

PER E-MAIL

Minister van Financiën
Ir. J.R.V.A. Dijsselbloem
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

mr. R.J. Schimmelpenninck
mr. C. Zijderveld
mr. J. Vossenbergh
mr. drs. J.R.R. den Hollander

Amsterdam, 26 augustus 2016
Inzake: Internetconsultatie Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars
Onze ref: 400/9185830.1

Excellentie,

Op 13 juli 2016 heeft u een (concept) wetsvoorstel gepubliceerd voor herstel en afwikkeling van verzekeraars (het "**Wetsvoorstel**") en ter openbare internetconsultatie aangeboden. Graag maken ondergetekenden gebruik van de mogelijkheid via internetconsultatie een zienswijze op het Wetsvoorstel met u te delen. Rutger Schimmelpenninck heeft – vanwege zijn voormalige betrokkenheid bij Houthoff Buruma – op persoonlijke titel aan deze zienswijze bijgedragen.

Wij geven onze reactie omdat wij als adviseur, bewindvoerder of curator betrokken zijn of zijn geweest bij (mogelijke) insolventies van financiële instellingen. Wij richten ons commentaar daarom hoofdzakelijk op de belangen van de begunstigen/verzekerden, met name bij insolventie. Wij hebben geen overleg gehad over onze reactie met enige cliënt van Houthoff Buruma.

Achtereenvolgens zullen wij in deze brief de volgende onderwerpen behandelen:

1. Aanleiding en uitgangspunten Wet herstel en afwikkeling verzekeraars
2. Inhoudelijke reactie op het Wetsvoorstel
3. Conclusie

Wij menen dat het Wetsvoorstel evenwichtig is, goed doordacht en dat het voorziet in enkele belangrijke verbeteringen die essentieel zijn om tot een juist herstel en eventuele afwikkeling van verzekeraars te komen. Zo richt het Wetsvoorstel zich in belangrijke mate op preventief toezicht op verzekeraars, waarmee de kans wordt vergroot dat een verzekeraar in nood *going concern* kan worden hersteld of afgewikkeld. In dat kader is onvermijdelijk dat bevoegdheden voor herstel en afwikkeling bij de toezichthouder, De Nederlandsche Bank ("**DNB**"), worden geconcentreerd.

Daarnaast voorziet het Wetsvoorstel in enkele belangrijke aanpassingen van de Wet op het financieel toezicht ("**Wft**") en de Faillissementswet ("**Fw**") die ertoe zullen leiden dat een *gone concern* situatie bij een verzekeraar minder (negatieve) gevolgen zal hebben voor de begunstigden van (levens)verzekeringen. Wij menen dat deze wijzigingen zullen bijdragen aan het vertrouwen in de Nederlandse verzekeringssector, ook als er sprake is van onrust op de financiële markten of financiële instabiliteit.

1. Aanleiding en uitgangspunten Wet herstel en afwikkeling verzekeraars

Aanleiding Wetsvoorstel

- 1.1. De verzekeringssector heeft het momenteel niet gemakkelijk.¹ Verzekeraars hebben te kampen met de lage marktrente, waardoor hun beleggingen minder rendement opbrengen. Daarmee wordt het gaandeweg steeds moeilijker om te voldoen aan (in het verleden) afgesloten rendementsgaranties aan begunstigden onder levensverzekeringen. Daarnaast ondervindt de verzekeringssector negatieve gevolgen van de woekerpolisproblematiek. Verzekeringnemers kiezen ook in toenemende mate (mede vanwege fiscale motieven) voor alternatieve producten, zoals banksparen. Tenslotte wordt het beheer van (levens-)verzekeringen steeds complexer en (dus) voor verzekeraars steeds duurder.
- 1.2. Het belang van een toereikend instrumentarium voor herstel en afwikkeling van verzekeraars doet zich zodoende gelden. Zoals ook in de toelichting bij het Wetsvoorstel is opgemerkt, is het bestaande instrumentarium voor maatregelen bij verzekeraars in nood niet toereikend. Dit leidt ertoe dat verzekeraars in financiële problemen momenteel niet steeds adequaat kunnen worden hersteld of afgewikkeld en de belangen van betrokkenen niet optimaal tot hun recht kunnen komen.
- 1.3. Het Wetsvoorstel komt tegemoet aan de belangrijke behoeften om (onder meer):
 - (i) verdergaand te kunnen anticiperen op een noodsituatie bij een verzekeraar, teneinde de verzekeraar *going concern* te laten voortgaan of af te wikkelen;
 - (ii) zowel voor *going concern* als *gone concern* situaties bevoegdheden bij één partij (DNB) te concentreren omwille van de doelmatigheid en effectiviteit;
 - (iii) indien een verzekeraar *gone concern* failliet gaat, tussentijdse betalingen aan begunstigden te kunnen verrichten alvorens een (tussentijdse) verificatievergadering heeft plaatsgevonden.
- 1.4. Wij steunen het Wetsvoorstel om deze redenen. Om de toegevoegde waarde van het Wetsvoorstel verder aan te duiden, schetsen wij hierna kernachtig het bestaande toe-

¹ Commissie Verzekeraars, 'Nieuw leven voor verzekeraars', Rapport d.d. 5 maart 2015.

zichtrechtelijke kader ten aanzien van verzekeraars, dat in de toelichting op het Wetsvoorstel meer uitgebreid wordt beschreven. Aansluitend identificeren wij diverse verbeteringen voor het toezicht op verzekeraars die het Wetsvoorstel introduceert (in lijn met het genoemde in § 1.3), en doen wij enkele suggesties die de uitvoerbaarheid en effectiviteit van het Wetsvoorstel mogelijk verder zouden kunnen vergroten.

Uitgangspunten bestaand toezichtrechtelijk kader

Solvency II

- 1.5. Het voorliggende Wetsvoorstel begint waar de richtlijn Solvency II eindigt, aldus de toelichting.²
- 1.6. Solvency II³ komt voort uit een ingrijpende herziening van Europees toezichtrecht. De Europese richtlijn Solvency II heeft het daaraan voorafgaande toezichtrechtelijk kader Solvency I⁴ vervangen. Solvency II is per 1 januari 2016 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.
- 1.7. Kenmerkend voor Solvency II is het zogenoemde 'risico-georiënteerd prudentieel toezicht'. Dat houdt (onder meer) in dat toezicht op de verzekeraar afhankelijk wordt gesteld van het risicoprofiel van de betreffende individuele verzekeraar.
- 1.8. Solvency II richt zich als zodanig dus op de individuele financiële positie van verzekeraars. Kapitaalseisen worden gerelateerd aan de aard en omvang van de gelopen risico's van de verzekeraar. Dat leidt ertoe dat verzekeringnemers, althans begunstigden van verzekeringen in verdergaande mate bescherming genieten van het toezichtrecht.
- 1.9. De nieuwe wetgeving voorziet ook in een harmonisering van toezichtrecht. Daarnaast strekt het toezicht zich uit tot het groepsniveau indien sprake is van een verzekeringsmaatschappij met diverse verbonden groepsmaatschappijen, in plaats van (sec) de vergunninghoudende entiteit(en).
- 1.10. Solvency II richt zich aldus primair op *going concern* situaties en voorziet niet in (*gone concern*) situaties waar herstel dient plaats te vinden bij de verzekeraar of deze dient te worden afgewikkeld. Voor dergelijke *distressed* situaties is alternatieve, nationale regelgeving van toepassing.

² Wetsvoorstel, § 7.

³ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency II).

⁴ Richtlijn 2002/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2002 tot wijziging van Richtlijn 79/267/EEG van de Raad op het gebied van de solvabiliteitsmargevereisten voor levensverzekeringsondernemingen en Richtlijn 2002/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2002 tot wijziging van Richtlijn 73/239/EEG van de Raad op het gebied van de solvabiliteitsmarge vereisten voor schadeverzekeringsondernemingen (Solvency I).

Wft / Fw

- 1.11. Het toezicht op afwikkeling en herstel van verzekeraars is momenteel hoofdzakelijk neergelegd in de Wft en de Fw. DNB houdt primair toezicht op de verzekeraars die in Nederland opereren en controleert of verzekeraars in staat zijn en blijven om aan hun verplichtingen te voldoen.
- 1.12. Als verzekeraars (voorzienbaar) niet aan hun verplichtingen kunnen voldoen, of er iets mis dreigt te gaan bij de verzekeraar, kan bij de verzekeraar worden ingegrepen.
- 1.13. Voor de bevoegdheden van DNB dient te worden gekeken naar het bestaande toezichtrecht, opgenomen in Deel 3 Wft en artikel 213 Fw. Deze regelgeving betreft in grote mate de implementatie van de richtlijn sanering & liquidatie verzekeringsondernemingen uit 2001.⁵
- 1.14. Net als banken bevinden verzekeraars zich in een uniek speelveld. Aan de ene kant zouden verzekeraars, als deelnemer aan het economisch verkeer en ter bevordering van de concurrentie, moeten kunnen omvallen, maar aan de andere kant kan een deconfiture van een verzekeraar zodanige maatschappelijke gevolgen hebben dat een deconfiture onder omstandigheden voorkomen moet worden.⁶
- 1.15. Zodoende is van groot belang dat de toezichthouder adequaat kan ingrijpen indien een verzekeraar in financiële nood raakt of dreigt te geraken. Afhankelijk van onder meer de solvabiliteit van de betreffende verzekeraar, kan DNB onder het bestaande recht de volgende bevoegdheden uitoefenen:
 - a. verzoeken om een herstelplan (artikel 3:135 Wft)
 - b. initiëren van de opvangregeling (artikel 3:151 Wft)
 - c. initiëren van de overdrachtsregeling (na machtiging rechter) (artikel 3:159a e.v. Wft)
- 1.16. Deze bevoegdheden zijn thans niet meer toereikend om snel in te kunnen grijpen bij verzekeraars in financiële nood. Zowel de opvangregeling (tijdelijk) als de overdrachtsregeling (definitief) zien op overdracht van de verzekeringsportefeuille aan een derde in het belang van de continuïteit van de portefeuille. Doorgaans kan overdracht echter niet op korte termijn worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door een gebrek aan kopers, de noodzaak voor de koper om een grondige *due diligence* te verrichten of omdat de portefeuille (mede door de toegenomen complexiteit van verzekeraars) niet snel gereed kan worden gemaakt voor verkoop. Het belang van (uitbreiding van) preventief toezicht is in dit opzicht gegeven, alsmede het belang van de uitbreiding van bevoegdheden van DNB

⁵ Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen.

⁶ Vgl. *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 059, p. 2 en 3.

om snel herstel of afwikkeling van een verzekeraar buiten faillissement mogelijk te maken.

- 1.17. Voor zover een overdracht van een verzekeringsportefeuille niet kan worden gerealiseerd, heeft DNB de mogelijkheid de noodregeling of het faillissement van de verzekeraar aan te vragen, waarna een bewindvoerder respectievelijk curator zal worden aangesteld om de verzekeraar door te laten starten of af te wikkelen. De bewindvoerder in noodregeling kan onder het huidige recht worden gemachtigd verzekeringsovereenkomsten te wijzigen om de verplichtingen (weer) in balans te brengen met de daarvoor aangehouden activa, waardoor alsnog een portefeuilleoverdracht zou kunnen worden gerealiseerd.⁷
- 1.18. Voor een curator in faillissement ontbreekt momenteel deze mogelijkheid, waardoor een faillissement in de huidige praktijk steeds een liquidatie van de verzekeringsonderneming tot gevolg zal hebben. Uitkeringsgerechtigden onder verzekeringspolissen zullen bovendien verstoken zijn van uitkeringen, totdat een verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Een verificatievergadering zal bij een complex verzekeringsfaillissement in de regel niet binnen één à twee jaar plaatsvinden. Ook daarna kan het lang duren voordat de eerste uitdeling plaatsvindt. Daartoe zullen veel waarderingvragen moeten worden opgelost en zal een uitdelingslijst nodig zijn, waartegen ook bezwaar van schuldeisers open staat. Vanuit maatschappelijk oogpunt brengt dit ongewenste onzekerheid met zich, zodat herziening van het wettelijk systeem op dit punt noodzakelijk is.
- 1.19. Ten slotte is overigens ook de Minister van Financiën zelf bevoegd in crisissituaties op te treden bij een verzekeraar. De Minister heeft de mogelijkheid te interveniëren of – in het meest verstrekkende geval – te onteigenen. Dat laatste zal overigens slechts aan de orde zijn indien systeemeffecten worden verwacht als gevolg van een eventuele deconfiture van een verzekeraar, hetgeen in de regel minder snel dan bij banken het geval zal zijn.⁸

Basis Wetsvoorstel

- 1.20. Het Wetsvoorstel heeft onder meer ten doel bevoegdheden voor ingrijpen bij noodlijdende verzekeraars te consolideren, alsmede deze bevoegdheden verder uit te breiden c.q. aan te scherpen om de effectiviteit ervan te vergroten. Bovendien zou in het belang van de begunstigen van (levens)verzekeringen het regime van de noodregeling moeten worden aangepast om de negatieve gevolgen van een deconfiture voor hen te beperken.⁹

⁷ Artikel 3:163 jo. artikel 3:195 Wft.

⁸ Zie voetnoot 6.

⁹ Wetsvoorstel, p. 1 en 2.

- 1.21. In het licht van voorafgaande beschrijving van het huidig toezichtrecht en aan de hand van de navolgende beginselen, die wij beschouwen als noodzakelijke uitgangspunten voor herziening van het wettelijk systeem op deze punten, zien wij in het Wetsvoorstel een toegevoegde waarde. Aan de hand van deze beginselen zal in paragraaf 2 inhoudelijk op het Wetsvoorstel worden gereageerd.

Vergroting effectiviteit van maatregelen

- 1.22. Voor het slagen van een maatregel is effectiviteit essentieel. Momenteel zijn de bevoegdheden om maatregelen bij een verzekeraar in nood te nemen toegekend aan DNB en de Minister van Financiën. DNB heeft in enkele gevallen een rechterlijke machtiging nodig, bijvoorbeeld bij uitvoering van de overdrachtsregeling. Daarnaast zal DNB in geval van een noodregeling of faillissement bevoegdheden aan een bewindvoerder of curator moeten afstaan, of met de bewindvoerder of curator dienen samen te werken (e.g. in geval van uitvoering van een overdrachtsregeling in noodregeling).
- 1.23. De grote hoeveelheid actoren kan afdoen aan de effectiviteit, doordat partijen van elkaar (tenminste informele) instemming nodig hebben, terwijl zij dikwijls andere belangen dienen na te streven (e.g. de curator dient het belang van alle schuldeisers, maar DNB zou zich primair op het belang van de begunstigten van verzekeringen kunnen richten) en zodoende mogelijk tegenstrijdigheid ontstaat. Wij achten een duidelijkere verdeling van taken en bevoegdheden tussen verschillende partijen, alsmede een nadere concentratie van bevoegdheden, essentieel voor een vergroting van de effectiviteit van maatregelen.
- 1.24. Daarnaast is voor de effectiviteit van maatregelen belangrijk dat voorafgaand aan de maatregel goede voorbereiding mogelijk is. Deze voorbereiding leidt ertoe dat partijen (operationeel) voorbereid zijn op beslissingen en scenario's hebben doorgedacht. Dat komt de besluitvaardigheid en intern draagvlak voor de maatregel ook ten goede. Meer nadruk op de voorbereidingsfase van maatregelen achten wij om die reden zeer belangrijk.

Toenemende uitvoerbaarheid van maatregelen

- 1.25. Voorts is de uitvoerbaarheid van maatregelen van belang. In het huidig toezichtrechtelijk kader bestaat veel ruimte voor interpretatie, met onduidelijkheid voor belanghebbenden (e.g. DNB, verzekeraars en begunstigten) tot gevolg. Zo is onder het huidige recht onder meer onduidelijk onder welke omstandigheden een wijziging van verzekeringsovereenkomsten door een rechter zal worden toegestaan, of wie de oprichtingskosten voor een overbruggingsinstelling dient te financieren, waardoor de (toch reeds complexe) toepassing van de overdrachtsregeling wordt bemoeilijkt. Dergelijke (operationele) complexiteit dient in een nieuwe regeling te worden vermeden en – waar nodig – opgelost om de slagingskans van maatregelen te vergroten.

Doelmatige, deskundige toetsing door een competente rechter

- 1.26. Ten behoeve van de legitimiteit van maatregelen, dient een gedegen systeem van rechterlijke toetsing te bestaan dat niet ten koste gaat van de effectiviteit van de maatregelen. Zo voorziet de Interventiewet bijvoorbeeld reeds in een verkorte termijn voor het instellen van rechtsmaatregelen tegen een besluit van de Minister van Financiën om te interveniëren. De Interventiewet bepaalt tevens dat een rechtzoekende zich voor vaststelling van een eventuele schadeloosstelling kan wenden tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.
- 1.27. Voor succesvolle interventies in de financiële sector – die in toenemende mate complex wordt – achten wij van belang dat rechtzoekenden toegang wordt geboden tot een specialistische rechter die binnen korte termijn kan oordelen over zaken die voortkomen uit een (besluit tot een) maatregel.

Voorzien in maatschappelijke behoefte

- 1.28. Teneinde bij te dragen aan (maatschappelijke) rust en stabiliteit in de financiële sector, dient een nieuwe regeling voorts tegemoet te komen aan (financiële) behoeften van begunstigen onder verzekeringen, aangezien een *gone concern* in de regel heel veel begunstigen zal raken. Zo voorziet het huidig wettelijk systeem in het geval van een noodregeling of faillissement niet in het verrichten van betalingen aan begunstigen voordat een verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Dergelijke maatschappelijk ongewenste situaties dienen te worden verholpen in het nieuwe wettelijke regime.

2. Inhoudelijke reactie op het Wetsvoorstel

- 2.1. Wij stellen vast dat het Wetsvoorstel in grote mate tegemoetkomt aan de hiervoor genoemde beginselen (hierna ook wel aangeduid als 'verbeteringen'). Tegelijkertijd constateren wij dat er onderdelen zijn die nog verder zouden kunnen worden uitgewerkt (hierna aangeduid als 'aandachtspunten'). In deze paragraaf zullen wij het Wetsvoorstel bespreken aan de hand van zes verbeteringen en twee aandachtspunten:

Verbeteringen

- i. Intensivering preventief toezicht
- ii. Uitbreiding groepstoezicht
- iii. Verheldering onderlinge verhouding instrumenten
- iv. Verheldering bevoegdheden wijziging verzekeringsovereenkomsten
- v. Kapitaalbijdrage alle schuldeisers in geval van *distressed* scenario
- vi. Toegang tot een competente rechter

Aandachtspunten

- vii. Operationele en juridische uitvoerbaarheid voorschotbetalingen
- viii. Afvloeiingsmechanisme opbrengst verkoop overbruggingsinstelling

i. Intensivering preventief toezicht

- 2.2. Het huidige recht voorziet in de bevoegdheid van DNB om een verzekeraar te verplichten een herstelplan op te stellen, indien de verzekeraar bepaalde ratio's schendt. In een herstelplan dient een verzekeraar uiteen te zetten hoe de verzekeraar een negatieve financiële ontwikkeling zal keren.
- 2.3. Van een verzekeraar kan echter worden verwacht dat deze – ook reeds voordat van negatieve ontwikkelingen sprake is – een plan of protocol voorbereidt voor een crisis-situatie, in het Wetsvoorstel aangeduid als 'crisis-plan'. Een dergelijk plan vergroot de kans dat een verzekeraar *going concern* binnen korte termijn kan worden afgewikkeld aanmerkelijk, omdat reeds in een vroeg stadium met noodsituaties rekening kan worden gehouden, bijvoorbeeld bij de operationele structurering van het concern en de juridische afhechting daarvan (e.g. *servicing* contracten voor ICT of personeel). Zo kan mogelijk een snelle onthechting plaatsvinden van elementen die noodzakelijk zijn voor de verzekeringsportefeuille en aspecten die aan het 'restant verzekeringsbedrijf' relateren.
- 2.4. Wel dient bij het preventief toezicht het belang van kostencontrole niet uit het oog te worden verloren, aangezien de toegenomen kosten voor *compliance* waarschijnlijk geheel of ten dele bij verzekeringnemers terecht zullen komen, of anders een negatief effect zullen hebben op de financiële gezondheid van de verzekeraar. DNB dient ervoor te waken dat de eisen die gesteld worden aan een crisis-plan in verhouding staan tot het doel, mede gelet op het feit dat een crisis-situatie nooit volledig te voorspellen is.

ii. Uitbreiding groepstoezicht

- 2.5. In lijn met het voorgaande juichen wij ook toe dat het instrumentarium van DNB onder het Wetsvoorstel wordt afgestemd op het groepstoezicht dat Solvency II heeft geïntroduceerd. De realiteit is dat verzekeringsmaatschappijen tegenwoordig veelal onderdeel zijn van een concern, waarin niet alleen operationele elementen verdeeld kunnen zijn over diverse groepsentiteiten (zoals ICT en personeel), maar bijvoorbeeld ook activa en passiva. Voor snel herstel of snelle afwikkeling van een verzekeraar is wenselijk dat het instrumentarium van DNB zich uitstrekt tot alle onderdelen van de groep waar de verzekeraar onderdeel van uitmaakt.

iii. Verheldering onderlinge verhouding instrumenten

- 2.6. Het Wetsvoorstel komt tegemoet aan de eerdergenoemde wens om het bestaande instrumentarium te versimpelen en te verduidelijken. Zo zal de hybride figuur van de noodregeling van een verzekeraar verdwijnen en komen de bevoegdheden die samenhangen met de noodregeling, zoals de wijziging van verzekeringsovereenkomsten ten behoeve van de verkoopbaarheid van een verzekeringsportefeuille, bij DNB te rusten. Dit komt de overzichtelijkheid en effectiviteit van deze maatregel ten goede.
- 2.7. In het kader van dit Wetsvoorstel merkt de toelichting nog op dat het niet nodig is een wettelijke uitzondering te maken voor het verplicht openbaar maken van voorwetenschap, omdat de huidige regeling daarin al voorziet. Wij zijn hier niet van overtuigd. De huidige regeling stelt een aantal strenge cumulatieve eisen, waaronder dat er sprake moet zijn van ondermijning van de financiële stabiliteit van de verzekeraar *en* van het financieel systeem. Dit zal in veel gevallen niet aan de orde zijn (bijv. een brandverzekeraar in moeilijkheden zal niet snel het financieel systeem in gevaar brengen). Daar staat tegenover dat een verzekeraar zich geroepen kan voelen een mogelijke interventie door DNB openbaar te maken, terwijl dat op dat moment niet opportuun is. Wij pleiten voor een regeling die erin voorziet dat DNB een instelling geheimhouding kan opleggen, ook als het gaat om een melding van voorwetenschap; op die manier kan er geen twijfel zijn over de verplichtingen die op een verzekeraar rusten.

iv. Verheldering bevoegdheden wijziging verzekeringsovereenkomsten

- 2.8. Ten aanzien van de hiervoor genoemde wijzigingsbevoegdheid van verzekeringsovereenkomsten, geldt dat de bewindvoerders onder het huidige recht in noodregeling bij een machtiging tot overdracht van (een deel van) de verzekeringsportefeuille een bijzondere machtiging kunnen krijgen om tot wijziging van de voorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten over te gaan. Het doel hiervan is de betreffende (over te dragen) verzekeringsovereenkomsten op marktvoorwaarden overdraagbaar te maken. Wijzigingen die doorgevoerd kunnen worden met machtiging van de rechtbank zijn bijvoorbeeld verkorting van de duur van de verzekeringsovereenkomsten of vermindering van het uitkeringspercentage. Dit heeft ook plaatsgevonden in het faillissement van Vie d'Or.
- 2.9. In het Wetsvoorstel blijft deze bevoegdheid tot wijziging van verzekeringsovereenkomsten bestaan, met dien verstande dat de bevoegdheid wordt toegekend aan DNB in gevallen buiten faillissement (artikel 3A:122 Wft). Wij zien in deze aanpassing een aanmerkelijke toegevoegde waarde, aangezien deze wijziging de verkoopbaarheid/overdraagbaarheid van een verzekeringsportefeuille zal vergroten.
- 2.10. Wel pleiten wij ervoor deze bevoegdheid ook te verstrekken aan de curator in faillissement, na goedkeuring door de rechter-commissaris. Met name in faillissement, kan een

begunstigde erbij gebaat zijn dat zijn verzekeringspolis wordt overgedragen aan een solvante verzekeraar, in plaats van voorschotbetalingen (zoals eveneens voorgesteld in het Wetsvoorstel) te ontvangen in faillissement. Niet alleen bestaat een risico dat deze voorschotbetalingen lager zijn dan de uitkeringen onder een gekorte verzekeringspolis, de begunstigde zal ook lange tijd in onzekerheid verkeren over de uiteindelijke betaling onder zijn polis. Ook bij nog opbouwende polissen is het voor de verzekerde van belang dat zijn polis zo snel mogelijk door een andere verzekeraar wordt overgenomen. Een integrale overdracht van de portefeuille (na wijziging van de verzekeringsovereenkomsten) zal voorkomen dat een verzekerde/begunstigde onnodige problemen ondervindt, waaronder dat hij verstoken blijft van uitkeringen, onzekerheid heeft over de vraag of verdere betalingen op de polis kunnen worden gedaan of fiscaal nadelige gevolgen ondervindt. Deze noodzaak zal niet bestaan bij een polisoverdracht na wijziging van de polis.

v. Kapitaalbijdrage alle schuldeisers in geval van *distressed* scenario

- 2.11. Onder het oude recht was slechts mogelijk om begunstigten onder een verzekeringsportefeuille in een *distressed* scenario te korten in hun rechten, om aldus een verkoop van de portefeuille (in het belang van diezelfde begunstigten) mogelijk te maken. Dit betreft een eigenlijke *bail-in* van de begunstigten, terwijl begunstigten in een noodregeling of faillissement een hoge rang hebben. Ten aanzien van lager gerangschikte schuldeisers, bestond een dergelijk instrument niet. Het Wetsvoorstel brengt daar verandering in door een *bail-in* bepaling te introduceren ten aanzien van lager gerangschikte schuldeisers en komt in zoverre tegemoet aan de economische realiteit, hetgeen wij steunen.

vi. Toegang tot een competente rechter

- 2.12. Het huidige recht voorziet niet in een specialistische rechter voor toetsing van het handelen van de toezichthouder of afwikkelen instantie in geval van herstel of afwikkeling van een verzekeraar. Het Wetsvoorstel brengt daar verandering in, door de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) aan te wijzen als competente rechter voor toetsing van het handelen van DNB.
- 2.13. Tegen de achtergrond van de toegenomen complexiteit van het huidige verzekeringsbedrijf en het toezicht daarop onder Solvency II, zien wij in deze regels van rechtsbescherming een nuttige toevoeging op het bestaande juridisch kader. Gelijk het bepaalde in de Interventiewet,¹⁰ geven wij nog in overweging om ten aanzien van waarderingsgeschillen (e.g. na *bail-in* of korting/wijziging verzekeringsovereenkomsten) de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam als (exclusief) bevoegde rechter aan te wijzen, aangezien deze rechter zich veelal met waarderingsgeschillen bezighoudt en ter zake veel deskundigheid heeft.

¹⁰ Zie ook § 1.26.

vii. Operationele en juridische uitvoerbaarheid voorschotbetalingen

- 2.14. Op basis van het bestaande faillissementsrecht, lijkt onwaarschijnlijk dat een bewindvoerder/curator en/of een rechter-commissaris betalingen aan begunstigden zal verrichten althans accorderen voorafgaand aan de verificatievergadering waarin de vorderingen van de begunstigden worden vastgesteld. Dergelijke uitdelingen zijn in strijd met het systeem van de wet. De wet gaat er immers vanuit dat rang en omvang van de vorderingen op grond van artikel 3:174 Wft, althans artikel 110 e.v. Fw worden vastgesteld, voordat uitkeringen plaatsvinden. Tegen deze vaststellingen kunnen zowel de bewindvoerder/curator als iedere schuldeiser opkomen (een schuldeiser kan ook opkomen tegen de vaststelling van de vordering van een andere schuldeiser) en het bestaan, de omvang en de rang van de betreffende vorderingen betwisten. Dat leidt er onder het huidige recht toe dat begunstigden bij een faillissement van een verzekeraar vaak vele jaren van een uitkering verstoken zullen zijn.
- 2.15. Tegen deze achtergrond is het een grote vooruitgang dat het Wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van betalingen aan bepaalde begunstigden voorafgaand aan de verificatievergadering. Daarbij worden evenwel de volgende opmerkingen geplaatst, met name ten aanzien van de rol van de rechter-commissaris voor tussentijdse uitkeringen.
- 2.16. De totale schuldenlast van de verzekeraar is wegens de veelheid en complexiteit van door de instelling verkochte producten, alsmede enkele specifieke (waarderings)regels van faillissementsrecht zeer lastig vast te stellen, zeker in de eerste paar maanden van een faillissement. Het vermoedelijke uitkeringspercentage aan schuldeisers (mogelijk vele jaren later) zal daarom niet gemakkelijk in te schatten zijn. Weliswaar biedt het Wetsvoorstel de mogelijkheid deze betalingen te verrichten, de curator blijft gehouden te voldoen aan de zorgvuldigheid die in zijn hoedanigheid wordt verlangd. Het is de vraag of een curator op basis van de voorgestelde regeling voldoende comfort kan krijgen om uitkeringen te verrichten. Wellicht verdient het aanbeveling te verduidelijken dat het zonder meer tot de taak van de curator ex artikel 68 Fw hoort om tussentijdse uitkeringen te overwegen.
- 2.17. Meer praktisch zien wij voor ons dat de curator enige tijd nodig zal hebben om een schatting te maken van de activa en passiva van de failliete verzekeraar voordat hij een voorstel voor uitkering ter goedkeuring kan voorleggen aan de rechter-commissaris. Weliswaar zullen eventuele tekorten door de financieringsregeling worden opgevangen, de curator blijft gebonden aan de regels van civiel recht en faillissementsrecht, op basis waarvan hij niet lichtvaardig tot een schatting kan overgaan. In de tijd die de curator nodig heeft om tussentijdse uitkeringen voor te bereiden, zullen begunstigden onder een verzekeringspolis van een uitkering verstoken zijn. De procedure op dit punt is derhalve mogelijk te stringent, althans als het gaat om de eerste periodieke uitkeringen die bijvoorbeeld nodig zijn voor levensonderhoud (die beslissing moet binnen dagen genomen

worden, willen begunstigen hier geen nadeel van ondervinden). Wij geven uitdrukkelijk in overweging om op te nemen dat de drempel voor deze eerste periodieke uitkeringen lager ligt.

- 2.18. Het Wetsvoorstel gaat ervan uit dat voor natuurlijke personen, micro-ondernemingen en kleine ondernemingen, de curator zelfstandig tot het besluit komt om tussentijdse uitkeringen te doen (zie artikel 213me lid 1 Fw). Voor alle andere partijen geldt dat zij via de rechter-commissaris een uitkering dienen af te dwingen (artikel 213me lid 2 Fw). Potentieel kan dit de werkdruk voor een rechter-commissaris enorm verhogen en bovendien is een rechter-commissaris voor een dergelijke beslissing afhankelijk van informatie van de curator. Het ligt meer voor de hand deze bevoegdheid bij de curator (eventueel met goedkeuring van de rechter-commissaris) te laten, in die zin dat de grotere ondernemer zijn verzoek gemotiveerd tot de curator richt; dit zal leiden tot een efficiëntere behandeling.
- 2.19. Artikel 213mh Fw bepaalt dat artikel 69 Fw van toepassing is op handelingen die zien op tussentijdse uitkeringen. De vraag is wat de meerwaarde van deze bepaling is, als het verzoek ziet op gevallen waar de rechter-commissaris al toestemming heeft gegeven voor tussentijdse uitkeringen. Het Wetsvoorstel (althans de toelichting) lijkt te suggereren dat in dat geval een verzoek ex artikel 69 Fw ook mogelijk is. Dat betekent dat een rechter-commissaris in voorkomende gevallen zijn eigen goedkeuring opnieuw moet beoordelen ex artikel 69 Fw. Dit is dubbelop, althans niet in lijn met het systeem van de wet. Het ligt meer voor de hand dat de Faillissementswet in die gevallen voorschrijft dat een rechtszoekende hoger beroep ex artikel 67 Fw moet instellen. Dat zou betekenen dat artikel 69 Fw alleen van toepassing is, in gevallen waar de rechter-commissaris geen beslissing heeft genomen, bijvoorbeeld als een curator weigert een beslissing te nemen tot een tussentijdse uitkering. Wij geven in overweging op dit punt het Wetsvoorstel te verduidelijken.
- 2.20. Wij menen dat uitgesloten moet worden dat rechtsmiddelen tegen beslissingen van de rechter-commissaris kunnen worden ingesteld waar deze beslissingen betrekking hebben op tussentijdse uitkeringen (of het nu de zelfstandige beslissing tot goedkeuring van een tussentijdse uitkering betreft of een verzoek ex artikel 69 Fw). Een hoger beroep en cassatie zal minstens enkele maanden zo niet een tot anderhalf jaar nemen. Daarmee bestaat in versterkte mate het risico dat hangende een hoger beroep (of cassatie) een curator zich niet vrij acht over te gaan tot een tussentijdse uitkering. Hiermee gaat het beoogde effect – te weten een snelle uitbetaling aan begunstigen – teniet.
- 2.21. Gegeven de rol die DNB heeft bij de afwikkeling van een verzekeraar, het aanvragen van een faillissement en mogelijk ook bij de uitvoering van de financieringsregeling, geven wij in overweging om ook DNB het recht te geven op grond van artikel 69 Fw op te komen. Hoewel DNB formeel geen schuldeiser is – en artikel 69 Fw alleen dient om

schuldeisers belangen te dienen – is het voorstelbaar dat DNB als toezichthouder toch kan opkomen voor bepaalde (schuldeisers-)belangen, bijvoorbeeld als een curator weigert over te gaan tot een tussentijdse uitkering, waar DNB dat wel noodzakelijk acht.

- 2.22. In verband met het vorenstaande, merken wij op dat het Wetsvoorstel een centrale positie geeft aan de artikel 69 Fw-procedure. In reguliere faillissementen leent een artikel 69 Fw-procedure zich niet voor het te gelde maken van persoonlijke belangen. Het opkomen door een individuele begunstigde tegen een besluit van de curator om al dan niet voorschot-betalingen aan hem te verrichten kan gezien worden als een persoonlijk belang waarvoor artikel 69 Fw niet geldt – het Wetsvoorstel zou op dit punt meer duidelijkheid kunnen geven.
- 2.23. Het Wetsvoorstel veronderstelt dat er geen noodzaak meer zal zijn voor tussentijdse voorschotbetalingen nadat de verificatievergadering heeft plaatsgevonden. In de praktijk kan dat anders uitpakken. Op het moment van de verificatievergadering zullen vaak nog niet alle activa zijn geliquideerd, waardoor onduidelijk is hoe hoog het uitkeringspercentage zal zijn. Het is dus aannemelijk dat na de verificatievergadering uitdeling op de geverifieerde vorderingen in delen zal plaatsvinden. Het proces van 'regulier' uitdelen is relatief formeel en kan worden opgehouden doordat crediteuren bezwaar maken tegen de uitdelingslijst. Bij die stand van zaken kan het noodzakelijk zijn om ook na de verificatievergadering tussentijdse voorschotbetalingen (artikel 213ma e.v. Fw) te overwegen.
- 2.24. Tegen de achtergrond van het voorgaande, mede in het licht van de effectiviteit en doelmatigheid van de gewijzigde regelgeving, suggereren wij dat in plaats van de goedkeuring van de rechter-commissaris, een curator – mede tegen de achtergrond van het reeds toepasselijk juridisch kader van curatorenaansprakelijkheid – zelf verantwoordelijk is voor het verrichten van tussentijdse voorschotbetalingen. Daarin kan hij eventueel worden ondersteund door een crediteurencommissie. In dit kader geven wij in overweging dat het Wetsvoorstel zou kunnen verduidelijken dat DNB in voorkomende gevallen bij de aanvraag van het faillissement de rechtbank al verzoekt een crediteurencommissie in te stellen; in dit opzicht zou de wetgever artikel 74 Fw kunnen aanpassen om ook DNB de mogelijkheid te geven om een crediteurencommissie te vragen.
- 2.25. Alternatief opperen wij dat in de toelichting op het Wetsvoorstel opgenomen zou kunnen worden dat de rechter-commissaris op de voet van artikel 66 Fw enkele actuariële en juridische deskundigen kan benoemen die – rapporterend aan de rechter-commissaris – de curator kunnen ondersteunen in de vaststelling van de voorschotbetalingen.
- 2.26. Tot slot, lijkt het Wetsvoorstel te veronderstellen dat de curator de waardering en berekening van vorderingen die ter verificatie moeten worden ingediend, uitvoert en zo nodig daarover overleg voert met de schuldeiser/begunstigde. Dit overigens juiste uitgangspunt staat op gespannen voet met een uitspraak van de Hoge Raad van 28 november

2014 (ECLI:NL:HR:2014:3464) waarin de Hoge Raad – zakelijk weergegeven – overweegt dat de schuldeiser op grond van artikel 110 Fw zelf zijn vordering moet indienen, onderbouwd met bescheiden waaruit de omvang e.d. van de vordering blijkt. Voor een begunstigde onder een verzekeringpolis is dit ondoenlijk. De complexiteit van de berekeningen is enorm en het zou de afwikkeling van een faillissement ernstig bemoeilijken indien deze regel strikt gehanteerd zou worden. De wetgever zou op dit punt een verduidelijking kunnen aanbrengen.

vi. Afvloeiingsmechanisme opbrengst verkoop overbruggingsinstelling

- 2.27. Het Wetsvoorstel voorziet daarnaast in nadere regelgeving omtrent de inzet en de inrichting van overbruggingsinstellingen. Gelet op het huidige klimaat in de verzekeringssector, zien wij overbruggingsinstellingen – instellingen die worden opgericht door de toezichthouder en waaraan tijdelijk verzekeringsportefeuilles kunnen worden overgedragen (eventueel na korting van de polissen) in afwachting van een nadere verkoop aan een private partij – als een zeer nuttig onderdeel van het instrumentarium voor afwikkeling en herstel van verzekeraars.
- 2.28. Naar haar aard loopt de overdracht van een verzekeringsportefeuille (althans activa en passiva) aan een overbruggingsinstelling vooruit op de verkoop aan een private partij, om welke reden de uiteindelijke verkoopprijs in de markt lastig te voorspellen is. Het is niet ondenkbaar dat een korting van de verzekeringsaanspraken aan begunstigten plaatsvindt¹¹ bij de overdracht aan een overbruggingsinstelling, waarna bij verkoop aan een private partij uiteindelijk een verkoopopbrengst wordt gerealiseerd. Indien de nettoverkoopopbrengst aan de failliete verzekeraar wordt uitgekeerd – waar de vorderingen van de begunstigten uit hoofde van de korting resteren – is aannemelijk dat met de verkoopopbrengst eerst hoger gerangschikte schuldeisers worden voldaan en de opbrengst niet bij de begunstigten terecht komt. Dit lijkt ons onwenselijk.
- 2.29. In onze visie zou een eventueel verkoopsurplus, nadat de financieringskosten voor de overbruggingsinstelling zijn voldaan, ten goede moeten komen aan de begunstigten onder verzekeringsovereenkomsten die met een wijziging van hun verzekeringsovereenkomst zijn geconfronteerd. Deze doelstelling kan in de statuten van de overbruggingsinstelling of eventuele houdstervenootschap van de overbruggingsinstelling worden opgenomen. De overbruggingsinstelling kan rechtstreeks betalingen verrichten aan begunstigten van wie aan de hand van de administratie van de (failliete) verzekeraar blijkt dat hun verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een verkoop is gewijzigd.

¹¹ Zoals ook geschetst in § 2.8 e.v.

2.30. In een rekenvoorbeeld kan dat als volgt worden uitgewerkt. Stel dat een verzekeringsportefeuille bestaat uit totaal EUR 100 miljoen aan homogene verzekeringsverplichtingen. Voor overdracht aan de overbruggingsinstelling worden de begunstigden met 5% gekort (de verzekeringsverplichtingen bedragen dan nog EUR 95 miljoen), waardoor activa en passiva van de verzekeringsportefeuille *going forward* in balans zijn. Indien een private partij de activa en passiva nadien voor EUR 100 miljoen aankoopt van de overbruggingsinstelling, voldoet de overbruggingsinstelling het verkoopsurplus van EUR 5 miljoen (verminderd met de oprichtingskosten) rechtstreeks aan de 'gekorte' polishouders. Dit surplus loopt zodoende niet via het (faillissements)vermogen van de initiële verzekeraar.

3. Conclusie

3.1. Het Wetsvoorstel voorziet in enkele belangrijke verbeteringen van het geldende recht die essentieel zijn om de problematiek omtrent een *distressed* verzekeraar te adresseren. Wij complimenteren u en uw ambtenaren dan ook met een gedegen Wetsvoorstel dat in voorkomende gevallen zeker zal bijdragen aan een efficiënt herstel of afwikkeling van verzekeraars.

3.2. Wij noemen in deze brief enkele aandachtspunten waarmee mogelijk rekening kan worden gehouden bij de nadere uitwerking van het (concept) Wetsvoorstel. Wij hopen dat onze opmerkingen kunnen bijdragen aan een goede wettelijke regeling en zijn gaarne tot een verdere toelichting bereid.

Hoogachtend,

R.J. Schimmelpenninck

C. Zijdeveld

J. Vossenbergh

J.R.R. den Hollander