



Ministerie van Financiën
Directie Financiële Markten
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Van Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden
Datum 26 augustus 2016
Betreft Reactie inzake het consultatievoorstel Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling verzekeraars (Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars)

1. Inleiding

Op 13 juli 2016 is een consultatievoorstel gepubliceerd betreffende een voorgenomen wijziging van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars. Het Hazelhoff Centre for Financial Law¹ maakt gaarne gebruik van de mogelijkheid in het kader van dit wetsvoorstel te reageren. In onderstaande reactie wordt ingegaan op zowel enkele algemene aspecten als op enkele meer specifieke punten.

2. Verhouding tot herstel- en afwikkelingsregime voor banken en beleggingsondernemingen

Bij de totstandkoming van de Interventiewet werd door de Nederlandse wetgever afgeweken van het op dat moment nog voorgestelde Europese kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen door het instrumentarium in de Interventiewet ook van toepassing te verklaren op verzekeraars. Veel Nederlandse financiële ondernemingen vervullen immers zowel bankactiviteiten als verzekeringsactiviteiten en zowel het falen van een bank als van een verzekeraar kan tot grote maatschappelijke verstoringen leiden. Wij achten het wenselijk dat het wetsvoorstel beoogt een herstel- en afwikkelingsregime voor verzekeraars te creëren dat is gebaseerd op het huidige herstel- en afwikkelingsregime

¹ Het Hazelhoff Centre for Financial Law maakt deel uit van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en verzorgt onderwijs en onderzoek op het terrein van het financiële recht. Drie hoogleraren leiden het Hazelhoff Centre for Financial Law: prof. mr. drs. M. Haentjens, prof. mr. R.P. Raas en prof. mr. W.A.K. Rank. Ook zijn vijf jonge onderzoekers verbonden aan het Hazelhoff Centre: mr. T.C.A. Dijkhuizen, mr. V.Y.E. Caria, mr. L.G.A. Janssen, mr. D.J. Verheij en mr. J.T. Tegelaar.

voor banken en beleggingsondernemingen. Naar onze mening sluit een geharmoniseerd herstel- en afwikkelingsregime voor banken en verzekeraars aan op het vervlochten bank- en verzekeringsbedrijf in Nederland.

Het valt echter te betreuren dat het wetsvoorstel en de toelichting daarbij maar summier ingaan op de verhouding van voorstelde regels tot de regels van het herstel- en afwikkelingsregime voor banken en beleggingsondernemingen. Zo zou in de praktijk overlap kunnen ontstaan tussen de herstel- en afwikkelplannen die opgesteld dienen te worden voor een bank binnen een financieel conglomeraat op grond van het laatst genoemde regime en de herstel- en afwikkelplannen voor een verzekeraar binnen dat conglomeraat ingevolge de voorgestelde regels.

Bovendien noemt de toelichting bij het wetsvoorstel dat met de implementatie van de richtlijn Solvency II een interventieladder geldt voor verzekeraars maar blijft onduidelijk hoe de vroegtijdige interventiefase voor verzekeraars zich verhoudt tot de vroegtijdige interventiefase voor banken en beleggingsondernemingen, waaronder de benoeming van een bijzondere bewindvoerder in de zin van artikel 1:76a Wft.

Tot slot onderstrepen de herstel- en afwikkelrichtlijn (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD) en de verordening inzake een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism Regulation, SRMR) diverse malen dat het uitgangspunt is dat een falende instelling dient te worden geliquideerd en afwikkelingsinstrumenten alleen worden toegepast als liquidatie niet mogelijk blijkt te zijn met het oog op de in de BRRD en SRMR genoemde afwikkelingsdoelstellingen.² Hoewel dit door het wetsvoorstel en de toelichting niet in zoveel woorden wordt benadrukt, gaan wij ervan uit dat een vergelijkbaar uitgangspunt geldt ten aanzien van het voorgestelde afwikkelingsregime voor verzekeraars.

3. Europese richtsnoeren en regulerings- en uitvoeringsnormen

Diverse bepalingen in de BRRD geven de European Banking Authority onder andere het mandaat richtsnoeren op te stellen en technische regulerings- en uitvoeringsnormen te ontwerpen waarin regels uit de BRRD verder worden uitgewerkt en ingevuld. Zo zijn inmiddels al richtsnoeren verschenen die zien op de afwikkelingscriteria en technische reguleringsnormen gepubliceerd die zien op de waardering van derivaten in de con-

² Zie bijvoorbeeld Overwegingen 45, 46 en 49 BRRD en 59 en 61 SRMR.

text van bail-in. De genoemde regulerings- en uitvoeringsnormen hebben na bekrachtiging door de Europese Commissie zelf rechtstreekse werking. Wij zouden het toejuichen dat de Minister verduidelijkt of de genoemde richtsnoeren en technische regulerings- en uitvoeringsnormen, voor zover relevant, ook van belang kunnen zijn voor de nadere uitwerking en invulling van bepalingen in de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars. Zo ja, zullen relevante richtsnoeren en normen in acht worden genomen door De Nederlandsche Bank (DNB) en in lagere regelgeving?

4. Financieringsregeling

Niet alle voorgestelde artikelen worden voldoende toegelicht. Zo ontbreekt een artikel specifieke toelichting op de financieringsregeling voor verzekeraars (artikelen 3A:140 en 141 Wft). Het is op dit moment onduidelijk hoe de financieringsregeling precies zal worden ingericht en hoe deze regeling zich verhoudt tot het in artikel 3A:68 ev. Wft genoemde afwikkelingsfonds. Bovendien is de vraag waarom ingevolge de voorgestelde artikelen 3A:140 en 141 Wft de financieringsregeling van toepassing is op alle verzekeraars met zetel in Nederland en bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is, waarbij alle verzekeraars met beperkte risico-omvang lijken te zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van de financieringsregeling. Dit lijkt niet overeen te komen met de in het voorgestelde artikel 3A:78 Wft genoemde reikwijdte van Hoofdstuk 3A.3 Wft: slechts de verzekeraars waar DNB toezicht op uitoefent, holdings van dergelijke verzekeraars, bepaalde andere ondernemingen binnen een groep waarvan een dergelijke verzekeraar deel uitmaakt en bepaalde bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is.

5. Taken en bevoegdheden DNB

Op grond van de BRRD dient operationele onafhankelijkheid te bestaan tussen de afwikkelingstaken van DNB en de taken als prudentieel toezichthouder en centrale bank. De memorie van toelichting bij de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen gaat in op hoe deze onafhankelijkheid wordt gewaarborgd. De vereiste onafhankelijke uitoefening van afwikkelingstaken is tevens tot uitdrukking gebracht in de Bankwet 1998. De toelichting bij het wetsvoorstel noemt dat de afwikkelingsbevoegdheden ten aanzien van verzekeraars worden neergelegd bij DNB maar licht niet toe hoe een

onafhankelijke uitoefening van deze taken ten opzichte van de overige taken van DNB wordt gewaarborgd. Het verdient daarom aanbeveling op dit punt meer duidelijkheid te creëren. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de regeling die bestaat ten aanzien van de huidige taken.

6. Rechtsbescherming

Het voorgestelde afwikkelingsregime zal grote veranderingen met zich meebrengen op het gebied van de rechtsbescherming. Een besluit tot afwikkeling wordt bijvoorbeeld niet zoals besluiten in het kader van de overdrachtsregeling in de zin van Deel 3 Wft zowel ex ante als ex post ter toetsing voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Tegen een afwikkelingsbesluit kan alleen rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Wij kunnen ons vinden in de in het wetsvoorstel voorgestelde beslissing om het regime van rechtsbescherming te laten aansluiten bij het regime van rechtsbescherming zoals vastgelegd in Afdeling 3A.2.6 Wft en in artikelen 6:6 en 6:7 Wft. Wel vragen wij ons af of deze gelijktrekking niet pleit voor een verdere gelijktrekking van het huidige regime van rechtsbescherming in Deel 6 Wft met zowel het regime bij afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van banken of beleggingsondernemingen als het voorgestelde regime bij afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van verzekeraars. Zo zou de toets voor de bepaling van schadeloosstelling na onteigening als bedoeld in artikel 6:8 ev. Wft naar onze mening verder kunnen aansluiten bij de regels die uitvoering geven aan het *no creditor worse off*-beginsel als bedoeld in 3A:20 Wft en het voorgestelde artikel 3A:88 Wft.

7. Bail-in

In tegenstelling tot de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, de BRRD en de SRMR maakt het wetsvoorstel geen onderscheid tussen de toepassing van het instrument van het afschrijven of omzetten van kapitaalinstrumenten (AFOMKI) enerzijds en het instrument van bail-in anderzijds. Het behoort naar onze mening nadere toelichting waarom dit onderscheid niet wordt gemaakt. Dit klemt temeer omdat het instrument van AFOMKI in theorie ook buiten een afwikkelingsprocedure kan worden toegepast.

Op grond van artikelen 3A:14-16 Wft en artikel 12 SRMR dienen banken en beleggingsondernemingen te voldoen aan het minimumvereiste voor eigen vermogen en in aanmerking komende passiva (*minimum requirement*

for eligible liabilities, MREL) dat is vastgesteld door de afwikkelautoriteit. Wij kunnen ons voorstellen dat DNB met het oog op een eventuele toepassing van het instrument van bail-in ten aanzien van een verzekeraar een MREL vaststelt parallel aan het opstellen en bijhouden van afwikkelingsplannen – zoals nu al het geval is ten aanzien van sommige banken en beleggingsondernemingen. De toelichting en de tekst van het wetsvoorstel geven op dit moment onvoldoende uitleg of een dergelijk vereiste gaat gelden voor verzekeraars.

Het voorgestelde artikel 3A:94 Wft noemt dat indien DNB bepaalde verplichtingen uitsluit van de toepassing van het instrument van bail-in ingevolge dat artikel, bail-in *'in sterkere mate'* wordt toegepast op andere verplichtingen. Het tweede deel van deze bepaling is onduidelijk geformuleerd en behoeft verduidelijking.

Het voorgestelde artikel 3A:95 Wft bepaalt bovendien dat bij bail-in de omgekeerde faillissementsladder wordt gevolgd. In artikel 48 BRRD wordt benadrukt dat vorderingen op een bepaalde trede van de 'bail-in ladder' pas kunnen worden onderworpen aan bail-in als de afschrijving of omzetting van de vorderingen op de vorige treden onvoldoende was. Naar onze mening dient te worden verduidelijkt in het voorgestelde artikel 3A:95 Wft dat dit ook het uitgangspunt is ten aanzien van de vorderingen op een verzekeraar die worden onderworpen aan bail-in.

Op grond van artikel 3a:13 Wft dienen onder andere banken en beleggingsondernemingen een contractuele afwikkelingsclausule op te nemen in overeenkomsten beheerst door het recht van een staat van buiten de Europese Unie. Een vergelijkbare bepaling is niet terug te vinden in het wetsvoorstel. Mocht de Minister opteren om een dergelijke verplichting niet op te nemen in het afwikkelingsregime voor verzekeraars, dan verdient het aanbeveling te verduidelijken hoe geprobeerd wordt ervoor te zorgen dat bail-in in de zin van het voorgestelde Hoofdstuk 3A.3 Wft ook effectief zal zijn ten aanzien van passiva van verzekeraars onder het recht van een staat van buiten de Europese Unie.

8. Tot slot

Wij hopen u voldoende over onze standpunten te hebben geïnformeerd. Graag zijn wij bereid bovenstaande reactie van een nadere toelichting te voorzien.