisbare" vorderingen moet betreffen. Wanneer de vordering reeds voorafgaand aan de faillietverklaring opeisbaar is, kan de curator direct na de faillietverklaring de eenmalige tussentijdse uitkering doen of aanvangen met de periodieke tussentijdse uitkeringen. Wanneer de vordering pas na de faillietverklaring maar voor de verificatievergadering opeisbaar wordt, doet de curator de tussentijdse eenmalige of periodieke uitkeringen daarna. Wanneer bijvoorbeeld de begunstigde de pensioengerechtigde leeftijd niet voor de verificatievergadering bereikt, is er geen aanleiding voor tussentijdse uitkeringen. De curator berekent de contante waarde van de verzekering, en zal het uit te keren bedrag in de uitdelingslijst opnemen.

Op vorderingen uit de andere categorie verzekeringen, genoemd in het eerste lid, onderdeel e, doet de curator slechts dan aan tussentijdse uitkering indien het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt voorafgaand aan de faillietverklaring of binnen 60 dagen daarna. De gedachte hierachter is dat bij dit type verzekeringen de verzekerde gemakkelijk kan overstappen naar een andere verzekeraar; het wordt redelijk geacht dat hij daarvoor een termijn van 60 dagen krijgt.

Wanneer het begunstigde gebruik heeft gemaakt van zijn recht de verzekering te doen afkopen, komt de daaruit voortvloeiende vordering op grond van het tweede lid slechts "automatisch" voor een tussentijdse uitkering in aanmerking indien de begunstigde dat heeft gedaan voorafgaand aan de faillietverklaring. Wanneer hij eerst na de faillietverklaring gebruik maakt van dit recht, komt hij slechts dan voor een voorschot in aanmerking indien het wachten tot na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. De begunstigde moet in dat geval verzoeken om een tussentijdse uitkering. Uiteraard geldt ook in dat geval dat voor de tussentijdse uitkering toestemming van de rechter-commissaris is vereist.

Het vierde lid maakt een uitzondering op artikel 130. In dat artikel is bepaald dat een vordering onder opschortende voorwaarde op twee manieren kan worden geverifieerd. De eerste manier is een onvoorwaardelijke verificatie tegen de contante waarde op het ogenblik van de faillietverklaring. De tweede manier is een voorwaardelijke verificatie voor het volle bedrag indien de curator en de schuldeiser het niet eens kunnen worden over de eerste wijze

van verificatie. In het specifieke geval van een vordering uit een overeenkomst van verzekering zonder afkoopwaarde, welke vordering is ontstaan doordat het risico zich verwezenlijkt na de faillietverklaring, zijn geen van beide manieren geschikt. Wanneer het risico zich nog niet heeft verwezenlijkt op de dag van de faillietverklaring zou, strikt genomen, het bedrag van de vordering nihil zijn. Het is redelijk dat een dergelijke vordering wordt geverifieerd voor het bedrag van de daadwerkelijke vordering, ook al is deze vordering eerst na de faillietverklaring ontstaan. Het ligt voor de hand dat in de praktijk verzekeringsvorderingen op deze manier worden geverifieerd. In die zin is het vierde lid dan ook geen ingrijpende wijziging van de bestaande situatie. Het derde lid staat op zich los van het vraagstuk van de sociale bevoorschotting, maar de gelegenheid wordt benut om voor deze kwestie een regeling te geven. Voor de goede orde wordt nog opgemerkt dat het vijfde lid de bestaande regels met betrekking tot bijvoorbeeld de vraag of er een opeisbare vordering is wanneer de polishouder niet heeft voldaan aan zijn verplichting om premie te betalen, onverlet laat. Zou de dekking zijn vervallen omdat de premie niet is betaald, dan leidt het vijfde lid niet ertoe dat alsnog moet worden geverifieerd en tot uitkering moet worden overgegaan. Het vierde lid heeft immers slechts betrekking op de verificatie van de vordering *voor haar waarde*, niet tevens voor haar opeisbaarheid.

### **Artikel 213mb**

In artikel 213mb worden de vorderingen genoemd waarop artikel 213ma niet van toepassing is. Zij vallen wel onder de omschrijving van de in artikel 213ma genoemde vorderingen, maar zijn daarvan uitgezonderd. Het betreft in de eerste plaats vorderingen die niet alleen tegen de boedel maar ook tegen een ander geldend kunnen worden gemaakt: tegen het Zorginstituut en tegen het Waarborgfonds Motorverkeer. Wanneer deze twee instellingen een vordering van een begunstigde op de boedel aan de begunstigde hebben voldaan, hebben zij ter zake daarvan een vordering op de boedel. Zij zijn niet afhankelijk van deze vorderingen, zodat er geen reden is voor een tussentijdse uitkering.

In onderdeel e worden onder andere de vorderingen genoemd die opeisbaar worden door de faillietverklaring. Als voorbeeld kan worden genoemd de vordering die opeisbaar wordt als gevolg van artikel 40 van Boek 6 BW. Zou de vordering vervolgens nog op een andere grond opeisbaar worden, in het bijzonder doordat het verzekerde voorval zich voordoet, dan is er wel aanleiding voor bevoorschotting. Dit is beoogd tot uitdrukking te brengen door het woord "louter".

### **Artikel 213mc**

Artikel 213mc geeft de belangrijkste voorwaarde voor het doen van een tussentijdse uitkering: de curator moet daarvoor toestemming hebben van de rechter-commissaris. De toestemming betreft het doen van de uitkering zelf, de hoogte en, in geval van een periodieke uitkering, de frequentie van de uitkering. De curator verzoekt de rechter-commissaris om toestemming. Indien de curator in een bepaald geval niet om toestemming zou vragen, bijvoorbeeld omdat hij voornemens is een vordering in de verificatievergadering te betwisten, staat de desbetreffende begunstigde de weg van artikel 69 open. Formeel lokt hij dan het bevel van de rechter-commissaris uit dat de curator om toestemming vraagt. In de praktijk zal dat erop neerkomen dat de rechter-

commissaris oordeelt of de vordering van de begunstigde voor een tussentijdse uitkering in aanmerking komt. Wanneer de toestemming eenmaal is gegeven, behoeft de curator vervolgens toestemming in voorkomend geval voor het beëindigen van de tussentijdse uitkering, en voor het wijzigen van de hoogte en de frequentie. Dit is alleen aan de orde bij periodieke tussentijdse uitkeringen.

Doel van de toestemming is te bevorderen dat de begunstigde enerzijds niet te veel aan tussentijdse uitkeringen krijgt. In dat geval blijft er in de boedel minder over voor de andere schuldeisers; dat is dus ongunstig voor het fonds, dat aan de schuldeisers het bedrag uitkeert dat zij tekort komen. Het kan ook ongunstig zijn voor de begunstigde zelf omdat te hoge verwachtingen met betrekking tot de uiteindelijke uitkering kunnen worden gewekt. De rechter-commissaris geeft daarom toestemming indien, kort gezegd, de curator aannemelijk maakt dat hetgeen de begunstigden ontvangen in overeenstemming is met hetgeen zij uiteindelijk zullen ontvangen na de verificatievergadering.

### **Artikel 213md**

Dit artikel noemt nog twee aanvullende vereisten voor het doen van tussentijdse uitkeringen. De eerste betreft vorderingen, ontstaan uit of krachtens een overeenkomst van verzekering die niet zijn een levensverzekering, een verzekering ter zake van ziekte, letsel of overlijden of pensioen. Vorderingen krachtens dit type overeenkomsten komen slechts dan in aanmerking voor een tussentijdse uitkering indien zij groter dan € 12.500 zijn. Met betrekking tot kleinere bedragen kan worden verlangd dat de begunstigde wacht tot na de verificatievergadering of dat hij het bedrag leent totdat hij een uitkering uit de boedel ontvangt. Voor levensverzekeringen, verzekeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden geldt de drempel van € 12.500 niet.

Met betrekking tot risico's die zich verwezenlijken na de faillietverklaring wordt de eis gesteld dat de begunstigde de vordering indient ter verificatie. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de begunstigde de vordering toch al moet indienen ten behoeve van de verificatievergadering. De in artikel 213md bedoelde indiening is bedoeld om in aanmerking te komen voor een tussentijdse uitkering.

### **Artikel 213me**

Dit artikel regelt de kring van begunstigden die in aanmerking komen voor een tussentijdse uitkering. In aanmerking komen in ieder geval natuurlijke personen. In het algemeen zal het voor hen het nijpendst zijn wanneer zij tot de verificatievergadering op een uitkering zouden moeten wachten. Het opnemen van natuurlijke personen is categorisch; niet wordt beoordeeld of in een specifiek geval een begunstigde wel in de financiële problemen zou komen zonder tussentijdse uitkering. Met betrekking tot rechtspersonen moet een onderscheid worden gemaakt. Rechtspersonen die een micro-onderneming of kleine onderneming drijven, komen eveneens categorisch in aanmerking voor een tussentijdse uitkering. Bij hen wordt evenmin beoordeeld of zij het financieel zouden kunnen volhouden tot na de verificatievergadering. In het algemene gedeelte van de toelichting is hierop reeds ingegaan. Voor de

afbakening tussen enerzijds micro-ondernemingen en kleine ondernemingen en anderzijds andere ondernemingen is verwezen naar de richtlijn 2014/34/EU en niet naar de bepaling waarmee deze richtlijn op dit punt is geïmplementeerd: artikel 395a van Boek 2 BW. De reden daarvoor is dat deze bepaling ook van toepassing is op rechtspersonen naar niet-Nederlands recht.

Rechtspersonen die een middelgrote onderneming of grote onderneming drijven komen in beginsel niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering. De curator doet evenwel in bijzondere gevallen aan een dergelijke rechtspersoon toch een tussentijdse uitkering, indien de rechter-commissaris daartoe beslist. De rechter-commissaris beslist daartoe indien, kort gezegd, van de begunstigde niet kan worden verlangd dat hij moet wachten tot na de verificatievergadering. Daarbij kan in aanmerking worden genomen in welke mate de rechtspersoon behoefte heeft aan de tussentijdse uitkering en of hij voor de tussentijd het bedrag niet kan lenen. De rechter-commissaris neemt een beslissing op verzoek van de schuldeiser of een belanghebbende. De toevoeging "of een belanghebbende" is opgenomen teneinde rekening te houden met de situatie waarin een middelgrote of grote onderneming formeel gezien de schuldeiser is omdat hij partij bij de verzekeringsovereenkomst is, maar deze overeenkomst heeft gesloten ten behoeve van een ander. De onaanvaardbare gevolgen behoeven zich niet noodzakelijkerwijs voor te doen bij de schuldeiser zelf.

### **Artikel 213mf**

Dit artikel heeft betrekking op de situatie waarin dezelfde schade door meer dan een verzekeraar wordt gedekt. De begunstigde kan dan elke verzekeraar aanspreken (artikel 7:961 BW). Artikel 213mf bepaalt dat de vordering op de failliete verzekeraar in twee situaties niet vatbaar is voor een tussentijdse uitkering. De eerste situatie is die waarin de begunstigde de failliete verzekeraar als eerste aanspreekt. Die vordering komt op grond van onderdeel a niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking. In de tweede situatie spreekt de begunstigde de andere verzekeraar als eerste aan, maar deze vergoedt niet de gehele schade. Indien de begunstigde voor het restant de failliete verzekeraar aanspreekt, is die vordering evenmin vatbaar voor een tussentijdse uitkering. Het is mogelijk dat een huis ter waarde van € 1.000.000 bij de ene verzekeraar is verzekerd tegen schade door brand voor een bedrag tot € 500.000, en bij een tweede verzekeraar voor schade tussen € 500.000 en € 1.000.000. Dat valt niet onder de term "dezelfde schade"; indien de ene schade is verzekerd bij de failliete verzekeraar en niet tevens bij een andere verzekeraar, en de andere schade is verzekerd bij een andere verzekeraar, mist dit artikel toepassing en kan de begunstigde beide verzekeraars aanspreken, ieder voor de schade die bij de onderscheidene verzekeraar is verzekerd. Tevens is mogelijk dat één voorval twee typen schade veroorzaakt. Te denken valt aan brand van een winkelpand, waarbij niet alleen schade aan het pand ontstaat, maar ook schade door inkomensderving. De situatie waarbij de ene schade is verzekerd bij de failliete verzekeraar en de andere schade bij een andere verzekeraar valt niet onder dit artikel.

Voor de volledigheid wordt gewezen op de situatie waarin de aangesproken verzekeraar naar evenredigheid verhaal neemt op de failliete verzekeraar op grond van artikel 7:961, derde lid, eerste zin, BW. Zoals in de parlementaire geschiedenis van artikel 7:961 BW is opgemerkt, is de grondslag daarvoor niet

dat de aangesproken verzekeraar zou zijn gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde. Hij heeft dan ook geen vordering die is ontstaan uit of krachtens een overeenkomst van verzekering. De verhaalsvordering van de aangesproken verzekeraar op de failliete verzekeraar is bijgevolg geen vordering die voor een tussentijdse uitkering in aanmerking komt.

### **Artikel 213mg**

Ten behoeve van de verificatievergadering berekent de curator de contante waarde van elke vordering; bij periodieke uitkeringen gaat hij daarbij mede uit van de verwachte duur dat de begunstigde nog aanspraak zal maken op de uitkering, te rekenen vanaf de datum van faillietverklaring. Na de verificatievergadering is bekend voor welk bedrag de vordering van een begunstigde wordt geverifieerd. Om te berekenen welk gedeelte van dit bedrag hij daadwerkelijk aan de begunstigde uitkeert, brengt hij op het bedrag waarvoor de vordering is geverifieerd in mindering het bedrag dat aan tussentijdse uitkeringen is gedaan. Hij verrekent dus het bedrag aan tussentijdse uitkeringen met het uiteindelijk uit te keren bedrag. Het is mogelijk, ondanks een zorgvuldige schatting bij het doen van de tussentijdse uitkeringen en de toestemming die de rechter-commissaris daarvoor heeft gegeven, dat blijkt dat de uitkomst negatief is, met andere woorden, dat een begunstigde te veel heeft ontvangen. Niet ondenkbeeldig is dat in een en ander een grond wordt gevonden om van de desbetreffende begunstigde het teveel ontvangen bedrag terug te vorderen, bijvoorbeeld op grond van onverschuldigde te betaling. Niet hoeft te worden bepaald of de boedel inderdaad een dergelijke vordering op de begunstigde heeft; volstaan kan worden met de bepaling dat, voor zover een dergelijke vordering bestaat, deze niet afdwingbaar is. Deze regel is opgenomen in artikel 213mg.

### **Artikel 213mh**

In artikel 213mh wordt artikel 69 van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond van artikel 69 kan ieder van de schuldeisers, de schuldeisercommissie en de gefailleerde bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat. Zie ook het algemene gedeelte van de toelichting.

## **ARTIKEL V. Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht**

De voorgestelde wijzigingen in de Awb zien op het overslaan van de bezwaarfase en van het beroep bij de rechtbank bij de rechtsbescherming tegen een besluit tot afwikkeling. Tegen dit besluit kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zie voor een verdere toelichting inzake de rechtsbescherming het algemeen deel van de toelichting. Daarnaast wordt een besluit uitgezonderd van bezwaar en beroep. Dit betreft de uitoefening op verzoek van DNB door de AFM van de bevoegdheid om de handel door of met medewerking van de entiteit in afwikkeling uitgegeven financiële instrumenten op te doen opschorten of onderbreken of die financiële instrumenten van de handel te doen uitsluiten. Deze regeling geldt thans reeds voor de relevante bepaling in het hoofdstuk over de afwikkeling van banken.



## **ARTIKEL VI tot en met IX**

Het betreft hier het schrappen van verwijzingen in diverse wetten naar de noodregeling.

### **Artikel X**

Onderdeel A

Een besluit tot afwikkeling is een alternatief voor de aanvraag van het faillissement en wordt genomen in het belang van polishouders. Het heeft als doel om verzekeringscontracten te continueren mits dit voordelen oplevert voor de betreffende polishouders ten opzichte van de aanvraag van het faillissement. Een van rechtswege beëindiging van de zorgverzekering in geval van wijziging of intrekking van de vergunning tot uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf zou een besluit tot afwikkeling zinloos maken. Daarom wordt voorgesteld in artikel 6, eerste lid, onderdeel a, te bepalen dat de zorgverzekering niet eindigt in geval van afwikkeling.

### **Artikel XI**

In dit artikel wordt bepaald dat indien ten aanzien van een bank of verzekeraar voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit voorstel de noodregeling wordt uitgesproken deze wordt afgewikkeld op basis van het geldend recht voor inwerkingtreding van dit voorstel. Het betreft aldus de regeling van de eerbiedigende werking.

Hetzelfde geldt voor de situatie waarin ten aanzien van een verzekeraar faillissement is uitgesproken. Ook daarvoor geldt dat dit faillissement wordt afgewikkeld op basis van het 'oude' recht.

De Minister van Financiën,