

Consultatieverslag 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)

Algemeen

Het wetsvoorstel voorziet in instrumenten en bevoegdheden om verzekeraars zo nodig op een ordentelijke wijze te kunnen afwikkelen om zo de belangen van polishouders bij de verzekeraar maximaal te waarborgen. Voorts voorziet het voorstel in de mogelijkheid om, in geval van het faillissement van een verzekeraar, nog voor de verificatievergadering te kunnen overgaan tot het verstrekken van een voorschot op de uitkering uit de boedel om ook in deze situatie de belangen van polishouders te waarborgen.

In de periode van 13 juli 2016 tot en met 28 augustus 2016 is het wetsvoorstel publiek geconsulteerd. Met deze consultatie is een ieder in de gelegenheid gesteld kennis te nemen van de voorgenomen wijzigingen en de mogelijkheid geboden om op het conceptwetsvoorstel, alsmede op de memorie van toelichting, te reageren. Bij de consultatie zijn geen specifieke vragen voorgelegd.

Naar aanleiding van de consultatie zijn openbare reacties ontvangen van het corporate governance forum voor institutionele beleggers Eumedion, Houthoff Buruma, Clifford Chance en het Hazelhoff Centre for Financial Law (Universiteit Leiden). Daarnaast zijn reacties ontvangen van het Verbond van Verzekeraars, het Instituut voor Financieel Recht (Radboud Universiteit Nijmegen), de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie en adviesbureau Milliman. Ook zijn de toezichthouders op de financiële markten, de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM), bij de voorbereiding van het wetsvoorstel betrokken geweest. Hierna zal worden ingegaan op de voornaamste algemene thema's die aan de orde zijn gekomen in de reacties op het voorontwerp. Het meer technische commentaar in de consultatiereacties is zoveel mogelijk betrokken bij de uiteindelijke redactie van de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel, alsmede bij de daarbij behorende toelichting.

1. Afwikkeling van gemengde groepen, samenloop met de BRRD en de SRMR verordening

In een aantal reacties op de consultatie (onder meer het Verbond van Verzekeraars, het IFR en de universiteit Leiden) is gevraagd naar de samenloop tussen het onderhavige kader voor de afwikkeling van verzekeraars en verzekeringsgroepen en het kader dat geldt voor banken en bankengroepen.

Vooropgesteld dient te worden dat het antwoord op de vraag naar de samenloop van verschillende interventieregimes niet verandert door de herziening van het afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars en verzekeringsgroepen. Reeds bij de implementatie van de BRRD is onderkend dat indien sprake is van een afwikkeling van een bank of bankengroep waarvan ook een verzekeraar deel uitmaakt, bijvoorbeeld in geval van een financieel conglomeraat, de richtlijn en de SRM verordening slechts voor het bankendeel van deze groep een regeling treffen.

De BRRD en de verordening sluiten aan bij de werkingssfeer van de richtlijn kapitaalvereisten respectievelijk de verordening banktoezicht. Indien is voldaan aan de criteria voor afwikkeling uit de SRM verordening worden de entiteiten van een groep die worden genoemd in artikel 3A:2, worden afgewikkeld op basis van de SRM verordening en hoofdstuk 3A.1 van de wet. Verzekeraars en de holdings die geen bank of beleggingsonderneming als dochter hebben, vallen niet onder het bereik van dit regime. De bevoegdheden uit de SRM verordening en hoofdstuk 3A.1 kunnen niet op deze entiteiten worden toegepast.

Het in het wetsvoorstel voorgestelde regime is van toepassing op verzekeraars maar ook bijvoorbeeld op gemengde financiële holdings. Ten aanzien van de laatste entiteiten kan overlap ontstaan tussen beide regimes nu zij zowel binnen het bereik van hoofdstuk 3A.1 als binnen het bereik van het regime voor verzekeraars kunnen vallen.

Door verschillende respondenten is erop gewezen dat het onwenselijk is dat een verzekeringsgroep, of althans een groep waarvan de verzekeringsactiviteiten naar verhouding een veel groter deel uitmaken, (geheel) wordt afgewikkeld volgens het regime dat volgt uit de BRRD.

Dit is niet het geval. Het bankenregime kan slechts worden toegepast op die delen van een dergelijke groep die zijn genoemd in artikel 3A:2. Dit regime wordt dus nimmer toegepast op de verzekeraar of de verzekeringsholding niet zijnde een gemengde (financiële) holding. Er is daarbij overigens slechts dan sprake van overlap indien, eenvoudig gezegd, zowel aan de bankzijde als aan de verzekeringszijde is voldaan aan de voorwaarden voor groepsafwikkeling. Immers, indien slechts aan een van beide zijden aan de voorwaarden is voldaan, wordt slechts één regime geactiveerd. Indien wel sprake is van activering van beide regimes dan volgt uit het feit dat het bankenregime een communautaire achtergrond heeft dat dat regime voorgaat, althans voor die entiteiten waarbij overlap bestaat, zoals de gemengde financiële holding. De entiteiten binnen de groep waarbij geen overlap bestaat zoals de bank en de verzekeraar zullen altijd volgens hun eigen specifieke regime worden afgewikkeld.

In de memorie van toelichting bij de implementatie van de BRRD is reeds opgemerkt dat bij de afwikkeling van een bank of bankengroep met banden met een verzekeraar, door DNB of de Afwikkelingsraad afstemming zal moeten plaatsvinden tussen DNB of de Afwikkelingsraad en de bevoegde (groeps)toezichthouder van de verzekeraar of verzekeringsgroep, dan wel met de coördinerend toezichthouder van een financieel conglomeraat. Voor Nederland zal dat DNB zelf zijn. Dit verandert met de aanpassing van het instrumentarium voor de afwikkeling van verzekeraars niet.

Door de universiteit Leiden is nog gevraagd naar, kort gezegd, de toepasselijkheid van de level 2 en level 3 regelgeving van de BRRD. Deze nadere regelgeving door de Commissie of EBA is niet van toepassing in het kader van het onderhavige regime. DNB kan deze uitwerkingen wel gebruiken als inspiratiebron voor de toepassing van haar bevoegdheden, deze bevoegdheden worden echter niet door de BRRD regelgeving ingeperkt.

2. Reikwijdte wetsvoorstel

In de consultatiereacties zijn opmerkingen gemaakt ten aanzien van de reikwijdte van de voorstellen door het Verbond van Verzekeraars, de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (GCV) en het Instituut voor Financieel Recht (IFR). Opgemerkt wordt dat het risico van omvallen van schadeverzekeraars van een andere orde zou zijn dan het omvallen van een levensverzekeraar. De reikwijdte van het voorstel zou wellicht beperkt kunnen worden tot levensverzekeraars; polishouders van schadeverzekeraars kunnen veelal makkelijk hun schadeverzekering elders onderbrengen. Het is juist dat het meer dan bij een levensverzekeraar veelal in de rede zal liggen een schadeverzekeraar 'normaal' failliet te laten gaan, maar dat zal niet altijd het geval zijn. Zo kan onderscheid worden gemaakt tussen verschillende branches waarin de schadeverzekeraar actief is.

Zoals wordt opgemerkt in de memorie van toelichting kan bij schadeverzekeraars met bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheidsverzekeringen afwikkeling wel voor de hand liggen. Alhoewel onderkend kan worden dat het instrumentarium naar verwachting minder vaak zal worden toegepast op schadeverzekeraars kan aldus niet worden uitgesloten dat toepassing wenselijk is. Het ligt om voornoemde redenen dan ook niet voor de hand om de reikwijdte van het voorstel op voorhand te beperken tot levensverzekeraars.

De GCV en het IFR noemen een aantal mogelijke problemen die kunnen optreden in geval van bijvoorbeeld een grensoverschrijdende groep. Zo zouden afgeboekte vorderingen bij gebreke aan internationale erkenning van deze maatregelen, mogelijk door crediteuren worden verhaald op niet Nederlandse bezittingen van de betreffende verzekeraar. In dit kader is het van belang op te merken dat het herstel- en afwikkelingskader voldoet aan de definitie van een saneringsmaatregel of liquidatiemaatregel van de richtlijn solvabiliteit II. Op grond van artikel 269, eerste lid en 273, eerste lid, van die richtlijn is alleen de bevoegde instantie van de lidstaat van herkomst bevoegd om saneringsmaatregelen te nemen onderscheidenlijk een liquidatieprocedure te openen. Op grond

van artikel 269, derde lid, van die richtlijn wordt de procedure beheerst door het recht van de lidstaat van opening, en ingevolge de artikelen 269, vierde lid, en 273, tweede lid, van die richtlijn hebben die maatregelen zonder verdere formaliteiten volledige rechtswerving in de gehele Unie. Andere lidstaten zijn dus verplicht een Nederlandse bail-in te erkennen. Andere lidstaten hebben dus te erkennen dat een vordering als gevolg van bail-in niet meer bestaat; er is dus geen vordering meer die kan worden verhaald op goederen die toebehoren aan de verzekeraar maar zich in een andere lidstaat bevinden.

Met betrekking tot de werking in derde landen: geen bepaling in de wet verhindert dat DNB vermogensbestanddelen in derdelanden in de afwikkeling betreft (vgl. HR 15 april 1955, NJ 1955, 542; nog steeds geldend recht m.b.t. faillissementen). Of door DNB genomen maatregelen ook buiten de Unie zouden kunnen werken, hangt af van het antwoord op de vraag of het desbetreffende derde land die werking op zijn grondgebied erkent. Het voordeel van het niet beperken van de reikwijdte van de maatregelen tot de Unie is dat daardoor ten minste een kans bestaat dat deze maatregelen ook buiten de Unie werken. Indien de reikwijdte zou worden beperkt tot de Unie is er zelfs die kans niet. De GCV wijst er ook op dat het gebrek aan effectiviteit van herstel en afwikkeling buiten Nederland er toe zal leiden dat in het kader van de beoordeling van de afwikkelbaarheid extra ringfencing maatregelen worden opgelegd aan de Nederlandse entiteiten om in dit gebrek te voorzien (op een wijze zoals ook is voorzien in artikel 3A:11 Wft). Hieraan is gedacht getuige artikel 3A:82. Bovendien moeten andere lidstaten herstel- en afwikkelingsmaatregelen erkennen.

Het IFR merkt op dat haar voorlopige conclusie is dat de voorstellen met betrekking tot groepsafwikkeling eigenlijk uitsluitend toepasbaar zijn bij Nederlandse verzekeraars en eventueel Nederlandse (nationale) verzekeringsgroepen en niet geschikt zijn om internationale groepen af te wikkelen. Ook stelt het IFR dat indien een Nederlandse verzekeraar onderdeel uitmaakt van een internationale groep, het voor de hand lijkt te liggen dat Nederlandse interventie beperkt zou moeten blijven tot de afwikkeling van de Nederlandse verzekeraar op solo basis. In beginsel wordt hetgeen het IFR opmerkt onderschreven, zij het dat op voorhand mogelijkheden tot afwikkeling niet dienen te worden uitgesloten, louter omdat een afwikkeling wellicht niet eenvoudig zal zijn. Bovendien valt niet uit te sluiten dat een land op vrijwillige basis meewerkt met DNB. Indien een verzekeraar met zetel in Nederland, die deel uitmaakt van een internationale groep waarvan de holding zich in Nederland bevindt, in de problemen komt, kunnen maatregelen worden genomen jegens die verzekeraar en de holding. Zo kunnen via een bail-in de aandeelhouders een bijdrage leveren aan de afwikkeling. Indien de holding louter als holding functioneert, dus alleen aandeelhouder is, maakt het voor bail-in niet uit of de holding zich al dan niet in Nederland bevindt omdat voor bail-in het van belang is dat de verzekeraar wiens aandelen worden afgeschreven zich in Nederland moet bevinden. De vraag hoe het bailed-in kapitaal moet worden ingezet in de groep, is niet aan de orde, omdat alleen de deelneming in de Nederlandse verzekeraar zijn waarde verliest. DNB kan niets bepalen met betrekking tot de deelnemingen in verzekeraars met zetel in andere (lid)staten. DNB kan haar bevoegdheden jegens de holding wel gebruiken indien de holding ook operationele taken verricht zoals ICT-functies of het personeel van de verzekeraar met zetel in Nederland in dienst heeft. In dat geval kan het nuttig zijn om ten gunste van een goede afwikkeling van de verzekeraar ook de holding bij de afwikkeling te betrekken door bijvoorbeeld er voor te zorgen dat de ICT voor de verzekeraar blijft functioneren. Vanzelfsprekend zal DNB overleg moeten hebben met andere betrokken toezichthouders indien de holding ook taken verricht ten dienste van andere verzekeraars.

Indien alleen de holding zich in Nederland bevindt, zijn de raakvlakken met Nederland heel beperkt. Daarom is naar aanleiding van het commentaar van de GCV en het IFR op artikel 3A:86, derde lid, dat lid vervallen.

De GCV vraagt zich af waarom in artikel 3A:78 onderdeel e (andere ondernemingen die deel uitmaken van een groep) is opgenomen, omdat deze uitbreiding niet nodig zou zijn omdat de afwikkelbaarheid wordt beoordeeld vanuit de verzekeraar en de houdster en zich uitstrekt over alle partijen waarmee banden bestaan (ongeacht of dit groepsleden zijn). Inderdaad wordt de afwikkelbaarheid beoordeeld op de wijze die de GCV schetst, maar om bevoegdheden te kunnen uitoefenen jegens de groepsonderdelen, is vermelding in artikel 3A:78, onderdeel e, noodzakelijk.

Het IFR vraagt wat moet worden verstaan onder "andere ondernemingen die deel uitmaken van een groep voor zover zij diensten verrichten die van kritiek belang zijn voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten ervan" en of moet worden aangesloten bij de Solvency II uitbestedingsregels. Naar aanleiding van dit verzoek is toelichting verduidelijkt.

3. Bail-in

Een aantal respondenten (onder meer het Verbond van Verzekeraars, de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, het IFR en de universiteit Leiden) heeft opmerkingen gemaakt over de toepassing van het instrument van bail-in. Hieronder wordt op diverse onderdelen van die opmerkingen gereageerd.

Een aantal respondenten heeft gevraagd naar een toelichting op, kort gezegd, het moment waarop het instrument van bail-in kan worden toegepast. Zo vraagt het Verbond van Verzekeraars een bevestiging dat bail-in slechts mogelijk is nadat aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan. Dit is het geval. Toepassing van alle afwikkelingsinstrumenten, dus ook het instrument van bail-in, is pas aan de orde nadat DNB heeft besloten tot afwikkeling van een verzekeraar of verzekeringsgroep en aldus pas nadat aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan.

Anders dan geldt voor banken kan bail-in, of een partiële bail-in in de vorm van afschrijving of omzetting van kapitaalinstrumenten (AFOMKI), niet buiten afwikkeling. Voor banken geldt dat kan worden overgegaan tot AFOMKI indien de bank zonder toepassing van dat instrument niet langer levensvatbaar is (het zogenoemde Point of No Viability). De bank wordt niet in afwikkeling geplaatst en wordt geacht na toepassing van AFOMKI wel weer levensvatbaar te zijn. Het regime voor verzekeraars voorziet niet in een dergelijke toepassing van een (partiële) bail-in buiten afwikkeling. De afwikkelingsinstrumenten en relevante bevoegdheden, kunnen slechts door DNB worden toegepast nadat DNB heeft besloten tot afwikkeling van de verzekeraar of verzekeringsgroep. DNB kan slechts besluiten tot afwikkeling indien aan alle relevante voorwaarden (failing or likely to fail, geen alternatief en in het openbaar belang) is voldaan.

In het verlengde hiervan kan nog worden opgemerkt dat het wetsvoorstel niet voorziet in instrumenten en bevoegdheden die kunnen worden uitgeoefend alvorens tot afwikkeling wordt besloten, anders dan de bepalingen inzake het voorbereidend crisisplan, het afwikkelingsplan en eventuele maatregelen om belemmeringen voor afwikkeling weg te nemen. Anders dan in de BRRD voorziet dit wetsvoorstel niet in zogenoemde early intervention maatregelen zoals neergelegd in onder meer artikel 1:75a van de wet. Een dergelijke aanvulling van het kader in de fase van going concern is niet nodig en verhoudt zich daarbij niet tot het regime van de richtlijn Solvency II dat deze fase volledig heeft geharmoniseerd. Hetzelfde geldt voor de invoering van een nieuwe financiële eis vergelijkbaar met het minimum vereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (MREL), zoals die voor banken geldt en zoals door de universiteit Leiden wordt gesuggereerd. Daar komt bij dat een dergelijk eis zou leiden tot een aanmerkelijke aanpassing van de balans van Nederlandse verzekeraars hetgeen het gelijk speelveld van dergelijke verzekeraars disproportioneel zou bedreigen. Veel respondenten hebben gewezen op het belang van een proportioneel optreden van de wetgever en de toezichthouder in het licht van dat gelijke speelveld.

Een aantal respondenten heeft vragen gesteld over de toepassing van het instrument van bail-in en het onderscheid met de toepassing van dat instrument bij de afwikkeling van een bank. Hierover kan het volgende worden opgemerkt. In de consultatiereactie van het Verbond van Verzekeraars van de Gecombineerd Commissie Vennootschapsrecht wordt terecht opgemerkt dat de toepassing van het instrument van bail-in bij de afwikkeling van een verzekeraar vaak een ander doel zal dienen dat bij afwikkeling van een bank. Toepassing van bail-in bij een bank zal vaak - dit hoeft niet per definitie het geval te zijn - tot doel hebben om de verliezen van de bank te absorberen en de bank te herkapitaliseren tot het niveau waarop de bank weer aan alle relevante kapitaaleisen voldoet en als going concern de activiteiten kan voortzetten. Voor de afwikkeling van een verzekeraar zal veelal niet het doel zijn om de verzekeraar als onderneming te continueren maar om, met behulp van een bail-in, een overdracht van de portefeuille verzekeringsovereenkomsten naar een andere verzekeraar mogelijk te maken zodat deze kunnen worden gecontinueerd. Het doel is veelal dus niet voortzetting van de verzekeringsonderneming maar voortzetting van de

verzekeringssportefeuille. Een andere verzekeraar zal veelal alleen dan de portefeuille wensen over te nemen indien de over te nemen verplichtingen zich verhouden tot de mee over te dragen activa.

Nu de verzekeraar in afwikkeling per definitie faalt of dreigt te falen (met andere woorden de passiva kunnen nu juist niet in voldoende mate door activa worden gedekt) kan een dergelijke overdracht veelal alleen indien de verplichtingen worden verlaagd.

Het voorgaande heeft gevolgen voor de wijze van toepassing van het instrument van bail-in. Voor verzekeraars geldt dat bail-in vaker zal worden beperkt tot het afschrijven van vorderingen zonder dat daarbij tevens besloten wordt tot omzetting van passiva in eigendomsinstrumenten. Met andere woorden indien bail-in wordt toegepast op vorderingen van polishouders zal vaak 'slechts' worden besloten tot verlaging van de vordering zonder dat daarbij tevens omzetting van die vordering in eigendomsinstrumenten plaatsvindt. Hierbij vindt in wezen een vergelijkbare aanpassing van de verzekeringsovereenkomst plaats als die waartoe kan worden besloten in een overdrachtsplan (ex artikel 3:159o, vierde lid) of bij overdracht door de bewindvoerder in de noodregeling op grond van een bijzondere machtiging (ex artikel 3:221).

Dit betekent niet dat een inzet van het instrument van bail-in op vergelijkbare wijze als bij een bank, en met omzetting van in aanmerking komende passiva in eigendomsinstrumenten, niet tot de mogelijkheden behoort. In de toelichting is reeds uitvoerig ingegaan op de mogelijkheid van bail-in met als doel een going concern van de verzekeraar na afwikkeling. Wel moet worden onderkend dat dit in het geval van een verzekeraar minder vaak aan de orde zal zijn. Met het Verbond van Verzekeraars en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht kan worden onderkend dat een situatie waarin omzetting van vorderingen van polishouders in eigendomsrechten in de onderneming complex is. Tegelijkertijd is een dergelijke 'transactie' niet complexer dan wanneer dit instrument wordt toegepast in het kader van de afwikkeling van een bank. Het ligt dan ook voor de hand dat door DNB bij de wijze van toepassing van dat instrument op banken wordt aangesloten. DNB heeft in haar hoedanigheid van resolutieautoriteit voor banken een consultatiedocument gepubliceerd over de wijze waarop zij voornemens is de toepassing van het instrument van bail-in bij banken vorm te geven.

Door Clifford Chance is nog gewezen op de mogelijkheid dat door toepassing van bail-in in relatieve termen niet aan het beginsel van No Creditor Worse Off wordt voldaan. Hiervan zou sprake kunnen zijn indien met de toepassing van het instrument van bail-in vorderingen van crediteuren met een verschillende rang in faillissement zouden worden omgezet in eigendomsinstrumenten. In een dergelijke situatie kan volgens Clifford Chance worden gesproken van het niet-voldoen aan het NCWO-beginsel in relatieve termen omdat in een normaal faillissement een lager gerangschikte crediteur niets zou ontvangen zolang een hoger gerangschikte crediteur niet volledig wordt voldaan. Clifford reikt daarbij een mogelijke oplossing aan door crediteuren met een hogere rangschikking aandelen toe te kennen die preferent zijn ten opzicht van aandelen die worden toegekend aan crediteuren met een lagere rang. Nu op grond van het voorstel geen nadere eisen worden gesteld aan de vorm van de eigendomsinstrumenten waarin wordt omgezet behoort dit inderdaad tot de mogelijkheden. Daarbij moet worden aangetekend dat het bail-in instrument, anders dan Clifford Chance lijkt te veronderstellen, niet vereist dat iedere crediteur die wordt geraakt een recht verkrijgt op eigendomsinstrumenten. Denkbaar is dat voor bepaalde klassen crediteuren (bijvoorbeeld zij die in faillissement geen boedeluitkering krijgen) wordt volstaan met afschrijving van hun vordering, mogelijk zelfs tot nihil, en voor andere klassen crediteuren wordt gekozen voor omzetting. Ook op deze wijze kan de situatie die Clifford Chance schetst worden voorkomen.

4. Waardering

Verschillende partijen (Verbond van verzekeraars, Milliman, de Gecombineerde commissie Vennootschapsrecht) hebben, kort gezegd, gewezen op het grote belang van zowel de ex ante waardering – die de basis vormt voor het besluit tot afwikkeling en de toepassing van afwikkelingsinstrumenten als de ex post waardering – die tot doel heeft te bepalen in hoeverre aan het NCWO beginsel is voldaan.

Vooropgesteld dient te worden dat de (uitgangspunten van de) waardering inderdaad een cruciaal onderdeel vormen van de afwikkeling van een verzekeraar of verzekeringsgroep. Op basis van de ex ante waardering wordt onder meer vastgesteld of de onderneming voldoet aan de voorwaarden voor afwikkeling; op basis van deze waardering wordt bepaald of de onderneming failing or likely to fail is. Daarnaast wordt een schatting gemaakt van de verliezen van crediteuren van die onderneming in de situatie dat ten aanzien van de onderneming op hetzelfde moment faillissement zou zijn uitgesproken. Daarmee wordt de NCWO-grens bepaald, hetgeen in wezen de ondergrens is van de verliezen die in afwikkeling, bijvoorbeeld door middel van bail-in, aan crediteuren kunnen worden toegerekend.

Door Milliman is aangegeven dat de waarderingmethode en uitgangspunten zoals die volgen uit Solvency II op een aantal punten subjectieve elementen bevatten. Dit gegeven vereist aldus Milliman dat, indien DNB het Solvency II raamwerk invult en dat raamwerk als basis wordt gebruikt voor de waardering, er sprake is van onafhankelijk tegenwicht. Dit wordt onderschreven. Het voorstel vereist reeds dat zowel de ex ante waardering als de ex post waardering worden uitgevoerd door een onafhankelijke deskundige partij. DNB kan weliswaar, indien tijdsdruk dit vereist, zelf een voorlopige ex ante waardering uitvoeren en op basis daarvan overgaan tot afwikkeling maar deze voorlopige waardering moet altijd worden gevolgd door een volwaardige onafhankelijke waardering.

Daarbij geldt dat beide waarderingen weliswaar niet op zichzelf in een juridische procedure aan de rechter kunnen worden voorgelegd, in beide gevallen geldt dat de rechter zich een oordeel zal kunnen vormen over de waardering als onderdeel van een beroep tegen een besluit van DNB. Voor de ex ante waardering betreft dit het beroep tegen het besluit tot afwikkeling en voor de ex post waardering het beroep tegen het besluit tot het toekennen van compensatie voor schending van het NCWO-beginsel onderscheidenlijk de weigering om een dergelijk besluit te nemen. Daarmee is voorzien in een afdoende objectieve en onafhankelijke basis voor afwikkeling.

De waardering zal moeten geschieden op basis van uitgangspunten die bij of krachtens de wet zijn vastgesteld. Bij algemene maatregel van bestuur zullen de uitgangspunten voor de waardering nader worden vastgelegd. Om die reden is het thans nog prematuur om inhoudelijk op de uitgangspunten voor de waardering in te gaan. Omdat het gaat om relatief technische voorschriften ligt het opnemen van de uitgangspunten van de waardering in de wet in formele zin, zoals in een consultatiereactie werd gesuggereerd, niet voor de hand. Vanzelfsprekend zal deze algemene maatregel van bestuur openbaar worden geconsulteerd zodat daarop door partijen kan worden gereageerd.

5. Criteria voor afwikkeling

Een aantal respondenten (Clifford Chance, IFR, Verbond van Verzekeraars) heeft opmerkingen gemaakt over de voorwaarden om tot afwikkeling over te gaan. Voor alle respondenten geldt dat zij terecht opmerken dat helderheid over deze criteria van belang is. Voor een besluit om tot afwikkeling van een verzekeraar over te gaan is vereist dat:

- a) de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen;
- b) er geen redelijk vooruitzicht is dat een private oplossing of de inzet van het reguliere toezichtinstrumentarium de situatie ten goede zal keren; en
- c) de afwikkeling van de instelling is in het algemeen belang.

Met name over onderdeel c bestaat kennelijk enige onduidelijkheid.

Voor onderdeel a) geldt, zo merkt Clifford Chance terecht op, dat hieraan in ieder geval is voldaan indien de vergunning van de verzekeraar is ingetrokken bijvoorbeeld omdat deze niet voldoet aan de relevante kapitaaleisen uit Solvency II. Het is daarmee, aldus opnieuw Clifford, een helder en duidelijk criterium. Clifford stelt vervolgens voor de voorwaarden voor afwikkeling van een verzekeraar met een Solvency II vergunning te beperken tot dit criterium en de onderdelen b) en c) slechts toe te passen op andere entiteiten en verzekeraars zonder Solvency II vergunning. Hierover kan het volgende worden opgemerkt. Uitgangspunt blijft ook na inwerkingtreding van het

onderhavige regime dat verzekeraars failliet moeten kunnen gaan. Slechts in bepaalde gevallen wordt gekozen voor afwikkeling. Onderdeel c) brengt dit tot uitdrukking. Slechts indien, naast aan de voorwaarden onder a) en b), ook aan de voorwaarde is voldaan dat afwikkeling noodzakelijk is in het algemeen belang kan een verzekeraar worden afgewikkeld. Anders dient DNB voor deze verzekeraar faillissement aan te vragen; de voorwaarden voor de faillissementsaanvraag worden in het licht van het bovenstaande dan ook aangepast en gelijk gesteld aan de voorwaarden a) en b).

Voor onderdeel c) geldt dat het Verbond de vraag stelt in hoeverre reeds aan dit criterium is voldaan indien de belangen van polishouders in gevaar zijn of dat pas aan dit criterium is voldaan indien de belangen van polishouders in gevaar zijn én zij door afwikkeling in een betere positie komen te verkeren dan in geval van faillissement. Dit laatste is het geval. Uit artikel 3A:85, derde lid, volgt dat afwikkeling slechts dan in het algemeen belang is, indien dit noodzakelijk is om één of meer van de in artikel 3A:84 vermelde doelstellingen te verwezenlijken (waaronder de bescherming van de belangen van polishouders) en deze doelstellingen niet in dezelfde mate verwezenlijkt zouden worden bereikt indien de verzekeraar in faillissement zou worden vereffend.

Ten slotte merkt het IFR op dat de terminologie van criterium c) mogelijk verwarrend zou kunnen zijn in geval van kleine verzekeraars met een relatief beperkt aantal polishouders. IFR stelt dat algemeen belang een bredere maatschappelijke impact suggereert dat het belang van continuering van betrokken polishouders. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat naast de bescherming van polishouders ook andere doelstellingen van afwikkeling in dit criterium zijn vervat. Uit artikel 3A:84 volgt dat de doelstellingen van afwikkeling naast bescherming van polishouders ook zijn het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen, het voorkomen van significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie, en het voorkomen van de inzet van van overheidswege te verstrekken financiële middelen. Dat neemt niet weg dat de bescherming van polishouders, ook bij een kleine verzekeraar, een beschermingswaardig openbaar belang wordt geacht. Onder meer vanwege het vertrouwen van consumenten in de verzekeringssector en de zeer ernstige gevolgen die polishouders kunnen ondervinden van het falen van hun verzekeraar, ongeacht de omvang van die verzekeraar.

6. Rechtsbescherming en de positie van aandeelhouders

Eumedion en Milliman hebben opmerkingen gemaakt over de rechtsbescherming en de positie van aandeelhouders. Kort gezegd adviseert Eumedion een ex ante rechterlijke toets met een hoorrecht voor aandeelhouders met een significant belang. Daarnaast adviseren zowel Eumedion als Milliman om af te zien van de versnelde behandeling van een beroep tegen het besluit tot afwikkeling. Eumedion heeft vergelijkbare opmerkingen gemaakt bij het Implementatiewetsvoorstel Europees kader herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen.

Thans geldt dat een overdrachtsplan op grond van Deel 3 van de Wft door DNB wordt voorbereid en de goedkeuring behoeft van de rechtbank Amsterdam. In de procedure inzake goedkeuring van het overdrachtsplan kunnen de probleeminstelling (vergelijkbaar met de instelling in afwikkeling) en grote aandeelhouders wier aandelen DNB wil overdragen, zich verweren. Achteraf, dat wil zeggen nadat de rechtbank goedkeuring aan het overdrachtsplan heeft gegeven, kan nog in rechte worden opgekomen tegen het oordeel dat was voldaan aan het criterium om in te grijpen en tegen de door de rechtbank goedgekeurde overdrachtprijs. Met de rol van de civiele rechter bij het overdrachtsplan op grond van Deel 3 van de Wft was aangesloten bij de gang van zaken bij toepassing van de noodregeling of in het geval van faillissement.

Afwikkelingsmaatregelen zoals die kunnen worden genomen ingevolge hoofdstuk 3A.1 (afwikkeling van banken en bepaalde beleggingsonderneming) en hoofdstuk 3A.2 (afwikkeling van verzekeraars) zijn besluiten van bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, zodat een rechterlijke toetsing achteraf in het Nederlandse rechtssysteem past. Er is geen aanleiding om in dit geval af te wijken van die hoofdregel door de invoering van een ex ante rechterlijke toets op een besluit van DNB. Het enkele feit dat het een ingrijpend besluit betreft is onvoldoende reden niet te kiezen voor de normale rechtsgang.

Bij het opstellen van het wetsvoorstel is ervoor gekozen om zoveel mogelijk de reguliere bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden bij besluiten die in het kader van de (voorbereiding van) afwikkeling worden genomen. Voor het besluit tot afwikkeling geldt een versnelde procedure, omdat zij aan het begin staan van het proces van afwikkeling. Het is daarom van groot belang dat snel zekerheid bestaat over de rechtmatigheid van deze besluiten. Als daar discussie over bestaat moet in het belang van de rechtszekerheid dan ook zo snel mogelijk een definitief rechterlijk oordeel verkregen kunnen worden. Dit geldt zeker nu de besluiten zeer ingrijpende en onomkeerbare gevolgen kunnen hebben voor een groot aantal partijen.

Milliman heeft in dit verband gewezen op het onderscheid tussen banken en verzekeraars. Kort gezegd merkt Milliman op dat nu bij verzekeraars de tijdsdruk om tot ingrijpen over te gaan beperkter is dan bij banken (er kan immers geen bank run ontstaan) er geen aanleiding is om de juridische procedure te verkorten door het schrappen van de bezwaarfase en het instellen van beroep in eerste en enige aanleg bij het CBb. De tijdsdruk om tot ingrijpen over te gaan is echter niet de ratio achter de keuze voor een versnelde behandeling van een beroep tegen het besluit tot afwikkeling. Het besluit tot afwikkeling is het startpunt van een voor de instelling, haar schuldeisers en de polishouders, zeer ingrijpend traject. Het is wenselijk dat over de rechtmatigheid van die start snel duidelijk bestaat. Indien zou worden gekozen voor een volledige rechtsgang (bezwaar en beroep in twee instanties) is aannemelijk dat pas na enkele jaren duidelijkheid zal bestaan over de vraag of überhaupt tot afwikkeling mocht worden overgegaan. In de tussentijd zullen afwikkelingsinstrumenten en bevoegdheden zijn toegepast die naar hun aard niet zijn terug te draaien. Dit leidt gedurende een geruime tijd tot een onwenselijke onzekerheid over de rechtmatigheid van het ingrijpen door DNB. Dit is onwenselijk. Het feit dat de rechter de rechtsgevolgen in stand kan laten doet daaraan niet af. De regering deelt daarbij de analyse van Eumedion dat de rechtsbescherming bij het CBb 'nogal mager' is ook niet.

Eumedion merkt daarbij nog op dat tegen de ex ante waardering, die bepalend is voor de hoogte van de compensatie van aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers alleen als onderdeel van het besluit tot afwikkeling beroep kan worden ingesteld. Hieruit zou volgens Eumedion volgen dat over de compensatie slechts in die versnelde procedure kan worden beslist. Dit is echter niet het geval. Voor de vraag in hoeverre een recht bestaat op schadeloosstelling (voor schending van het NCWO-beginsel) staat een normale rechtsgang open die aanvangt met een besluit van DNB op grond van artikel 3A:91, vierde lid, dan wel een weigering van DNB om (op verzoek) een dergelijk besluit te nemen. Dit besluit hangt samen met de uitkomst van de ex post waardering waaruit moet blijken in hoeverre aan het NCWO-beginsel is voldaan. Voor deze rechtsgang geldt niet de uitsluiting van bezwaar noch de versnelde behandeling in eerste en enige aanleg bij het CBb. Slechts de vraag naar de rechtmatigheid van het besluit tot afwikkeling van een verzekeraar, op basis van de ex ante waardering, is onderworpen aan de versnelde behandeling.

Milliman heeft ten slotte voorgesteld beroep op de rechter op te stellen in de situatie dat een verzekeraar faalt en DNB niet kiest voor afwikkeling maar besluit faillissement aan te vragen; de situatie waarin er naar het oordeel van DNB geen algemeen belang is dat afwikkeling noodzaakt. Daarbij werpt Milliman de vraag op in hoeverre crediteuren zich in die situatie kunnen beroepen op het beginsel van NCWO. In de eerste plaats bestaat, zoals hierboven reeds is opgemerkt, de mogelijkheid voor schuldeisers om in verzet te komen tegen de faillissementsaanvraag in de reguliere faillissementsprocedure. Het wetsvoorstel is aangevuld met de gronden waarop de rechtbank dat verzet toewijst: enerzijds de grond dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor faillietverklaring, anderzijds de grond dat weliswaar is voldaan aan de voorwaarden voor faillietverklaring, maar daarenboven ook aan de voorwaarde voor afwikkeling. Het algemene gedeelte van deze toelichting is naar aanleiding van deze opmerking van Milliman aangevuld, net als de artikelsgewijze toelichting bij artikel 213a bis.

Vervolgens dient te worden opgemerkt dat in geval van een falende verzekeraar deze failliet tenzij er sprake is van een algemeen belang dat afwikkeling rechtvaardigt; met andere woorden faillissement is de default. DNB dient te beoordelen in hoeverre afwikkeling in het algemeen belang is en heeft daarbij enige mate van beoordelingsvrijheid. In de situatie dat DNB van oordeel is dat wel aan de eerste twee criteria (falend en geen alternatieve mogelijkheden) maar niet aan het algemeen belang criterium is voldaan is, ligt het niet in de rede die laatste conclusie (waaruit volgt

dat niet wordt afgeweken van de default-optie) afzonderlijk aan de bestuursrechter voor te leggen.¹ Daarbij geldt ook praktisch dat er in een dergelijke situatie reeds sprake zal zijn van een faillissementsprocedure, een bestuursrechtelijke rechtsgang waarin een beroep aan de orde is tegen het nalaten van DNB overlapt en interfereert met die faillissementsprocedure. Ten slotte geldt dat het tevens onwenselijk is dat DNB zich zou moeten verweren in een situatie waarin aan de rechter wordt voorgehouden dat een onderneming aan één van de andere criteria voldoet. In die situatie zou DNB aan de rechter moeten aantonen dat de onderneming niet faalt; hetgeen een onwenselijk 'kijkje in de boeken' van de onderneming zou betekenen.

Ten slotte wordt opgemerkt dat indien ten aanzien van de onderneming faillissement wordt uitgesproken polishouders (en andere crediteuren) vanzelfsprekend geen beroep kunnen doen op het NCWO-beginsel. Op grond van het NCWO-beginsel kunnen schuldeisers bij afwikkeling niet in een slechtere positie worden gebracht dan zij zouden zijn in faillissement. Nu metterdaad sprake is van een faillissement is die toets niet aan de orde. Voor alle duidelijkheid; er geldt ook niet zoets als een omgekeerd NCWO-beginsel waarbij in faillissement schuldeisers niet slechter mogen worden behandeld dan in afwikkeling. Er bestaat voor schuldeisers ook niet een 'recht op afwikkeling'.

7. Tussentijdse uitkeringen in faillissement

Een aantal respondenten heeft opmerkingen gemaakt met betrekking tot de tussentijdse uitkeringen in faillissement: Houthoff Buruma en de Raad voor de Rechtspraak.

Houthoff Buruma

Houthoff Buruma – die dit onderdeel van het wetsvoorstel een "grote vooruitgang" noemt - adviseert te verduidelijken dat het zonder meer de taak van de curator is om op grond van artikel 68 Fw. tussentijdse uitkeringen te overwegen. Daarenboven adviseert Houthoff Buruma op dat de regeling in het consultatiedocument met betrekking tot het geval waarin een verzekeringscrediteur meende dat de curator ten onrechte niet overging tot het doen van tussentijdse uitkeringen anders in te richten; in het consultatiedocument kon de verzekeringscrediteur aan de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen een verzoek om tussentijdse uitkeringen te doen. In dat systeem zou de rechter-commissaris twee keer een beslissing moeten nemen: de eerste keer de beslissing of de curator een verzoek moet doen, de tweede keer de beslissing op dat verzoek. Naar aanleiding hiervan is thans bepaald dat de curator in de wettelijk omschreven gevallen altijd een verzoek moet doen voor het doen van tussentijdse uitkeringen. Artikel 68 Fw is daarvoor niet het aangewezen artikel omdat dat artikel betrekking heeft op het faillissement van alle schuldenaren; daarom is deze regel opgenomen in artikel 213ma, dat specifiek betrekking heeft op het faillissement van een verzekeraar. Wanneer de verzekeringscrediteur meent dat de curator een dergelijk verzoek ten onrechte nalaat te doen, kan hij de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen een tussentijdse uitkering te doen.

Het consultatiedocument ging uit van tussentijdse uitkeringen tot aan de verificatievergadering; Houthoff Buruma merkt op dat ook na de verificatievergadering behoefte kan bestaan op tussentijdse uitkeringen, namelijk tot de slotuitdelingslijst, en dat artikel 179 Fw – dat op zich wel in tussentijdse uitkeringen voorziet – daarvoor onvoldoende soelaas biedt omdat de rechter-commissaris op grond van dat artikel voor elke individuele tussentijdse uitkering toestemming moet geven. Het wetsvoorstel is op dit punt aangepast.

Voorts wees Houthoff Buruma erop dat het voor de curator ondoenlijk is om terstond na de faillietverklaring aan de rechter-commissaris een enigszins onderbouwd verzoek te doen voor toestemming voor het doen van tussentijdse uitkeringen. Naar aanleiding daarvan is bepaald dat de curator gedurende de eerste drie maanden na de faillietverklaring de curator het bedrag van de tussentijdse uitkering vaststelt op dezelfde hoogte als het bedrag dat de begunstigde voor het uitspreken van het faillissement reeds ontving.

¹ In hoeverre aan de andere criteria is voldaan komt aan de orde bij de civiele rechter bij de behandeling van de aanvraag van het faillissement.

Houthoff Buruma adviseert om de beslissing of een andere persoon dan een natuurlijk persoon of micro- dan wel kleine onderneming gerechtigd is tot periodieke uitkeringen, over te laten aan de curator, eventueel met goedkeuring van de rechter-commissaris. Dit voorstel is niet overgenomen; het past niet in het streven om de curator meer "comfort" te geven.

Houthoff Buruma meent dat moet worden uitgesloten dat rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld tegen de beslissing van de rechter-commissaris met betrekking tot het doen van tussentijdse uitkeringen. Naar aanleiding hiervan is het wetsvoorstel aangepast, maar deze aanpassing gaat niet zo ver dat rechtsmiddelen in het geheel worden uitgesloten. Bepaald is dat gedurende vijf dagen beroep op de rechtbank mogelijk is, en dat van de beslissing geen hoger beroep, noch cassatieberoep mogelijk is. Daarmee is aangesloten bij een combinatie van de artikelen 67 en 85 Fw.

Voorts adviseert Houthoff Buruma dat ook DNB het recht krijgt om op te komen tegen beslissingen van de rechtbank. Dat advies is opgevolgd.

De Raad voor de Rechtspraak

De Raad voor de Rechtspraak betwijfelt of een voorschotregeling nodig is omdat er ook tussentijdse verificatievergaderingen kunnen worden gehouden, waarna tussentijds kan worden uitgedeeld. De Raad voor de Rechtspraak wijst daarbij op het voorbeeld van het faillissement van DSB, waarin "al" binnen 15 maanden na de faillietverklaring een eerste tussentijdse verificatievergadering had plaatsgevonden. Het voorbeeld toont juist de noodzaak van een voorschotregeling in het faillissement van een verzekeraar aan. Personen die voor hun levensonderhoud geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van een uitkering van een verzekeraar, kunnen niet 15 maanden verstoken blijven van een uitkering. Daar komt nog bij dat in het faillissement van een verzekeraar, anders dan in het faillissement van een bank, actuariële berekeningen moeten worden gemaakt, hetgeen het niet waarschijnlijk maakt dat een eerste uitkering na 15 maanden kan worden gedaan. Daarenboven kunnen depositohouders van een bank een beroep doen op het depositogarantiefonds om de eerste 15 maanden te overbruggen, welke mogelijkheid ontbreekt in het faillissement van een verzekeraar.

Een aantal van de door de Raad voor de Rechtspraak gemaakte opmerkingen betreft de risico's van het doen van tussentijdse uitkeringen. Wat bijvoorbeeld, indien later blijkt dat de tussentijdse uitkering te hoog was of dat de vordering waarop een tussentijdse uitkering is gedaan, wordt betwist? Deze risico's zijn onderkend. Eigen aan een risico is de onzekerheidsfactor: niet bekend is of het risico zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Daar staat tegenover dat het zeker is dat zonder nadere regeling sommige schuldeisers eerst na de verificatievergadering, en mogelijk nog later, een uitkering ontvangen terwijl niet van hen kan worden verlangd dat zij zo lang moeten wachten. Juist omdat personen die afhankelijk zijn van een uitkering niet kunnen wachten totdat men exact weet met wie moet worden gedeeld, wordt de voorschotregeling voorgesteld. Bepaald is dat de voorschotten moeten zijn gebaseerd een prudente schatting. Het algemene gedeelte van deze toelichting is op dit punt aangevuld.

Voorts gaat de Raad voor de Rechtspraak in op het onderdeel van de regeling dat eruit bestaat dat het tekort als gevolg van onterechte voorschotten door het fonds wordt gedragen. Volgens de Raad voor de Rechtspraak betekent dat niet dat gelijke schuldeisers uiteindelijk gelijke uitkeringen ontvangen. Voorop wordt gesteld dat het fonds pas bijdraagt wanneer de uiteindelijke uitkering niet volledig kan worden verrekend met onterecht uitgekeerde voorschotten. In dat geval is het inderdaad mogelijk dat een schuldeiser een hoger percentage ontvangt dan een andere schuldeiser met gelijke rang. Het is evenwel niet zo dat hetgeen de ene schuldeiser mogelijkwijs te veel ontvangt ten koste gaat van een andere schuldeiser. Die andere schuldeiser ontvangt hetgeen waarop hij recht heeft – en niet minder –, namelijk een bedrag uit de boedel, aangevuld met een bedrag uit het fonds tot aan het bedrag van zijn vordering. Dat de ene schuldeiser een onverdiend voordeel heeft, betekent niet dat de andere schuldeiser ook een onverdiend voordeel zou moeten hebben.

Daarnaast merkt de Raad voor de Rechtspraak op dat ook de belangen van schuldeisers die geen aanspraak kunnen maken op een tussentijdse betaling moeten worden meegewogen. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat de kring van schuldeisers die aanspraak kunnen maken op een tussentijdse uitkering aansluit bij de kring van schuldeisers die bevoorrecht zijn ingevolge artikel 275 van de richtlijn Solvency II, geïmplementeerd in artikel 213m Fw. Wij zien dan ook niet direct op welke categorie personen de Raad voor de Rechtspraak doelt wanneer hij opmerkt dat tussen de schuldeisers die geen aanspraak kunnen maken op een tussentijdse uitkering ook bevoorrechte schuldeisers kunnen zitten. In vervolg hierop merkt de Raad voor de Rechtspraak op dat er ook andere schrijnende gevallen kunnen zijn. De Raad voor de Rechtspraak merkt zelf terecht op dat het doorbreken van het wettelijke kader van voorrechten onwenselijk is. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het wettelijk kader van voorrechten niet wordt doorbroken door de mogelijkheid van tussentijdse uitkeringen. Integendeel: de gedachte achter de bevoorrechting van bepaalde schuldeisers, leidt ook tot het toekennen van een aanspraak op tussentijdse uitkeringen aan diezelfde schuldeisers. Juist een voorstel waarin ook aan anderen dan bevoorrechte schuldeisers een aanspraak op tussentijdse uitkeringen zou worden geboden, doorkruist het wettelijke kader van voorrechten. In een dergelijk voorstel zouden immers schuldeisers die geen hoge rang hebben toch eerder in tijd zouden moeten worden voldaan. Dat is onwenselijk.

Ook merkt de Raad voor de Rechtspraak op dat het onwenselijk is dat het wettelijke kader wordt doorbroken, althans als dat gebeurt op basis van open normen en individuele beoordeling. Naar aanleiding hiervan merken wij op dat de hoofdregel voor tussentijdse uitkeringen nu juist niet is gebaseerd op open normen en individuele beoordeling: voor de "gewone gevallen" wordt niet beoordeeld of in een specifiek geval een begunstigde wel of niet in de financiële problemen zou komen zonder tussentijdse uitkering. Slechts in twee additionele gevallen vindt geen categorische bevoorschotting plaats. In de eerste plaats is dat het geval bij grote ondernemingen, omdat er vanuit mag worden gegaan dat het voor hen minder schrijnend is dat zij moeten wachten tot na de verificatievergadering. In de tweede plaats is dat het geval bij polishouders die van hun recht om de verzekering te doen afkopen gebruik maken na de datum van faillietverklaring. Aan de ene kant moet worden voorkomen dat zij langs deze sluiproute onbedoeld eerder worden voldaan dan andere schuldeisers terwijl zij wel zouden kunnen wachten tot na de verificatievergadering, daarbij op de koop toenemend dat hij mogelijk minder uit de afkoop dan uit de uitkering na de verificatievergadering ontvangt. Aan de andere kant is het mogelijk dat een polishouder van dat recht gebruik maakt omdat hij financiële problemen het hoofd wil bieden en daarom niet kan wachten tot na de verificatievergadering. In dat laatste geval is geen sprake van een sluiproute en heeft de polishouder een legitiem belang om een tussentijdse uitkering te ontvangen. Het zou daarom minder juist zijn om schuldeisers die een vordering hebben uit afkoop van de verzekering categorisch uit te sluiten van dan wel juist categorisch toe te laten tot een tussentijdse uitkering. De conclusie is dat in de "gewone gevallen" de aanspraak op een tussentijdse uitkering juist niet afhangt van open normen en individuele beoordeling, maar dat er daarenboven bijzondere gevallen zijn waarin maatwerk moet worden geboden opdat zij niet tussen wal en schip vallen. Naar aanleiding van deze opmerkingen is in deze memorie de toelichting op artikel 213me, tweede lid, Fw. aangevuld.

Ten slotte verwijst de Raad naar eventuele financiële gevolgen voor de rechtspraak van toepassing van dit kader. In dat verband kan worden opgemerkt dat er op grond van het voorstel geen aanvullende rechtsgang wordt opengesteld. Een drietal reeds bestaande instrumenten met bijbehorende rechtsgang (overdrachtsregeling, opvangregeling en noodregeling) vervalt en wordt vervangen door het kader voor afwikkeling van verzekeraars met bijbehorende rechtsbescherming en een aanpassing van de faillissementsprocedure. Aldus is de veronderstelling gerechtvaardigd dat het kader als zodanig niet zal leiden tot verhoging van de werklast; overigens geldt dat het falen van een verzekeraar zowel onder het huidige als onder het voorgestelde kader aanleiding zal geven tot juridische procedures.

8. Verhouding van het wetsvoorstel tot bepaalde andere wettelijke voorschriften en communautair recht.

Een aantal respondenten (onder meer Eumedion, de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en het Verbond van Verzekeraars) heeft opmerkingen gemaakt over de verhouding van een aantal bepalingen uit het voorstel tot het communautaire recht. Het betreft daarbij artikel 3A:80 en artikel 3A:103.

Om te voorkomen dat een effectieve afwikkeling van een verzekeraar wordt verhinderd of belemmerd, wordt in het eerste lid van artikel 3A:80 bepaald dat bij toepassing van afwikkelingsmaatregelen instemmingsvereisten uit de wet of bijvoorbeeld de statuten niet van toepassing zijn. Hierbij wordt onder meer gedacht aan de instemmingsvereisten die voortvloeien uit de EU-richtlijnen inzake het vennootschapsrecht zoals de richtlijnen over splitsing, grensoverschrijdende fusie en fusie van vennootschappen. Deze richtlijnen zijn uitgewerkt in titel 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Hierin zijn onder meer de volgende instemmingsvereisten opgenomen: het besluit tot fusie of splitsing door de algemene vergadering (artikelen 2:317 en 334m BW) en het besluit tot fusie of splitsing door het bestuur van een verkrijgende vennootschap (artikelen 2:331 en 2:334ff BW). Ook is relevant richtlijn 2012/30/EU betreft de oprichting van de NV en de instandhouding en wijziging van haar kapitaal. De in deze richtlijn neergelegde bevoegdheden om een besluit te nemen over wijzigingen in het vermogen van de vennootschap zijn evenzeer niet van toepassing om redenen waarop eerder in de toelichting alsmede hieronder nader wordt ingegaan. Dit betreft het besluit van de algemene vergadering tot kapitaalverhoging (artikel 2:96 BW) en het besluit van de algemene vergadering tot kapitaalvermindering (artikel 2:99 BW).

Artikel 3A:80, eerste lid, lijkt bij de meeste respondenten niet op bezwaren te stuiten. Eumedion geeft daarbij uitdrukkelijk aan begrip te hebben voor deze bepaling.

Het tweede lid van artikel 3A:80 bepaalt, kort gezegd, dat besluiten die DNB neemt bij de afwikkeling van een verzekeraar niet zijn onderworpen aan procedurele en kennisgevingsvereisten van het vennootschapsrecht en het financiële toezichtsrecht. Dit betreft bijvoorbeeld procedurele voorschriften die voortvloeien uit de richtlijn aandeelhoudersrechten zoals de oproeping voor een algemene vergadering (artikelen 2:113, 2:114 en 2:115 BW), het agenderingsrecht (artikel 2:114a BW), het bijwonen van de algemene vergadering en het uitoefenen van het stemrecht (artikelen 2:117, 2:117a en 2:117b BW) en het vaststellen van de stemmingsresultaten (artikel 2:120 BW). Ook de andere hierboven genoemde EU-richtlijnen kennen procedurele voorschriften die niet van toepassing zijn. Dit betreft voor de richtlijnen over (grensoverschrijdende) fusie en splitsing voorschriften over het voorstel tot fusie of splitsing en de toelichting daarop (artikelen 2:312-2:315, 2:326 tot en met 2:-329, 2:333d tot en met- 2:333g en 2:334f tot en met- 2:334i BW), het verzet door schuldeisers (artikelen 2:316 en 2:334k en 2:334l BW), schadeloosstelling van aandeelhouders (artikelen 2:330a en, 2:333h BW) en regelingen over medezeggenschap (artikel 2:333k BW). De richtlijn betreffende de oprichting van de NV en de instandhouding en wijziging van haar kapitaal kent evenzeer een aantal procedurele voorschriften die in beginsel niet van toepassing zijn in afwikkeling: de accountantsverklaring over inbreng in natura voor en na oprichting (artikel 2:94a en 2:94b BW), het voorkeursrecht van aandeelhouders bij de uitgifte van aandelen (artikel 2:96a BW), het verzet door schuldeisers (artikel 2:100 BW) en het bijeenroepen van een algemene vergadering bij een sterke vermogensdaling (artikel 2:108a BW).

Zoals al is opgemerkt is het bereik van de genoemde richtlijnen grosso modo beperkt tot situaties waarin de onderneming op een normale wijze aan het economisch verkeer deelneemt; zij betreffen de normale werking van de vennootschap.² Op het moment dat een bank of verzekeraar om bepaalde redenen van algemeen belang wordt gesaneerd zijn deze richtlijnen niet meer op dezelfde wijze van toepassing. Dit geldt overigens a fortiori voor liquidatie van de onderneming. Dit geldt in ieder geval indien de maatregel, kort gezegd, een breder doel dient dan het enkele 'overeind houden van de onderneming'. Dit blijkt uit rechtspraak van het Hof van Europese Unie waarin het hof oordeelt dat de bescherming die voortvloeit uit de Europese richtlijnen weliswaar van

² Zie in dat verband het arrest van Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 november 2016 C-41/15 r.o. 49.

toepassing blijft in een 'eenvoudige saneringsmaatregel' maar niet bij een 'uitzonderlijke saneringsmaatregel' bijvoorbeeld ter voorkoming van een ernstige verstoring van de nationale economie en het financiële stelsel van een lidstaat. Afwikkeling zoals thans voorgesteld is bij uitstek een uitzonderlijke saneringsmaatregel.

De achtergrond en context van artikel 3A:80 is daarbij vergelijkbaar met die van bepalingen die thans reeds in de wet zijn opgenomen. Zo is in artikel 3:159q bepaald dat een overdrachtsplan met betrekking tot door de probleeminstelling uitgegeven aandelen zo nodig kan afwijken van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen. Een ander voorbeeld is artikel 6:1, eerste lid, van de wet waarin wordt bepaald dat de minister van financiën, indien hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen onmiddellijke voorzieningen kan treffen ten aanzien van een financiële onderneming. Artikel 3A:80 kent aldus, naast het gelijkkluidende artikel 3A:6, ook op andere plaatsen in de wet reeds in meer of mindere mate precedënten.

Onderkend wordt dat met het onderhavige artikel vergaand kan worden ingegrepen in de rechten van derden. Dit wordt passend geacht in het licht van het belang dat met een effectieve afwikkeling van verzekeraars is gemoeid. Dat echter 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, noodzakelijk is. DNB dient daarbij tevens te allen tijden de proportionaliteit van haar interventies in ogenschouw te houden. Indien het voor een effectieve afwikkeling niet noodzakelijk is om af te doen aan bijvoorbeeld procedurevoorschriften of kennisgevingvereisten ligt het in de rede dat DNB dergelijke voorschriften in acht neemt.

Eumedion wijst nog op een drietal concrete voorschriften ten aanzien waarvan zij om nadere toelichting verzoekt. Het betreft het verplicht bod, de prospectusplicht en de verplichting om voor het houden van een gekwalificeerde deelneming in een verzekeraar te beschikken over een verklaring van geen bezwaar. Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Artikel 3A:80, tweede lid, heeft betrekking op procedurevoorschriften en kennisgevingsvereisten. De bepaling heeft daarmee geen onbepaald bereik in die zin dat zij niet alle materiële bepalingen van het vennootschapsrecht en financiële toezichtsrecht terzijde schuift. Het ligt niet in de rede de regeling inzake het verplicht bod te kwalificeren als procedurevoorschrift of kennisgevingsvereiste. Artikel 5:70 Wft over het verplicht bod bij verwerven van 30% van de stemrechten in, kort gezegd, een beursvennootschap kan om die reden van toepassing worden geacht. Dit ligt ook daarom in de rede nu er überhaupt geen aanleiding lijkt deze bepaling buiten toepassing te verklaren.

Ten aanzien van de prospectusplicht geldt dat de ratio van de prospectusplicht uit de richtlijn - het informeren van potentiële beleggers over de financiële situatie en mogelijke risico's bij een uitgevende instelling - niet past bij de situatie waarbij de uitgifte of toelating tot de handel de (automatische) resultante is van de toepassing door DNB van de bevoegdheid tot omzetting van in aanmerking komende passiva. Er valt, kort gezegd, voor de partij wier vordering wordt omgezet in nieuw uit te geven aandelen niets te kiezen, behoudens de mogelijkheid zijn recht op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten te vervreemden. Daarmee ontvalt voor een belangrijk deel de ratio aan de prospectusplicht voor de uitgifte van nieuwe eigendomsinstrumenten na toepassing van het instrument van bail-in. Het voorgaande geldt overigens niet in dezelfde mate voor de toelating tot de handel op een gereguleerde markt van dergelijke eigendomsinstrumenten. Hierbij komt aan een goedgekeurd prospectus wel degelijk een belangrijke functie toe, het ligt dan ook in de rede om in een dergelijke situatie wel over te gaan tot het opstellen van een prospectus, mits de effectieve afwikkeling daardoor niet wordt belemmerd. Bij het voorgaande moet worden aangetekend dat thans in Europees verband wordt onderhandeld over het vervangen van de prospectusrichtlijn door een verordening. In die verordening wordt, althans vooralsnog, uitdrukkelijk aandacht besteed aan de mogelijkheid van conversie van effecten en het bestaan van een prospectusplicht in een dergelijke situatie. Indien deze verordening in deze vorm in werking zou treden zou daarmee sprake zijn van een rechtstreeks werkende bepaling van hogere rang die niet langer door artikel 3A:80 terzijde kan worden geschoven.

Ten slotte wordt ingegaan op artikel 3A:103 dat een regeling treft voor het geval omzetting van in aanmerking komende passiva leidt tot verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming in een verzekeraar. De vraag is opgeworpen of bij gebrek aan een Europese regeling in de Nederlandse wet een bijzondere regeling kan worden getroffen. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. De bepalingen inzake de vvgb-plicht voor verzekeraars in going concern kennen een Europeesrechtelijke achtergrond in Solvency II. Hiervoor is in de toelichting reeds opgemerkt dat het wettelijk kader van Solvency II met het intrekken van de vergunning van de verzekeraar niet langer van toepassing is. Het staat de Nederlandse wetgever dus vrij een, van Solvency II afwijkende regeling, in te voeren voor de verwerving van een gekwalificeerde deelneming in een verzekeraar in afwikkeling. Daarbij is relevant dat reeds in de wet is bepaald dat de wettelijke eisen aan (gekwalficeerde deelnemingen in) verzekeraars in beginsel van toepassing zijn ongeacht de vraag in hoeverre de verzekeraar beschikt over een vergunning. Overigens merkt Eumedion terecht op dat deze bepaling ook moet gelden in de situatie dat sprake is van toepassing van het instrument van overgang van de onderneming.

9. Institutionele inbedding afwikkelingstaak

Verschillende partijen (Hazelhoff Centre for Financial Law Universiteit Leiden, het Verbond van Verzekeraars, het Instituut voor Financieel recht en de Gecombineerde commissie Vennootschapsrecht) hebben gevraagd naar de institutionele inbedding van de afwikkelingstaken voor verzekeraars binnen DNB. Zij wijzen daarbij ondermeer naar de regeling die voor banken is opgenomen in de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken. Op basis van die wet zijn passende regelingen getroffen om de operationele onafhankelijkheid te garanderen en belangenconflicten te voorkomen tussen enerzijds de toezichtfunctie van DNB en anderzijds de afwikkelingsfunctie ten aanzien van banken. DNB heeft in het kader van de inrichting van de afwikkelingsfunctie een aparte afdeling ingericht, met aparte rapportagelijnen. In lijn met die regeling zal ook de afwikkelingstaak ten aanzien van verzekeraars binnen DNB worden gepositioneerd. Dat wil zeggen dat de afwikkelingstaak voor verzekeraars zal worden belegd bij de divisie resolutie onder eindverantwoordelijkheid van de directeur resolutie. Met deze maatregelen wordt beoogd te waarborgen dat aan de kennis en expertise van andere disciplines binnen DNB recht wordt gedaan, zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijke positionering van de afwikkelingsfunctie.

10. Financiering

Verschillende partijen (Eumedion, het Verbond van Verzekeraars, Hazelhoff Centre for Financial Law Universiteit Leiden, het Instituut voor Financieel recht) hebben gevraagd naar de (uitwerking van de) financieringsregeling.

Eumedion merkt op dat uit de concept memorie van toelichting volgt dat de financieringsregeling kan worden aangewend voor de oprichtingskosten van een overbruggingsinstelling en maar dat deze regeling niet mag worden gebruikt voor de financiering van een overbruggingsinstelling. Zij vragen naar de grens tussen oprichtingskosten en financieringskosten. Het verschil tussen oprichtingskosten en financieringskosten is dat het bij de financiering van een overbruggingsinstelling om solvabiliteitssteun gaat. Daar is hier geen sprake van. De financieringsregeling kan enkel worden ingezet ter bekostiging van het oprichten van een overbruggingsinstelling zelf, niet ter financiering in de vorm van solvabiliteitssteun voor de overbruggingsinstelling.

Het Instituut voor Financieel Recht en het Verbond van Verzekeraars vragen zich af of het wel reëel is dat in het geval van compensatie als gevolg van schending van het NCWO-beginsel de rekening bij de verzekeringsector komt te liggen. Het kan, zo geven de respondenten aan, bijvoorbeeld gaan om "fouten" tijdens de afwikkeling (bovenmatige uitkeringen, te vroeg ingrijpen, verkeerde ex ante waardering), waarvoor de verzekeringsector dan de rekening krijgt gepresenteerd. Het wetsvoorstel voorziet in instrumenten en bevoegdheden om verzekeraars zo nodig op een ordentelijke wijze te kunnen afwickelen om zo de belangen van polishouders bij de verzekeraar maximaal te waarborgen en maatschappelijke onrust te kunnen voorkomen. Dit schept vertrouwen in de verzekeringsector en voorkomt ernstig verlies van dat vertrouwen in geval van een falende

verzekeraar. Het op ordentelijk wijze kunnen afwikkelen van een verzekeraar komt dan in die zin ook ten goede aan de gehele verzekeringssector. Hetzelfde geldt voor de regeling ten behoeve van de voorlopige uitkeringen in faillissement door de curator.

Beide regelingen zijn primair in het belang van polishouders maar tegelijkertijd ook in het belang van de verzekeringssector. Dit rechtvaardigt een beroep op de verzekeringssector voor de financiering. Daarbij komt dat ook nu al, in het kader van de opvangregeling levensverzekeraars, een financiële bijdrage van de sector kan worden verlangd. Nu de opvangregeling vervalt, vervalt ook het risico op het moeten bijdragen aan die regeling. Het is niet onredelijk daarvoor een alternatief in de plaats te stellen.

In het proces van (voorbereiding van) afwikkeling zijn daarbij waarborgen ingebouwd om te komen tot een zo accuraat en objectief mogelijke cijfermatige onderbouwing. Eén aspect daarvan is de ex ante waardering, waarbij een onafhankelijke deskundige een schatting maakt van de verliezen van crediteuren van die onderneming in de situatie dat ten aanzien van de onderneming op hetzelfde moment faillissement zou zijn uitgesproken. Daarmee wordt de NCWO-grens bepaald, hetgeen in wezen de ondergrens is van de verliezen die in afwikkeling, bijvoorbeeld door middel van bail-in, aan crediteuren kunnen worden toegerekend. De onafhankelijke deskundige zal deze ex-ante waardering maken op basis van een reële doch prudente inschatting van de financiële situatie van de onderneming. Toch kan niet uitgesloten worden dat er een situatie ontstaat waarin het NCWO-beginsel geschonden is en compensatie zal moeten worden betaald. In die gevallen is het de sector die voor de (ex-post) financiering van die compensatie zal moeten zorgen en niet langer de belastingbetaler. Dezelfde sector die, zoals bovenstaand ook is aangegeven, ook profiteert van het nieuwe instrumentarium en daarmee de ordentelijke wijze van afwikkeling van een verzekeraar. Het voorgaande geldt grosso modo op dezelfde wijze voor de regeling ten aanzien van de voorlopige uitkeringen in faillissement.

Het Verbond van Verzekeraars is daarnaast van mening dat de bijdrage van de sector in absolute termen gemaximeerd moet zijn. Van een maximering op voorhand kan geen sprake zijn; indien het beroep op de financieringsregeling in een concreet geval onverhoopt het maximale bedrag zou overstijgen zou alsnog een beroep moeten worden gedaan op publieke middelen. Dat is onwenselijk. In het wetsvoorstel is geregeld dat op het moment dat er een beroep gedaan zal moeten worden op de financieringsregeling, de sector uiteindelijk verantwoordelijk zal zijn voor het volledige bedrag. Hoeveel dit bedrag is kan per geval verschillen. Dat wil overigens niet zeggen dat door de sector onmiddellijk een omvangrijke rekening zal moeten worden voldaan. Indien DNB van oordeel is dat het om prudentiële redenen wenselijk is het verhaal op de sector te spreiden in de tijd zal hieraan vanzelfsprekend gevolg worden gegeven.

Tot slot vragen het Verbond van Verzekeraars, het Instituut voor Financieel Recht en het Hazelhoff Centre for Financial Law Universiteit Leiden naar de reikwijdte van de financieringsregeling. Meer specifiek vragen ze naar de financiering van afwikkeling van verzekeringsgroepen en de situatie van financiering van de afwikkeling van een Nederlandse holding van een buitenlandse verzekeraar, zonder verzekeringsdochters in Nederland.

Als bij de afwikkeling van een (internationale) verzekeringsgroep – met verzekeringsactiviteit in Nederland - het NCWO-beginsel geschonden is, is de financieringsregeling gewoon van toepassing. Immers indien aan de voorwaarden voor groepsafwikkeling is voldaan kunnen verliezen worden toegerekend aan schuldeisers van andere entiteiten binnen de groep dan enkel de vergunninghoudende verzekeraar. De schuldeisers van de andere onderdelen van de groep zijn evenzeer beschermd door het NCWO-beginsel en dienen te worden gecompenseerd bij schending van die regel.

Indien de respondenten met hun opmerking doelden op de mogelijkheid dat een reëel faillissement van de verzekeringsdochter niet per definitie hoeft te leiden tot een faillissement van de andere onderdelen van groep en dat om die reden het NCWO-beginsel en de compensatie niet van toepassing zouden moeten zijn, kan worden opgemerkt dat dat gegeven van belang is bij de waardebeoordeling van de vorderingen ten behoeve van NCWO. In die situatie zullen ook in

faillissement schuldeisers hun vorderingen voldaan zien worden uit de boedel; dat zal in een dergelijk geval de NCWO-grens zijn.

Indien alleen de holding zich in Nederland bevindt, is – anders dan in de consultatieversie – afwikkeling niet langer aan de orde. Er vindt aldus geen afwikkeling plaats indien slechts een holding in Nederland is gevestigd.

11. Proportionaliteit

Verschillende partijen (Houthof Buruma, Milliman, het Verbond voor Verzekeraars, Clifford) wijzen allen op het belang van een proportionele toepassing door DNB van het afwikkelingsinstrumentarium, meer specifiek in relatie tot het voorbereidend crisisplan, het afwikkelingsplan en de bevoegdheid voor DNB tot het (laten) wegnemen van belemmeringen voor afwikkelbaarheid.

Houthof Buruma merkt op dat bij het preventief toezicht het belang van kostencontrole niet uit het oog wordt verloren. DNB dient ervoor te waken dat de eisen die worden gesteld aan een crisisplan in verhouding staan tot het doel, mede gelet op het feit dat een crisis situatie nooit volledig te voorspellen is. Milliman geeft in meer algemene termen aan achter de principes van een voorbereidend crisisplan en het opstellen van afwikkelingsplannen te staan, zolang beide niet onnodig bureaucratisch en complex worden ingericht.

Het Verbond van Verzekeraars gaat in op de bevoegdheid van DNB om in de voorbereidende fase eisen te stellen aan verzekeraars wat betreft de afwikkelbaarheid. Zij vinden deze bevoegdheid vergaand.

Clifford geeft aan om in overleg met DNB verder invulling te geven aan de bevoegdheid om af te zien van het opstellen van een afwikkelingsplan en te verduidelijken in welke omstandigheden zou kunnen worden geoordeeld dat het opstellen van een afwikkelingsplan onnodig is.

Meer in het algemeen kan in antwoord op bovenstaande reacties worden gesteld dat in de context van het opstellen van voorbereidende crisisplannen en afwikkelingsplannen, alsook overigens meer in het algemeen bij toepassing van de voorschriften en gebruik van bevoegdheden, DNB rekening dient te houden met de aard van de bedrijfsactiviteiten van een instelling, de aandeelhoudersstructuur, de rechtsvorm, het risicoprofiel, de omvang en de verwevenheid van een instelling met andere instellingen of met het financiële stelsel als geheel. Bijvoorbeeld in het geval van een kleine, weinig verweven of weinig complexe verzekeraar kan een afwikkelingsplan worden beperkt tot bepaalde basisinformatie over de structuur en de voorwaarden voor afwikkelingsmaatregelen en de mogelijkheden tot afwikkeling en behoeft deze verzekeraar minder omvangrijke informatie te verstrekken ten behoeve van het afwikkelingsplan. Dit zal DNB per geval bepalen. Ook kan DNB van het opstellen van een afwikkelingsplan afzien, indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep afdoende is geborgd.

Clifford geeft in haar reactie nog aan dat in aanvulling op de financiële, juridische en operationele verwevenheden die in de toelichting op het wetsvoorstel worden genoemd, in het afwikkelingsplan ook zoveel als mogelijk in kaart zal moeten worden gebracht welke producten door een verzekeraar worden of werden verkocht. Dit wordt onderschreven. Overigens zullen de eisen die worden gesteld aan het afwikkelingsplan en de criteria met betrekking tot afwikkelbaarheid bij algemene maatregelen van bestuur nader worden uitgewerkt.

Het Verbond van Verzekeraars acht het daarnaast wenselijk dat in de memorie van toelichting explicieter wordt verwoord dat de bepalingen die zien op het (laten) wegnemen van belemmeringen voor afwikkelbaarheid primair gericht zijn op Nederlandse verzekeringsentiteiten. Nu het voorstel zich richt op entiteiten met zetel in Nederland is dit inderdaad het geval. Dit neemt echter niet weg dat de mogelijkheid bestaat dat de genoemde maatregelen wel raken aan buitenlandse onderdelen van de groep. Indien in een fictief voorbeeld een groep met een verzekeraar in Nederland alle ICT-systemen heeft ondergebracht bij een onderdeel van de groep met zetel in een derde land kan een maatregel van DNB zijn dat de ICT ten minste deels in

Nederland moet zijn gelokaliseerd. Daarmee raakt deze maatregel het buitenlandse onderdeel wel degelijk alhoewel zij niet tot dat onderdeel is gericht.

12. Kosten

Milliman heeft gevraagd naar de doorberekening van kosten, ook indien niet gebruik wordt gemaakt van het instrument van afwikkeling. In antwoord hierop kan worden aangegeven dat alle kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling (bijvoorbeeld het opstellen van afwikkelingsplannen) en zo nodig ook de kosten van de afwikkeling zelf overeenkomstig de in de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) vastgelegde systematiek, worden doorberekend aan de instellingen waarop hoofdstuk 3A.2 Afwikkeling van verzekeraars van de Wft van toepassing is. Daarbij maakt het niet uit of DNB daadwerkelijk overgaat tot afwikkeling.

13. Samenwerking toezichtautoriteiten en afwikkelingsautoriteiten

Het Verbond en het Instituut voor Financieel recht wijzen op het ontbreken van een regeling ten aanzien van de samenwerking tussen afwikkelingsautoriteiten onderling en tussen afwikkelingsautoriteiten en (buitenlandse) toezichthouders. Tegelijk geven beide respondenten aan zich te realiseren dat het nationale karakter van voorliggend wetsvoorstel in de weg staat aan het treffen van voorzieningen op dit terrein met een grensoverschrijdend karakter. Daarom zullen dan ook de thans in de Europees geharmoniseerde richtlijn Solvency II opgenomen samenwerkingsbepalingen en bepalingen inzake informatie-uitwisseling tussen autoriteiten onderling gelden. Daarbij introduceert Solvency II voor de allergrootste systeemrelevante verzekeraars (Global Systemically Important Insurers, G-SII) zogeheten crisis management groups (CMG's). In deze CMG's komen alle bij de G-SII betrokken toezichtouders en afwikkelingsautoriteiten samen om afspraken te maken in het kader van crisis management.

Het Instituut voor Financieel recht geeft in dit kader ook nog aan dat het wenselijk is dat het Ministerie zich op internationaal en Europees niveau sterk maakt voor en prioriteit geeft aan de verdere ontwikkeling van een kader dat ingaat op de coördinatie en samenwerking tussen toezichthouders in betrokken lidstaten. In lijn met deze wens zet het Ministerie zich inderdaad in om ook op Europees niveau te komen tot gemeenschappelijke afspraken voor de afwikkeling van verzekeraars.

14. Melding voorwetenschap

In het consultatiedocument was een subparagraaf met betrekking tot artikel 17, vijfde lid, van de Verordening Marktmissbruik opgenomen.³ Dat artikel voorziet in een bijzondere mogelijkheid om het melden van voorwetenschap uit te stellen voor bepaalde typen onderneming. Het IFR, het Verbond van Verzekeraars, en Eumedion hebben erop gewezen dat die bepaling niet van toepassing is op verzekeraars. Dat betekent dat verzekeraars vallen onder het reguliere regime inzake de meldplicht, inclusief de gewone uitstelmogelijkheid met betrekking tot de meldplicht die voor alle uitgevende instellingen of deelnemers geldt. De subparagraaf met betrekking tot de bijzondere uitstelmogelijkheid is inmiddels vervallen. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de reguliere uitstelmogelijkheden naar verwachting afdoende bescherming zullen bieden om onwenselijke openbaarmaking van (voorbereidingshandelingen voor) afwikkelingsbesluiten te voorkomen.

³ Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie, PbEU 2014, L 173.