

Vergaderjaar 2017–2018

34 842

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Het wetsvoorstel strekt tot versterking en uitbreiding van het afwikkelingskader voor verzekeraars. Deze toelichting wordt gegeven in overeenstemming met de Minister voor Rechtsbescherming.

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

Ook de schadeverzekeringssector staat onder druk. Technologische innovaties kunnen een negatieve invloed hebben op bestaande schadeverzekeraars. Door de situatie op de levensverzekeringsmarkt zijn ook de groeiambities van aanbieders op de schadeverzekeringsmarkt toegenomen, waardoor als gevolg van de concurrentie de marges lager zijn geworden. Ook de beleggingsrendementen zijn lager.¹ Voorts voeren sommige schadeverzekeraars branches die kenmerken hebben van de

¹ In 2015 is het premievolume bij schadeverzekeraars één procent gedaald. Schadeverzekeraars behaalden een gemiddeld negatief resultaat van één procent. Alleen dankzij de opbrengsten van de beleggingen was het eindresultaat nog positief.

levensverzekeringsbranche en daarvoor geldt grotendeels hetzelfde als hiervoor is opgemerkt ten aanzien van de levensverzekeringsbranche.

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

Zoals ook in de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Verzekeraars² is aangegeven is het noodzakelijk om het huidige instrumentarium ten aanzien van herstel en afwikkeling van (insolvente) verzekeraars aan te passen, te versterken en uit te breiden. Het ongecontroleerd afwikkelen van een verzekeraar kan vanwege zijn maatschappelijke functie, het risico op besmettingseffecten binnen een verzekeringsgroep en het effect op het vertrouwen in verzekeraars leiden tot aanzienlijke maatschappelijke onrust.

Om de belangen van polishouders ook wanneer een verzekeraar dusdanig in de financiële problemen is dat DNB de vergunning intrekt, zo veel mogelijk te beschermen, is een effectief en efficiënt kader voor de ordentelijke afwikkeling van een verzekeraar wenselijk. Om die reden is het huidige kader tegen het licht gehouden. Daaruit is de conclusie getrokken dat het huidige instrumentarium ten aanzien van herstel en afwikkeling van (insolvente) verzekeraars niet optimaal kan functioneren in het huidige tijdsgewricht en nodig versterkt en uitgebreid dient te worden. De huidige wet- en regelgeving voorziet weliswaar reeds in interventiemogelijkheden voor de toezichthouder in geval van financiële problemen. Echter, onderdelen daarvan, zoals de opvangregeling levensverzekeraars zijn inmiddels niet meer goed toepasbaar gelet op de vernieuwde Europese regels op het gebied van geoorloofde staatsteun.

Daar komt bij dat de ervaringen tijdens en na de kredietcrisis hebben geleerd dat ook de grootste verzekeraars worden geraakt door een dergelijke crisis. De opvangregeling levensverzekeraars was destijds dan ook niet toepasbaar mede omdat die regeling niet toereikend is voor grotere levensverzekeraars. Ook is het huidige instrumentarium niet ingericht op de grote aantallen polishouders die verzekeraars in de huidige tijd kunnen hebben. In het nieuwe afwikkelingskader wordt daarom niet alleen rekening gehouden met de kans op financiële problemen bij een middelgrote of kleine levensverzekeraar, maar juist ook bij de grote verzekeringsgroepen.

Hierbij is inspiratie opgedaan bij de zogenoemde *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* («Key Attributes» of KA) van de Financial Stability Board van de G20 (hierna: FSB) en de nieuwe interventiemogelijkheden die de Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)³ voor banken biedt.

² Kamerstukken II 2014/15, 32 013, nr. 101. Zorgverzekeraars maakten geen deel uit van dit onderzoek.

³ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

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

Internationale context; aanbevelingen van de Financial Stability Board en EIOPA

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

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

De KA geven de hoofdelementen weer die volgens de FSB nodig zijn voor een effectief afwikkelingsregime. Het doel van een dergelijk regime is om afwikkeling van een verzekeraar uitvoerbaar te maken zonder ernstige systeemverstoringen en zonder belastingbetalers bloot te stellen aan verliezen, terwijl vitale economische functies worden beschermd door mechanismes die het mogelijk maken aandeelhouders en crediteuren verliezen te laten absorberen op een manier die de hiërarchie in faillissement respecteert. Voor verzekeraars dient het afwikkelingsregime daarnaast nog een specifiek doel te hebben, namelijk de bescherming van de polishouders. Dit betekent echter niet dat polishouders onder alle omstandigheden volledige beschermd zijn en sluit dan ook niet uit dat polishouders verliezen moeten absorberen.

Een afwikkelingsregime voor verzekeraars moet:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ook dient de zekerheidstelling voor crediteuren door een zekerheidsrecht geborgd te zijn. Hierbij beveelt de FSB aan dat het juridisch kader hiervoor helder, transparant en uitvoerbaar is zodat deze de effectieve implementatie van afwikkelingsmaatregelen niet belemmert.

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

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

In dit wetsvoorstel is geregeld dat alle verzekeringsgroepen en zelfstandige verzekeraars die vallen onder de richtlijn solvabiliteit II⁴ voorbereidende crisisplannen opstellen. DNB stelt voor deze verzekeraars en verzekeringsgroepen afwikkelingsplannen op en evalueert deze periodiek. Invulling van deze plannen dient proportioneel te zijn. Daarnaast krijgt DNB de bevoegdheid om van deze verzekeraars aanpassingen te eisen indien zij niet goed afwikkelbaar zijn. De verzekeraars met beperkte risico-omvang vallen niet onder dit onderdeel van het wetsvoorstel.

Aanbevelingen vanuit EIOPA

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

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

EIOPA beschrijft een proces van opeenvolgende fasen voordat afwikkeling overwogen dient te worden, namelijk van crisispreventie-toezicht-herstel-afwikkeling. Er dienen dan ook specifieke triggers te worden bepaald wanneer overgegaan wordt naar een volgende fase. Ook de verantwoordelijkheden van de verschillende betrokken autoriteiten dienen duidelijk aangegeven te zijn. EIOPA geeft aan dat deze triggers normaal gesproken

⁴ 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 herververkeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2009, L 335).

gebaseerd zijn op een set aan financiële drempelwaarden, aangevuld met het oordeel van deskundigen om zo een bepaalde mate van flexibiliteit in te bouwen.

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

§ 2. Bestaand instrumentarium

In de huidige wet bestaan ter voorkoming van een liquidatie in faillissement of ter voorbereiding van een ordelijke liquidatie in faillissement verschillende procedures naast elkaar: de overdrachtsregeling, de noodregeling – al dan niet met een overdrachtsplan – en de opvangregeling voor levensverzekeraars. Voor een deel overlappen deze procedures elkaar. Zo is een overdracht van activa en passiva of de portefeuille niet alleen in de overdrachtsregeling en de noodregeling mogelijk, maar ook in de opvangregeling levensverzekeraars. Tegelijkertijd zijn in de ene procedure maatregelen mogelijk die in een andere procedure niet mogelijk, of slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn, zonder dat voor dat verschil goede gronden bestaan. Als voorbeeld kan worden genoemd dat in een overdrachtsplan in een noodregeling kan worden voorzien in een wijziging van de verzekering, met inbegrip van verkorting en de duur, maar dat in de noodregeling zonder overdracht een dergelijke wijziging van de verzekeringsovereenkomst niet mogelijk is.

Het verdient de voorkeur een unieke, alomvattende procedure in te voeren, waarbinnen DNB voor de maatregel kan kiezen die in een concreet geval het meest passend is. Dit leidt ertoe dat de bestaande procedures worden omgevormd tot een afwikkelingsinstrumentarium. Dit afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars wordt, waar mogelijk, op dezelfde leest geschoeid als het afwikkelingsinstrumentarium voor banken en beleggingsondernemingen in de artikelen 3A:27 en volgende. De overdrachtsregeling, de noodregeling en de opvangregeling voor levensverzekeraars worden afgeschaft en daarvoor in de plaats komt een ander afwikkelingsinstrumentarium en worden bepaalde bevoegdheden van de noodregeling overgeheveld naar de Faillissementswet.

Overdrachtsregeling

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

gingsinstelling of een entiteit voor het beheer van activa of passiva. Dat is zo en blijft zo.

Noodregeling

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

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

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

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

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

De conclusie is dat het nieuwe afwikkelingsinstrumentarium de noodregeling overbodig maakt. Het is evenwel niet de bedoeling om met het schrappen van de noodregeling bevoegdheden die aan de bewindvoerder in de noodregeling wel maar aan de curator in faillissement niet zijn toegekend en die nuttig kunnen zijn, in de situatie dat een verzekeraar in

faillissement wordt geliquideerd, te laten vervallen. Om die reden wordt een aantal bevoegdheden uit de noodregeling overgebracht naar de Faillissementswet. Het betreft in ieder geval de machtiging aan de bewindvoerder om tot overdracht van verzekeringsovereenkomsten van een verzekeraar over te gaan zonder dat daarvoor instemming van de polishouders is vereist alsmede de bevoegdheid van de bewindvoerder om met machtiging van de rechter bij overdracht van rechten en verplichtingen krachtens verzekering over te gaan tot wijziging van de verzekeringsovereenkomsten, alsmede om de duur van de verzekering te verkorten (art. 3:195, eerste lid).

Opvangregeling levensverzekeraars

Een van de thans geldende instrumenten om problemen bij een verzekeraar het hoofd te bieden is de zogenoemde opvangregeling levensverzekeraars.⁵

Naar aanleiding van het faillissement van levensverzekeraar Vie d'Or in 1995⁶ is overwogen dat de toenmalige Verzekeringskamer (nu DNB) met een snelle toetsing vooraf door de rechter de bevoegdheid zou moeten krijgen om een levensverzekeraar te dwingen zijn portefeuille over te dragen voordat de situatie dusdanig was verslechterd dat korting van de rechten van polishouders noodzakelijk werd.

DNB kan in het kader van de opvangregeling besluiten tot herverzekering door een opvanginstelling of overdracht van de portefeuille aan een opvanginstelling.⁷ In geval van herverzekering van de portefeuille worden de verplichtingen van de levensverzekeraar uit directe verzekering geheel of gedeeltelijk herverzekerd bij een door DNB aan te wijzen opvanginstelling. In geval van overdracht van de portefeuille worden de rechten en verplichtingen van de levensverzekeraar uit directe verzekering overgedragen aan een door DNB aan te wijzen opvanginstelling. De opvanginstelling brengt daarbij het solvabiliteitskapitaalvereiste op de vereiste omvang. Voor de uitvoering van de opvangregeling wordt een bedrag beschikbaar gesteld. Dit bedrag is ten hoogste circa 134 miljoen euro per opvang en wordt gefinancierd door de sector. De opvangregeling was door de beperking van de beschikbaar te stellen middelen bedoeld om kleine en middelgrote levensverzekeraars op te vangen en biedt geen soelaas voor de grootste levensverzekeraars. Ten tijde van het ontwerpen van de regeling waren er meer kleine en middelgrote levensverzekeraars. Indertijd waren er in totaal ongeveer 100 levensverzekeraars, nu ongeveer 40. Door consolidatie in de markt is de inzetbaarheid van de regeling sterk verminderd. Bovendien is de opvangregeling beperkt tot levensverzekeraars en biedt het geen soelaas voor andere verzekeraars.

Op 10 juli 2013 heeft de Europese Commissie (EC) een nieuwe bankenmededeling gepubliceerd voor de beoordeling van steunmaatregelen vanaf 1 augustus 2013.⁸ Deze mededeling, alhoewel vooral geënt op banken, geldt evenzeer voor steun aan verzekeraars. Vanaf 1 augustus 2013 geldt dat een verzekeraar voordat staatssteun kan worden ontvangen eerst alle andere kapitaal genererende maatregelen moet uitputten, inclusief de omzetting van achtergestelde schuld. Lidstaten zullen daarbij, voordat aan een verzekeraar steun mag worden verleend, ervoor moeten zorgen dat

⁵ Afdeling 3.5.4. Wft.

⁶ Nadat in 1993 de noodregeling was uitgesproken.

⁷ Artikel 3:152 Wft.

⁸ Mededeling van de Europese Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis («Bankenmededeling»).

de aandeelhouders en houders van achtergesteld kapitaal voor de vereiste bijdrage zorgen. Ook mogen bedrijven niet bevoordeeld worden door de steun.

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

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

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

§ 3. Nieuwe wettelijk kader voor afwikkeling van verzekeraars

a. Reikwijdte

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

Dat wil overigens niet zeggen dat voor elk van deze typen verzekeraars afwikkeling op grond van dit voorstel in dezelfde mate in de rede ligt. Afwikkeling ligt, om redenen waarop hieronder nader zal worden ingegaan, in ieder geval voor levensverzekeraars meer voor de hand dan voor schadeverzekeraars. Zorgverzekeraars vormen voorts nog een bijzondere categorie waarvoor geldt dat in ieder geval ten aanzien van de zorgverzekering de polishouder geen risico loopt op onbetaalde vorderingen op zijn zorgverzekeraar voor zorgkosten als gevolg van het falen van een zorgverzekeraar. Immers, in het geval een polishouder een natura zorgverzekering heeft, heeft de zorgaanbieder een vordering op de zorgverzekeraar en niet op polishouder. En in het geval de polishouder

een restitutie zorgverzekering heeft, heeft de zorgaanbieder weliswaar een vordering op de polishouder, maar wordt de vergoeding voor zorgkosten waar de polishouder uit hoofde van de zorgverzekering recht op heeft ingevolge de Zorgverzekeringswet voldaan door het Zorginstituut Nederland.

Dat neemt niet weg dat ook voor schadeverzekeraars, waaronder ook zorgverzekeraars, geldt dat niet ondenkbaar is dat afwikkeling met behulp van de in dit hoofdstuk geïntroduceerde instrumenten in bepaalde gevallen te prefereren valt boven faillissement. Dit kan het geval zijn voor de gehele onderneming of voor delen, bijvoorbeeld voor het deel van een schadeverzekeraar dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verzorgt. Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en ongevallenverzekeringen hebben veel kenmerken gemeen met levensverzekeringen (bijvoorbeeld een actuariële grondslag, inkomensvoorziening en mogelijk periodieke uitkeringen). Het ligt dan voor de hand die verzekeringen hetzelfde te behandelen als levensverzekeringen. Ook indien een schadeverzekeraar een heel groot marktaandeel zou hebben, kan het wenselijk zijn die verzekeraar af te wikkelen. Hierdoor krijgt de markt tijd om de toeloop op te vangen. Om die redenen is ervoor gekozen geen onderscheid te maken tussen de branches maar het hoofdstuk op alle verzekeraars van toepassing te laten zijn.

Ook professionele herverzekeraars (herverzekeraars die uitsluitend herverzekeringen aanbieden) vallen onder de reikwijdte van dit hoofdstuk, zij het dat alleen de doelstellingen genoemd in artikel 3A:84, onderdelen b tot en met d op hen van toepassing zijn. Onderdeel a (bescherming van de belangen van gerechtigden op vorderingen krachtens directe verzekering) is niet op hen van toepassing, omdat zij als polishouders uitsluitend andere verzekeraars hebben. De bescherming van hun belangen zijn niet de belangen waarop het onderhavige wetsvoorstel ziet. Indien als gevolg van het falen van een professionele herverzekeraar een aantal directe verzekeraars in problemen zou komen omdat er een gebrek ontstaat aan herverzekeringcapaciteit dan is een aanleiding om afwikkeling van een herverzekeraar te overwegen. De in aanmerking komende doelstelling is dan het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen.

De allerkleinste verzekeraars, schadeverzekeraars en natuura-uitvaartverzekeraars die niet meer dan 12.500 euro per keer mogen verzekeren (en aan andere eisen voldoen) staan met ingang van 1 januari 2016 niet meer onder toezicht van DNB. Zij zijn om die reden ook uitgesloten van toepasselijkheid van dit kader van herstel en afwikkeling. Dit geldt niet voor de verzekeraars met beperkte risico-omvang die onder toezicht van DNB staan; voor hen geldt wel dat dit kader van toepassing kan zijn. Overigens zal afwikkeling van een dergelijke verzekeraar een stuk eenvoudiger zijn dan de afwikkeling van een grote verzekeraar. In het kader van de proportionaliteit wordt voorgesteld af te zien van de eis van het opstellen van een voorbereidend crisisplan en afwikkelingsplan. Alleen van verzekeringsgroepen en zelfstandige verzekeraars met de richtlijn solvabiliteit II vergunning wordt verwacht dat ze een voorbereidend crisisplan opstellen.

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

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

Uitgangspunt is dat de betreffende ondernemingen elk hun zetel in Nederland dienen te hebben. Indien sprake is van een internationale groep met ondernemingen in verschillende lidstaten kunnen de in dit hoofdstuk opgenomen bevoegdheden slechts worden uitgeoefend jegens in Nederland gevestigde ondernemingen. Dat neemt niet weg dat bijvoorbeeld de plannen in de voorbereidingsfase en eventuele maatregelen om belemmeringen voor afwikkelbaarheid weg te nemen kunnen raken aan de buitenlandse onderdelen van een verzekeringsgroep.

De omstandigheid dat de bevoegdheden slechts jegens in Nederland gevestigde ondernemingen kunnen worden uitgeoefend, betekent niet dat de maatregelen geen gevolgen zouden kunnen hebben in andere lidstaten, of zelfs derde landen.

Met betrekking tot de werking in andere lidstaten van maatregelen die DNB neemt op grond van dit wetsvoorstel, wordt het volgende opgemerkt. Een afwikkelingmaatregel valt onder de definitie van «saneringsmaatregel» in artikel 268, eerste lid, onderdeel c, van de richtlijn solvabiliteit II. Het is immers een maatregel die enigerlei optreden van de bevoegde instanties (waaronder mede begrepen een administratieve instantie, zoals DNB) behelst en die bestemd is in de financiële positie van een verzekeraar in stand te houden of te herstellen, en van dien aard is dat de maatregel de bestaande rechten van andere partijen dan de verzekeraar zelf aantast; daartoe behoort onder meer en niet uitsluitend een maatregel die verlaging van schuldvorderingen behelst.

Op grond van artikel 269, eerste lid, is alleen de bevoegde instantie van de lidstaat van herkomst bevoegd; met betrekking tot een verzekeraar die onder toezicht van DNB staat, is DNB dus eveneens met betrekking tot de afwikkeling bevoegd. Op grond van artikel 269, derde lid, van richtlijn solvabiliteit II is Nederlands recht van toepassing, behoudens uitzonderingen. In dit verband wordt opgemerkt dat de gevolgen van de maatregel voor lopende overeenkomsten waarbij de verzekeraar partij is, een van de voorbeelden is die worden genoemd van een onderwerp dat wordt beheerst door het recht van de lidstaat van herkomst. Dit voorbeeld wordt genoemd in artikel 274, eerste lid, van de richtlijn solvabiliteit II met betrekking tot liquidatie, maar geldt evenzeer voor een saneringsmaatregel. Zelfs indien op een overeenkomst het recht van een ander land dan Nederland van toepassing is, worden de *gevolgen van de maatregel*, in het bijzonder bail-in, beheerst door Nederlands recht.

Tot slot wordt gewezen op artikel 269, vierde lid, van de richtlijn solvabiliteit II, op grond waarvan een volgens de wetgeving van de lidstaat van herkomst vastgestelde saneringsmaatregel zonder verdere formaliteiten volledige rechtswerking heeft in de gehele Europese Unie, zelfs indien de wetgeving van een andere lidstaat niet in een dergelijke saneringsmaatregel voorziet of de tenuitvoerlegging daarvan afhankelijk stelt van voorwaarden die niet zijn vervuld. De conclusie is dat een maatregel als bail-in eveneens werkt in andere lidstaten. Wanneer een vordering wordt verlaagd tot nihil, wordt deze vordering geacht te zijn voldaan, en kan die vordering dus niet langer worden verhaald op in een andere lidstaat gelegen vermogensbestanddelen.

Met betrekking tot de verhouding met derde landen wordt het volgende opgemerkt. Geen bepaling in de Wft verhindert dat DNB vermogensbestanddelen in derde-landen in de afwikkeling betreft. Vergelijk in dit verband HR 15 april 1955, NJ 1955, 542 (Comfin). Deze uitspraak had betrekking op de werking van een Nederlands faillissement in andere landen en is nog steeds geldend recht. Of door DNB genomen maatregelen ook buiten de Unie werken, hangt af van het antwoord op de vraag of het desbetreffende derde land die werking op zijn grondgebied erkent.

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

Indien sprake is van een financieel conglomeraat, een groep waarvan zowel een verzekeraar als een bank deel uitmaakt, geldt dat de bevoegdheden uit dit hoofdstuk kunnen worden toegepast op, kort gezegd, de verzekeringsonderdelen van de groep en de bevoegdheden uit hoofdstuk 3A:1 op de «bankdelen». Indien een entiteit valt onder het bereik van beide hoofdstukken (bijvoorbeeld een gemengde financiële holding) en voor die entiteit in beide «takken» aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan, gaat hoofdstuk 3A:1 gelet op de communautaire achtergrond van dat hoofdstuk voor.

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

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

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

Het voorbereidend crisisplan

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

voldoen. De maatregelen die de verzekeraar kan treffen, kunnen bestaan uit verhoging van het kapitaal of verlaging van het risicoprofiel.

Het voorbereidend crisisplan dient ervoor te zorgen dat een verzekeraar in financieel gezonde tijden nadenkt over de te nemen stappen voor de situatie waarin hij de solvabiliteitsvereisten (SCR/Minimum Capital Requirement (MCR)) doorbreekt of dreigt te doorbreken. Het voorbereidend crisisplan moet door de verzekeraar worden opgesteld en zo nodig worden geactualiseerd ter voorbereiding op het ontstaan van eventuele financiële problemen. Het doel van het plan is om oplossingen aan te reiken voor mogelijke crisissituaties voor de betrokken verzekeraar en gaat hierbij nadrukkelijk in op de financiële, operationele en juridische haalbaarheid van deze oplossingen. Is het bijvoorbeeld realistisch in die situatie nog te denken aan een aandelenuitgifte of aan het afstoten van bedrijfsonderdelen? Leveren die onderdelen een redelijke prijs op en welk effect heeft de verkoop op de solvabiliteitspositie? De eerste gedachte zal zijn dat verkoop de solvabiliteitspositie verbetert, maar dat behoeft niet zo te zijn, omdat de verzekeraar door die verkoop minder gediversifieerd kan raken en dan juist een hogere solvabiliteit moet aanhouden. Kortom, de verzekeraar zal inzicht moeten geven in welke mate er nog herstelmogelijkheden zijn. Het hiervoor besproken herstelplan en ook het financieel kortetermijnplan zijn aan de orde in concrete situaties waarin de verzekeraar daadwerkelijk niet meer voldoet aan de solvabiliteitsvereisten. Zij worden opgesteld op het moment dat zich al problemen voordoen en voorzien in concrete maatregelen om die problemen het hoofd te bieden. Bij het opstellen van het herstelplan en financieel kortetermijnplan kan worden geprofiteerd van het voorbereidend crisisplan.

Momenteel heeft DNB reeds een algemene bevoegdheid om verzekeraars te vragen voorbereidende crisisplannen op te stellen in het kader van goed risicomanagement, op basis van de eisen voor beheerste bedrijfsvoering. De grote verzekeringsgroepen in Nederland dienen reeds enkele jaren een dergelijk plan in. Deze plannen worden eens in de drie jaar herzien en zo nodig tussentijds geactualiseerd wanneer zich een wezenlijke verandering in de organisatie of bedrijfsvoering van de verzekeraar voordoet die noodzaakt tot aanpassing van het plan.

Door de wettelijke bevoegdheid te expliciteren voor het opvragen van een voorbereidend crisisplan wordt verduidelijkt wat het plan beoogt. In die plannen zullen, naast een grondige beschrijving van de verzekeraar, de volgende elementen naar voren komen.

- i) De crisisscenario's. Dit zijn de scenario's die worden uitgewerkt en die passen bij het risicoprofiel.
- ii) De triggers voor activering van het voorbereidend crisisplan zoals het doorbreken van de SCR of MCR.
- iii) De identificatie van herstelmaatregelen. Voorbeelden van maatregelen zijn het verlagen van kosten, aantrekken van kapitaal, verkoop van bedrijfsonderdelen en het verlagen van het risicoprofiel.
- iv) De mate van inzetbaarheid en indicatie van het financiële en operationele effect van de maatregel. De verzekeraar zal inzicht moeten geven in de verwachte opbrengst van de maatregel in termen van de solvabiliteitspositie en de tijdsduur van implementatie. Ook zal de verzekeraar vooraf een beeld moeten hebben wie er op welke wijze betrokken dient te worden. Het gaat daarbij zowel om de interne communicatielijnen en besluitvormingsprocedures als om de externe communicatieplannen. Het doorbreken van de SCR of de MCR is als zodanig onder de richtlijn solvabiliteit II richtlijn een reden om de solvabiliteitspositie extern te communiceren.

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

Het Verbond van Verzekeraars merkt op dat een koppeling van het voorbereidend crisisplan aan de ORSA aan de herstelfase logisch is, maar niet aan de afwikkelingsfase. Dit wordt onderschreven. Indien een verzekeraar de door hemzelf vastgestelde SCR onderschrijft, is het logisch dat hij op dat moment maatregelen neemt om die ondergrens weer te bereiken. Het voorbereidend crisisplan geeft een beeld welke maatregelen de verzekeraar nog kan nemen. Indien gewacht zou worden met het nemen van maatregelen totdat de SCR wordt onderschreden, zal blijken dat een aantal maatregelen in de praktijk niet meer haalbaar kunnen zijn, zoals een kapitaaluitbreiding.

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

Het afwikkelingsplan

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

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

Op basis van de afwikkelingsplannen beoordeelt DNB de afwikkelbaarheid van de verzekeraar en kan zij de verzekeraar verplichten specifieke maatregelen te treffen om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen. Op het moment dat DNB na de voorgenoemde beoordeling wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van die verzekeraar identificeert, heeft zij de bevoegdheid om deze belemmeringen weg te laten nemen door de verzekeraar. Dit kan bijvoorbeeld door financiële, juridische en operationele verwevenheden binnen een verzekeringsgroep op voorhand in kaart te brengen en indien nodig te beperken, zodat deze niet in de weg staan aan een eventuele overdracht van onderdelen van die groep. Zo zal binnen de ICT systemen gewerkt kunnen worden met een dusdanige scheiding van processen dat het ICT systeem relatief eenvoudig gesplitst kan worden, als dit nodig is.

De gedachten achter deze voorgenomen bevoegdheden zijn vooraf inzicht te krijgen in de consequenties van het afwickelen van een verzekeraar binnen een verzekeringsgroep om zo besmetting binnen een verzekeringsgroep voor zover dat mogelijk is te beperken en de afwikkeling van een complexe groep zo efficiënt mogelijk te laten verlopen, met optimale belangenbehartiging voor alle polishouders.

c. Afwikkelingsfase

Besluit tot afwikkeling en verhouding going concern SII

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

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

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

voldoen aan de MCR, is de toezichhouder genoodzaakt om de vergunning van de verzekeraar in te trekken.

Gelet op het feit dat deze interventieladder afkomstig is uit de richtlijn solvabiliteit II, dient deze in beginsel te worden gevolgd alvorens afwikkeling aan de orde kan zijn. Dat wil zeggen dat niet eerder kan worden afgewikkeld dan nadat de herstel mogelijkheden uit de richtlijn solvabiliteit II zonder resultaat zijn uitgeput. Dat betekent overigens niet dat te allen tijde de daarbij behorende termijnen ook dienen te zijn verstreken. Indien reeds voor het verstrijken van de termijn duidelijk is dat de verzekeraar er niet in zal slagen metterdaad het kapitaal tot het vereiste niveau aan te vullen kan reeds tot afwikkeling worden besloten. In bijzondere gevallen valt zelfs niet uit te sluiten dat kan worden geïnterveneerd alvorens de SCR is onderschreden; hierbij dient wel vast te staan dat de ontwikkeling in de financiële positie van dien aard is dat een onderschrijding van de SCR en vervolgens van de MCR onontkoombaar zijn en dat uitvoering van de herstelplannen geen soelaas zal bieden.

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

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

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

- de verzekeraar maakt op de een zodanige wijze inbreuk op de wettelijke eisen, de vergunningsvereisten of de daaraan verbonden voorwaarden, of er bestaan objectieve aanwijzingen ter ondersteuning van de veronderstelling dat de verzekeraar in de nabije toekomst op zodanige wijze daarop inbreuk zal maken, dat intrekking van de vergunning gerechtvaardigd is;
- de waarde van de activa van de verzekeraar is geringer dan de waarde van de passiva, of er zijn objectieve aanwijzingen voor de veronderstelling dat de activa van de verzekeraar in de nabije toekomst geringer zullen zijn dan zijn passiva;
- de verzekeraar is niet in staat of er objectieve zijn aanwijzingen voor de vaststelling dat de verzekeraar in de nabije toekomst niet in staat zal zijn zijn schulden of andere passiva te betalen wanneer deze opeisbaar worden; of
- de verzekeraar heeft voor zijn voortbestaan bepaalde vormen van staatssteun nodig.

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

of ook tot afwikkeling van (andere entiteiten binnen) de groep moet worden overgegaan.

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

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

Als aan de eerste twee elementen is voldaan dient DNB te kiezen ofwel voor liquidatie ofwel voor afwikkeling op grond van dit hoofdstuk. Deze keuze is afhankelijk van het antwoord op de vraag of afwikkeling in het algemeen belang is. Daarbij wordt getoetst of het ingrijpen noodzakelijk en proportioneel is, gelet op de doelstellingen van afwikkeling, en of een normale faillissementsprocedure niet tot dezelfde resultaten zou leiden. Afwikkeling is in het openbaar belang indien een van de doelen genoemd in artikel 3A:84 door middel van toepassing van de instrumenten tot een beter resultaat leidt dan een faillissement. Daarbij geldt dat het doel van bescherming van polishouders in samenhang dient te worden gezien met een ander doel genoemd in artikel 3A:84 (te weten het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen of significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie). Hieruit volgt dat bij de beoordeling in hoeverre afwikkeling aan de orde is of «kan worden volstaan» met faillissement breder dient te worden gekeken dan enkel naar het belang van (een in theorie zeer kleine groep) polishouders. Bij de vraag in hoeverre bij de beoordeling of sprake zal kunnen zijn van het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen of significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie zijn verschillende factoren van belang. Het betreft de schaal van de activiteiten van de verzekeraar (hoeveel polishouders worden geraakt), het type verzekering (een inkomens- of kapitaalverzekering of een «eenvoudige» schadeverzekering) en bijvoorbeeld de vervangbaarheid van de verzekeringsovereenkomst op de markt (betreft het gangbare polissen of een nichemarkt). Daarbij zijn deze factoren niet uitputtend bedoeld en er zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld wat de mogelijke gevolgen van het falen van de verzekeraar zijn. In ieder geval kan worden gesteld dat afwikkeling voor (middel-)grote verzekeraars (>1 miljoen polishouders of > € 1 miljard aan technische voorzieningen) in de rede ligt.

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

Uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of tot afwikkeling moet worden overgegaan is de situatie bij de verzekeraar. Deze zal echter veelal met andere vennootschappen in een groep zijn verbonden. In de volgende gevallen zal tot afwikkeling van de gehele groep worden overgegaan. Dit is het geval indien, kort gezegd, zowel de moederonderneming als de verzekeraar afzonderlijk aan de voorwaarden voor afwikkeling voldoet. Er vindt in die zin een dubbele toets plaats. Er kan zich echter een situatie voordoen waarbij de verzekeraar wel aan die voorwaarden voldoet maar de moederonderneming niet of nog niet, maar afwikkeling van de gehele groep wel wenselijk is. Er kan tot afwikkeling van de gehele groep worden overgegaan indien het falen van de verzekeraar een bedreiging vormt voor ofwel de groep als geheel ofwel een andere verzekeraar in die groep, die zelf nog niet aan de voorwaarden voldoet. In alle gevallen moet ten minste een verzekeraar aan de voorwaarden voor afwikkeling voldoen. Indien een andere onderneming in de groep kampt met financiële problemen, maar de verzekeraar niet of nog niet aan de voorwaarden voor afwikkeling voldoet, kan niet op grond van dit hoofdstuk van de wet worden geïntervenieerd.

Bail-in

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

Wanneer een verzekeraar in de noodregeling of faillissement wordt geliquideerd, delen de aandeelhouders, houders van andere kapitaalinstrumenten (bijvoorbeeld Tier 1 of Tier 2 instrumenten) en andere reguliere schuldeisers vanzelfsprekend mee in de verliezen van de onderneming. Het huidige wettelijk kader kent geen publiekrechtelijke grondslag voor het toerekenen van verliezen aan aandeelhouders of schuldeisers buiten liquidatie. Een bevoegdheid om in een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement deze partijen verliezen te laten absorberen door afschrijving van aandelen en hybride of achtergestelde schuldinstrumenten of omzetting van deze laatste in aandelen is wenselijk.

Een belangrijk kenmerk van de balans van een verzekeraar is dat het overgrote deel van de passiefzijde bestaat uit verzekeringsverplichtingen (rechten van begunstigden van verzekeringen). Bij een solvabiliteitstekort van enige omvang zullen dan ook snel deze verplichtingen in beeld komen. Het huidige wettelijk kader kent, zoals reeds opgemerkt, wel de mogelijkheid verzekeringsverplichtingen buiten een liquidatie in de noodregeling of faillissement af te schrijven. In de noodregeling kan een bewindvoerder in het kader van een portefeuilleoverdracht en met een bijzondere machtiging van de rechtbank verzekeringsovereenkomsten wijzigen.⁹ Met de inwerkingtreding van de implementatiewet richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggingsonderneming is deze bevoegdheid in het kader van de toepassing van de overdrachtsregeling

⁹ Artikel 3:195 Wft.

ook aan DNB toegekend.¹⁰ Een wijziging van de verzekeringsovereenkomst kan betekenen dat aanspraken uit een verzekeringsovereenkomst worden verminderd: een bail-in, of korting, van polishouders dus. Voorwaarde voor een dergelijke bail-in is nu nog wel dat verzekeringsovereenkomsten worden overgedragen aan een derde.

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

Vie d'Or

De levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or werd opgericht in 1985. Deze verzekeraar was in het begin van zijn bestaan vrij succesvol. De verzekeraar groeide snel hetgeen tot grote administratieve problemen leidde. Uiteindelijk is de verzekeraar vanwege wanbeheer op het administratieve en financiële vlak ten onder gegaan. De toenmalige Verzekeringskamer benoemde in november 1993 een stille bewindvoerder en nog datzelfde jaar werd de noodregeling uitgesproken. Een van de doelen van de noodregeling is de overdracht van de levensverzekeringssportefeuille mogelijk te maken. Dit geschiedt door de rechten van de polishouders te korten (bail-in). De gedachte is dat bij voldoende korting van de rechten van de polishouders de aanwezige verplichtingen weer in overeenstemming worden gebracht met de aanwezige activa, waardoor er bij verder normale omstandigheden vrijwel altijd een overnemende verzekeraar te vinden zou moeten zijn. Voor polishouders is het namelijk vaak voordeliger om een gekorte polis voort te zetten dan een nieuwe polis te moeten sluiten vanwege de met het sluiten van een nieuwe polis gepaard gaande kosten en de inmiddels hogere leeftijd van de verzekerde.

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

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

De mogelijkheid van bail-in van aandeelhouders, schuldeisers en polishouders wordt begrensd door het NCWO beginsel, dat bij toepassing van alle instrumenten in acht moet worden genomen.¹¹ Dit beginsel schrijft voor dat geen enkele schuldeiser grotere verliezen leidt dan hij zou hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. Dit uitgangspunt beschermt zowel aandeelhouders en schuldeisers wier vordering is geraakt door bail-in als aandeelhouders en schuldeisers wier vordering niet is overgedragen en die deze dus

¹⁰ Artikel 3:159o Wft.

¹¹ Artikel 3A:88 (NCWO)

moeten verhalen op het restant van de entiteit in afwikkeling. Hierbij moet overigens worden aangetekend dat niet elke schuldeiser (of polishouder) op dezelfde manier beter af behoeft te zijn bij afwikkeling dan in faillissement. Niet alle schuldeisers – zelfs niet met gelijke rang – behoeven in die zin volledig gelijk te worden behandeld mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat en zij allen nog steeds beter af zijn dan in het scenario dat de onderneming in faillissement zou zijn geliquideerd.

Zoals gezegd, bestaat het overgrote deel van de passiefzijde van een verzekeraar uit verzekeringsverplichtingen (rechten van begunstigen) wat betekent dat bij bail-in al snel deze verplichtingen in beeld komen. In de bijzondere rangregeling¹² is bepaald dat vorderingen uit verzekering bevoorrecht zijn. Dat roept de vraag op naar de mogelijkheden voor bail-in van deze vorderingen gegeven het uitgangspunt dat rechthebbenden niet slechter af mogen zijn dan in faillissement. Een van de doelstellingen van afwikkeling is bescherming van de belangen van polishouders. Dit laatste brengt met zich dat de polishouders beter af zullen moeten zijn dan in faillissement om afwikkeling en bail-in te rechtvaardigen.

Als de verzekeraar bij wijze van voorbeeld de laagste solvabiliteitseis (MCR) doorbreekt en DNB daarop de vergunning intrekt en tot afwikkeling overgaat, is bij de verzekeraar vaak nog eigen vermogen aanwezig. Onder de richtlijn solvabiliteit II is het verplicht om alle activa en passiva te waarderen op marktwaarde, zijnde de prijs die een onafhankelijke derde zou betalen. Als DNB de verzekeraar in afwikkeling plaatst bij het doorbreken van de MCR zouden er dus voldoende activa (beleggingen) moeten zijn om de conform de richtlijn solvabiliteit II gewaardeerde verzekeringsverplichtingen te dekken.¹³ Daarbij zit in de MCR nog een buffer ten opzichte van de verplichtingen.¹⁴

Omdat een faillissement in beginsel ongunstiger is dan de situatie waarin de polis door een verzekeraar wordt uitgediend, kan er ook als de voorzieningen voor polishouders nog volledig intact zijn, een grond zijn voor een korting van rechten. Polishouders krijgen te maken met kosten als ze de faillissementswaarde van de vordering uitgekeerd hebben gekregen en een nieuw verzekeringscontract sluiten. De nieuwe verzekeraar zal immers kosten in rekening brengen om het levensverzekeringcontract te kunnen uitvoeren. De polishouder lijdt schade doordat de nieuwe verzekeraar deze kosten in rekening brengt. Het betreft zowel de administratieve kosten als de kosten voor het overnemen van het risico. De vordering tot vergoeding van deze kosten is geen onderdeel van de bestaande vordering uit hoofde van verzekering van de polishouder op de verzekeraar in afwikkeling maar kan wel als schadevergoedingsvordering ter verificatie worden ingediend. Het wetsvoorstel voorziet in een verhoging van de rang van deze schadevergoedingsvordering.

Omdat de begunstigde bij de meeste producten van een levensverzekeraar belasting dient te betalen wanneer hij een uitkering ontvangt die hij niet aanwendt om een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten, zal de begunstigde zich gedwongen voelen een nieuwe levensverzekering af te sluiten bij een andere verzekeraar. Daarbij zal het te verzekeren risico bij

¹² Artikel 3:198, derde lid, Wft en artikel 213m, derde lid, Fw.

¹³ Hierbij wordt er, gemakshalve, vanuit gegaan dat de passiva en activa juist zijn gewaardeerd. Dit is niet vanzelfsprekend.

¹⁴ Hierbij moet er rekening worden gehouden dat de waarderinggrondslagen bij going concern kunnen verschillen met die bij liquidatie.

Bijvoorbeeld kan er een afslag noodzakelijk zijn bij illiquide assets, en kan de UFR niet marktconform zijn vastgesteld, waardoor de voorziening een ophoging behoeft.»

faillissement van de oude verzekeraar (pensionering/overlijden) niet verdwenen zijn; ook om die reden bestaat er een prikkel om opnieuw een verzekering af te sluiten. Vrijwel elke begunstigde zal dus met deze kosten te maken krijgen.

Polishouders met een premiedragende levensverzekeringsspolis met een rendementsgarantie die hoger is dan de risicovrije marktrente gaan er in faillissement sterk op achteruit omdat de rechten die gekoppeld zijn aan de nog te betalen premies geen onderdeel uitmaken van de verzekeringsvordering bij faillissement. Immers, alleen de vordering die gekoppeld is aan de al betaalde premies of koopsommen wordt contant gemaakt op de datum van faillissement of de eerste verjaardag van het faillissement. Bij voortzetten van de verzekering doet zich deze schade niet of in mindere mate voor, ook na een korting.

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

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

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

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

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

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

Toepassingsbereik van bail-in

Uitgangspunt van de toepassing van het instrument van bail-in is dat in beginsel alle schulden van de onderneming daaraan kunnen worden onderworpen. Dit gebeurt in de omgekeerde volgorde van die waarin die vorderingen in faillissement voor vergoeding uit de boedel in aanmerking zouden komen. Waar in faillissement aandeelhouders als laatste in aanmerking komen voor een uitkering uit de boedel worden zij als eerste aan de toepassing van bail-in onderworpen. Spiegelbeeldig geldt dat in faillissement houders van bepaalde vorderingen uit levensverzekering die op grond van de bijzondere rangregeling als een van de eersten voor een uitkering uit de boedel in aanmerking komen, als laatsten door bail-in worden geraakt. Hierbij worden vorderingen van gelijke rang in beginsel gelijk behandeld. Hiervoor geldt wel de uitzondering dat sommige vorderingen nooit aan bail-in worden onderworpen en in sommige gevallen DNB kan afzien van bail-in van bepaalde vorderingen (zie nader het artikelsgewijs deel van de memorie van toelichting).

Doelen van bail-in

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

Voor een verzekeraar geldt dat de continuering van de onderneming in haar volledigheid in veel gevallen niet aan de orde zal zijn. Het doel van afwikkeling en daarmee een doel van bail-in is veeleer om portefeuilles verzekeringsovereenkomsten en niet de verzekeraar als zodanig te continueren. Zoals gezegd is het voortzetten van de overeenkomst, zelfs met een korting, veelal voordeliger voor de polishouder dan het uitkeren van de contante waarde van de vordering in faillissement. Wanneer de verzekeringsovereenkomst wordt voortgezet maakt de polishouder, zoals hierboven reeds is opgemerkt, geen extra kosten om het verzekerde risico over te dragen. Het feit dat in dit wetsvoorstel een voorziening wordt getroffen om bij faillissement van een verzekeraar het de curator mogelijk te maken om de lopende uitkeringen te continueren, doet daaraan niet af. Een portefeuille verzekeringsovereenkomsten kan bij problemen van de verzekeraar, kort gezegd, op twee manieren worden voortgezet. Ten eerste via een herstart van de verzekeraar zelf (niet wordt bedoeld de doorstart na faillissement) en ten tweede via overdracht van de portefeuille aan een andere verzekeraar. Dit betekent dat een verzekeraar of verzekeringsgroep die in afwikkeling gaat op de volgende manieren, of een combinatie daarvan, kan worden afgewikkeld.

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

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

aantrekkelijk is om wel nieuwe verzekeringsovereenkomsten te sluiten; dan kan de verzekeraar daartoe besluiten.

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

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

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

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

Werking van bail-in

Voor verzekeraars geldt dat in de meeste gevallen zal worden gekozen voor toepassing van bail-in in de vorm van verlaging van de vordering. Anders dan bij banken waarbij conversie van schuld in eigen vermogen vrijwel altijd aan de orde zal zijn, is dit bij verzekeraars waarschijnlijk uitzondering.

Dat neemt niet weg dat in geval van een *going concern* omzetting aan de orde zal zijn. Hieronder zal nader worden ingegaan op de werking van het mechanisme van omzetting van vorderingen. Er is voor gekozen dit op gelijke wijze vorm te geven als in het bestaande Deel 3A voor banken. Als

voorbeeld wordt de situatie gebruikt dat vorderingen (passiva) worden omgezet in aandelen.

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

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

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

Het ligt in de rede dat DNB een termijn stelt waarbinnen de rechten op nieuw uit te geven aandelen moeten worden uitgeoefend. Wordt een dergelijk recht niet binnen deze termijn uitgeoefend, dan vervalt in beginsel het recht op nieuw uit te geven aandelen. Denkbaar is dat DNB een regeling treft voor rechthebbenden die niet tijdig tot uitoefening van hun recht konden overgaan. Dit kan bijvoorbeeld door een regeling te treffen die er toe leidt dat niet geclaimde aandelen na afloop van de termijn worden verkocht waarbij de opbrengst wordt gereserveerd voor het geval de rechthebbende zich op een later tijdstip alsnog meldt. Indien een voormalig schuldeiser zijn recht niet wil uitoefenen (omdat hij geen aandeelhouder wenst te worden) kan hij dat recht overdragen. Deze rechten zijn aldus overdraagbaar (verhandelbaar) tot het moment dat ze uiterlijk kunnen worden uitgeoefend»; daarna zijn de aandelen overdraagbaar. Zoals hierboven reeds meermaals is gememoreerd is ook omzetting van de vorderingen van polishouders in rechten op eigendomsinstrumenten een reële mogelijkheid. Het is zeer wel denkbaar dat polishouders gebruik zullen willen maken van de hiervoor geschetste mogelijkheid om hun rechten te vervreemden in plaats van aandeelhouder te worden van de verzekeraar in afwikkeling.

Overdrachtsinstrumenten

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

uitgegeven eigendomsinstrumenten. Thans wordt ingegaan op de overgangsinstrumenten.

Voorop wordt gesteld dat de huidige wet, sinds de invoering van de Interventiewet, reeds instrumenten kent waarmee een overgang kan worden bewerkstelligd. Het betreft, voor zover hier van belang, de overdracht van activa en passiva en de overdracht van aandelen. Deze indeling is gebaseerd op het object van de overdracht: wat wordt er overgedragen. De BRRD kent een indeling die grotendeels is gebaseerd op de verkrijger: op wie gaat iets over? Bij de implementatie van de BRRD is deze laatste indeling overgenomen. De nu voor de verzekeraars in te voeren overgangsinstrumenten sluiten op hun beurt weer aan bij de indeling die is gebaseerd op de BRRD. Inhoudelijk is er geen verschil.

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

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

ad 1. Het instrument van overgang van de onderneming

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

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

ad 2. het instrument van de overbruggingsinstelling

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

ad 3. het instrument van afsplitsing van activa en passiva

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

lingsinstrumenten worden toegepast teneinde een onterecht concurrentie-voordeel voor de falende entiteit te vermijden.

Waarborgen

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

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

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

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

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

Zorgverzekeringen

In de Zorgverzekeringswet zijn bepalingen opgenomen over zorgverzekeringen met het doel om de toegankelijkheid van de zorg te waarborgen. De Zorgverzekeringswet gaat alleen over zorgverzekeringen (de basisverzekering) en niet over de aanvullende verzekeringen. Het stelsel kent een verzekeringsplicht en een acceptatieplicht: men moet een zorgverzekering afsluiten en een zorgverzekeraar mag niemand weigeren. Daarnaast is er een verbod op premiedifferentiatie en is de inhoud van het verzekerde pakket van overheidswege vastgesteld. De verzekerde heeft op grond van de zorgverzekering recht op zorg (naturapolis) of op vergoeding van de kosten van zorg (restitutiepolis). Door middel van risicoverevening krijgt de zorgverzekeraar jaarlijks een bijdrage die is afgestemd op het risico-profiel van zijn verzekerden. Op deze wijze wordt een gelijk speelveld tussen zorgverzekeraars gecreëerd en wordt doelmatige uitvoering van de zorg bevorderd. In de Zorgverzekeringswet is eveneens geregeld dat het Zorginstituut aan de verzekerde zijn vordering tot vergoeding van zorgkosten op de zorgverzekeraar voldoet indien de zorgverzekeraar failliet gaat. Als de zorgverzekeraar zijn vergunning verliest, zullen verzekerden een andere zorgverzekeraar moeten vinden om hun zorgverzekering voort te zetten. De acceptatieplicht en het verbod op premiedifferentiatie gelden ook in die situatie onverkort.

In dit wetsvoorstel is als volgt rekening gehouden met deze bijzondere kenmerken van de zorgverzekering. DNB kan, ondanks het feit dat polishouders voor de zorgverzekering geen risico lopen op onbetaalde vorderingen op hun zorgverzekeraars en de schade daarmee beperkt zal zijn, niettemin besluiten tot afwikkeling van een zorgverzekeraar. Het voordeel van een kortstondige afwikkeling van een zorgverzekeraar onder verantwoordelijkheid van DNB is dat klanten niet direct hoeven over te stappen naar een andere zorgverzekeraar. Dit is bij faillissement wel het geval. Ingevolge artikel 6 van de Zorgverzekeringswet eindigt de zorgverzekering van rechtswege bij het intrekken van de vergunning. Door gebruik te maken van afwikkeling kan gefaciliteerd worden dat klanten aan het eind van het jaar overstappen naar een andere zorgverzekeraar. Mocht de zorgverzekeraar gedurende de afwikkeling te weinig activa hebben om alle schade uit te keren, dan gaat de zorgverzekeraar uiteindelijk alsnog in faillissement en betaalt het Zorginstituut de laatste nog onbetaalde vorderingen met betrekking tot de zorgverzekering van de verzekerden op de zorgverzekeraar. Wat betreft vorderingen op de zorgverzekeraar zoals bijvoorbeeld diagnose-behandelcombinatie (DBC's) die na het faillissement van de zorgverzekeraar worden afgesloten, gelden de normale regels. Dit betekent dat deze vorderingen van aanbieders moeten worden ingediend bij de curator.

Afwikkeling zal waarschijnlijk niet werken in geval van een zorgverzekeraar die ook natura-polissen voert en waarbij de activa ter dekking van de technische voorzieningen niet meer geheel aanwezig zijn. In 2016 betrof ongeveer 75% van de zorgverzekeringen natura-polissen. Zorgaanbieders lopen bij natura-polissen risico op onbetaalde rekeningen indien de zorgverzekeraar in financiële problemen verkeert en zij zullen alleen willen doorgaan met het aanbieden van zorg indien duidelijk is dat hun vorderingen zullen worden betaald. Alleen ingeval alle activa die dienen tot dekking van de technische voorzieningen nog aanwezig zijn, valt te verwachten dat zorgaanbieders hun vorderingen geheel vergoed krijgen en zullen zij willen meewerken aan de afwikkeling.

Een overgang van het klantenbestand op het reguliere overstapmoment bij jaareinde is om een aantal redenen aantrekkelijk. Voor de «ontvangende» zorgverzekeraars geldt dat zij daarmee bij de premiestelling

rekening kunnen houden met de nieuwe klanten. Voorts is de systematiek van de risicoverevening ingericht op een jaarlijks traject waarbij verzekeren in beginsel alleen per 1 januari kunnen wisselen van zorgverzekeraar.

Toepassing van de overige afwikkelingsinstrumenten zijn minder voor de hand liggend. Zo ligt een portefeuilleoverdracht naar een andere partij of een overbruggingsverzekeraar niet voor de hand. Zorgverzekeringen zijn jaarcontracten. Vanwege de regelgeving in de Zorgverzekeringswet, zoals de acceptatieplicht, is het starten met de branche zorgverzekeringen niet eenvoudig. Bij een faillissement van een zorgverzekeraar zullen de overige zorgverzekeraars er vanzelf klanten bij krijgen. Een zorgverzekeraar zal daarom niet snel interesse hebben in een portefeuilleoverdracht; via een goede premiestelling wordt immers hetzelfde bereikt.

De huidige verzekeraars hebben er voor gekozen om hun zorgverzekeringen en/of aanvullende ziektekostenverzekeringen in een aparte juridische entiteit onder te brengen. Dit betekent dat DNB bij de afwikkeling van een dergelijke verzekeraar geen belang heeft om een overbruggingsverzekeraar op te richten om deze activiteiten te scheiden van bijvoorbeeld bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen waarvoor de aanvraag van het faillissement het meest passend is. Voor het geval wegens onvoorziene marktontwikkelingen toch wordt besloten tot overdracht van een portefeuille zorgverzekeringen aan een overbruggingsverzekeraar is bepaald dat deze geen nieuwe klanten mag accepteren. De acceptatieplicht uit de Zorgverzekeringswet is dan ook niet van toepassing op een overbruggingsverzekeraar. Het doel is immers om de bestaande overeenkomsten over te dragen aan een nieuwe partij en in de tussentijd als *closed book* de portefeuille te beheren, niet om aan werving van nieuwe klanten te doen.

Voor de goede orde wordt ook nog kort ingegaan op de positie van de Wet langdurige zorg-uitvoerder (Wlz-uitvoerder). De Wlz-uitvoerder maakt deel uit van de groep waar ook de zorgverzekeraar onderdeel van is (zie artikel 4.1.1 en verder van de Wlz). Als de zorgverzekeraar afgewikkeld wordt dan zal dit ook gevolgen hebben voor de overige juridische entiteiten binnen de groep. Wanneer de zorgverzekeraar wordt afgewikkeld, gaan zijn oorspronkelijke verzekerden op zoek naar een andere zorgverzekeraar. Daarmee vervalt ook de inschrijving van deze verzekerden bij de Wlz-uitvoerder die deel uitmaakte van de groep waartoe de afgewikkelde zorgverzekeraar behoorde. Daarmee wordt de Wlz-uitvoerder een lege huls, tenzij er ook andere zorgverzekeraars in de groep zitten die niet worden afgewikkeld en voor wie de Wlz-uitvoerder de Wlz uitvoert.

In theorie bestaat de mogelijkheid dat de Wlz-uitvoerder op zoek gaat naar een nieuwe groep. De Wlz-uitvoerder moet immers deel uitmaken van een groep waar ook een zorgverzekeraar deel van uit maakt¹⁶. Aansluiting bij een andere groep ligt niet erg voor de hand want de meeste andere zorgverzekeraars zitten al in een groep met een Wlz-uitvoerder zodat er voor een nieuwe Wlz-uitvoerder geen plaats is. Mocht er wel plaats zijn voor deze Wlz-uitvoerder dan zal deze zich overeenkomstig het bepaalde in artikel 4.1.1, eerste lid, van de Wlz eerst bij de zorgautoriteit moeten melden. De zorgautoriteit stelt vervolgens vast of de Wlz-uitvoerder in voldoende mate is voorbereid op de uitvoering van de Wlz.

¹⁶ In dememorie van toelichting (Kamerstukken II 2013–14, 33 891, nr. 3) bij de Wlz is in hoofdstuk 2.6 in de paragraaf «Afzonderlijke rechtspersoon: de Wlz-uitvoerder» uiteengezet hoe het een zich tot het ander verhoudt en ook welke gevolgen dit heeft voor het toezicht van DNB.

d. Rechtsbescherming

Het regime van rechtsbescherming is op dezelfde wijze ingericht als de rechtsbescherming afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. Net als in hoofdstuk 3A:1 is ten aanzien van de rechtsbescherming bij afwikkelingsmaatregelen voor verzekeraars aangesloten bij het reguliere systeem van rechtsbescherming in de Wft. Hieronder wordt nader toegelicht hoe de rechtsbescherming op bepaalde punten nader is uitgewerkt.

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

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

Planningsfase

Ten aanzien van de planningsfase geldt het volgende. Zoals reeds is opgemerkt wordt in dit wetsvoorstel een tweetal plannen opgenomen: het voorbereidend crisisplan dat wordt opgesteld door de onderneming zelf, en het afwikkelingsplan. Ten aanzien van het voorbereidend crisisplan geldt dat de beoordeling van dat voorbereidend crisisplan door DNB geldt als besluit waartegen bezwaar en beroep open staat. De vaststelling van het afwikkelingsplan door DNB is geen besluit. Het heeft veeleer het karakter van een draaiboek of strategiedocument en heeft als zodanig (op zichzelf) geen rechtsgevolg. De vaststelling van belemmeringen voor de afwikkelbaarheid en de beoordeling van maatregelen die de onderneming voorstelt teneinde belemmeringen voor de afwikkelbaarheid weg te nemen zijn wel (3A:83, derde lid) besluiten. Vanzelfsprekend is een aanwijzing van DNB waarin zij zelf maatregelen oplegt teneinde de belemmeringen weg te nemen ook een besluit waartegen rechtsbescherming open staat.

Versnelde behandeling

Van het algemene rechtsbeschermingregime zoals dat geldt voor de Wft wordt afgeweken met betrekking tot het besluit dat het startpunt vormt van een afwikkelingsproces: het besluit tot afwikkeling is uitgesloten van bezwaar. Tegen dit besluit kan rechtstreeks beroep worden ingesteld bij het CBb. Daarbij geldt een verkorte termijn voor het instellen van het beroep van tien dagen (artikel 3A:135). Voor deze bijzondere regeling is gekozen omdat dit besluit een ingrijpend karakter heeft en bovendien snel leidt tot onomkeerbare gevolgen, zodat een snel en definitief rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van dit besluit wenselijk is.

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

Rechtsmiddel ingeval DNB niet kiest voor afwikkeling maar voor faillissement

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, is het zeer goed voorstelbaar dat een faillissement voor polishouders ongunstiger is dan de situatie waarin de polis door een verzekeraar wordt uitgediend, zelfs indien de rechten van polishouders worden gekort in verband met een overgang van de rechten en verplichtingen van de polishouder. De begunstigde zal immers bij de meeste producten van een levensverzekeraar om fiscale redenen zich de facto gedwongen voelen een nieuwe verzekering af te sluiten bij een andere verzekeraar. Het is dan mogelijk dat de kosten die dat met zich meebrengt en de mogelijk hogere premie bij de nieuwe verzekeraar niet opwegen tegen de korting van zijn rechten die DNB onvermijdelijk acht in het kader van de overgang van de rechten en verplichtingen van de polishouders op een derde.

Vorstelbaar is dat DNB desalniettemin in een concrete situatie van oordeel is dat een faillissement de voorkeur verdient. Niet ondenkbeeldig is dat een polishouder in een dergelijk geval het oneens is met DNB, en meent dat hij in een betere positie had verkeerd wanneer niet het faillissement zou zijn aangevraagd maar wanneer DNB zou hebben besloten tot afwikkeling. In een dergelijk geval biedt het reguliere faillissementsrecht, in het bijzonder artikel 10 Fw, de polishouder de mogelijkheid het rechtsmiddel van verzet in te stellen tegen de faillietverklaring. Voor zover de polishouder niet zelf tevens schuldeiser is, moet hij als belanghebbende in de zin van artikel 10, eerste lid, Fw. worden aangemerkt. In dit verband wordt opgemerkt dat de artikelen 213 en volgende Fw. slechts een aanvulling vormen op de bepalingen inzake het commune faillissementsrecht, voor zover in de artikelen 213 en volgende Fw. niet anders is bepaald. Artikel 10 Fw. is dan ook onverminderd van toepassing in geval van een faillissement van een verzekeraar. Aandacht verdient wel dat dit verzet niet snel zal slagen. Uitgangspunt is immers dat in geval van een falende verzekeraar deze faillieert *tenzij* er sprake is van een algemeen belang dat afwikkeling rechtvaardigt. Het baat de polishouder die op grond van artikel 10 Fw. in verzet komt met het doel dat DNB alsnog overgaat tot afwikkeling, niet aan te voeren dat niet is voldaan aan de vereisten om het faillissement uit te spreken. Deze vereisten gelden immers ook voor afwikkeling. De polishouder die in verzet komt, zal daarom moeten aantonen dat ook is voldaan aan het vereiste dat de afwikkeling in het algemeen belang is. Betwijfeld mag worden of een polishouder snel in dat bewijs zal slagen.

e. Financiering

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

Een eerste doel waarvoor de financieringsregeling kan worden aangewend is ter compensatie van crediteuren die, blijkens een ex post waardering, in een slechtere positie zijn komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest in faillissement (schending van de NCWO-regel). Dit wetsvoorstel voorziet erin dat na toepassing van een of meer van de afwikkelingsinstrumenten door een onafhankelijke derde een waardering wordt verricht om te bezien of aan de NCWO-regel is voldaan. Is dit niet het geval, (met andere woorden: schuldeisers hebben door de afwikkeling grotere verliezen geleden dan zij zouden hebben geleden bij een faillissement), dan bestaat voor deze schuldeisers een recht op compensatie. Het zal daarnaast in de praktijk niet altijd mogelijk zijn om altijd vooraf volledig zeker te stellen dat het NCWO-beginsel voor alle schuldeisers wordt geëerbiedigd, bijvoorbeeld vanwege berekeningsfouten of vanwege een afweging dat de schending van dat beginsel voor een kleine minderheid niet in de weg mag staan aan de toepassing van een voor de meerderheid voordelige regeling. Om die reden is een financieringsbron voor de noodzakelijke schadeloosstelling noodzakelijk.

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

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

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

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

§ 4. Wijzigingen in de Faillissementswet

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

Verhoging rang vordering tot schadevergoeding

De rang van de vordering tot vergoeding van de schade van de polishouder wordt verhoogd. Hij zal schade lijden doordat hij duurder uit is wanneer hij na het faillissement van de verzekeraar zijn risico wenst te verzekeren bij een andere verzekeraar, zo dat al mogelijk is.

In geval van het faillissement van een verzekeraar berekent de curator op grond van nader uit te werken waarderinggrondslagen de contante waarde van een polis. De contante waarde hangt af van verschillende factoren, bij levensverzekeringen onder andere sterftetafels. De curator keert vervolgens een percentage uit op deze vordering. Wanneer dat percentage lager is dan 100, komen we overigens niet toe aan de toepassing van dit artikel: als er onvoldoende actief in de boedel aanwezig is om de gehele verzekeringsvordering te voldoen, heeft een verhoging van de rang van de schadevergoedingsvordering geen effect. Het percentage kan evenwel ook 100 zijn. Ook indien de curator 100% uitkeert, zal de polishouder in veel gevallen schade lijden. Dit is het geval wanneer hij het risico dat zich nog niet heeft voorgedaan opnieuw wenst te verzekeren, bij een andere verzekeraar. In gevallen waarin de uitkering door de curator tot een fiscale vordering zou leiden, zal de prikkel om het risico opnieuw te verzekeren nog veel groter zijn. Rechtens is de polishouder weliswaar niet verplicht een verzekeringsovereenkomst te sluiten met een andere verzekeraar, maar de facto zal hij zich toch daartoe gedwongen voelen om de fiscale gevolgen van de eenmalige uitkering door de curator, zoals een fiscale boete of een hoger belastingtarief, te voorkomen door de uitkeringen onder een nieuw afgesloten verzekering te laten plaatsvinden in de periode waarin de polis tot uitkering zou zijn

gekomen bij ongewijzigde voortzetting. Met het bedrag dat hij van de curator ontvangt zal hij in het algemeen bij een andere verzekeraar niet een verzekering kunnen sluiten op dezelfde voorwaarden (waaronder risico, hoogte premie, verzekerde bedrag, looptijd). Dat kan verschillende oorzaken hebben. In de eerste plaats zal de nieuwe verzekeraar niet bereid zijn om voor het bedrag dat de polishouder van de curator heeft ontvangen het risico op dezelfde voorwaarden te verzekeren als die waarop de failliete verzekeraar dat had gedaan doordat de actuariële factoren inmiddels zullen zijn gewijzigd ten opzichte van het tijdstip waarop de verzekeringnemer een verzekeringsovereenkomst sloot met de inmiddels failliete verzekeraar. In de tweede plaats zullen kosten voor het sluiten van een nieuwe verzekering in rekening worden gebracht. Het is zelfs niet ondenkbaar dat het sluiten van een nieuwe verzekeringsovereenkomst in het geheel niet mogelijk is.

De conclusie is dat de polishouder normaal gesproken met het bedrag dat hij van de curator ontvangt het risico niet op dezelfde voorwaarden bij een andere verzekeraar kan verzekeren of, algemener geformuleerd, niet in de toestand kan worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de verzekeraar niet in staat van faillissement was verklaard. De schade die de verzekeringnemer lijdt bestaat uit het bedrag dat hij duurder uit is om een nieuwe verzekering te sluiten, alsook de schade die hij lijdt doordat hij weliswaar een verzekering kan sluiten tegen dezelfde premie, maar tegen overigens ongunstigere voorwaarden, of, in het extreme geval, uit de schade doordat hij in het geheel geen nieuwe verzekering kan sluiten. Welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, wordt bepaald door het commune privaatrecht. In het algemeen kan worden gezegd dat het de schade betreft die rechtstreeks en noodzakelijk is. Hij heeft ter zake daarvan een schadevergoedingsvordering op de boedel.

Ingevolge het arrest Koot/Tideman is deze schadevergoedingsvordering zonder nadere regeling concurrent.¹⁷ Er zijn ten minste drie overwegingen die leiden tot een verhoging van de rang van deze schadevergoedingsvordering.

De eerste overweging is de volgende. Het concurrente karakter van de hier bedoelde schadevergoedingsvordering is niet in overeenstemming met de geest van de richtlijn Solvabiliteit II, die de polishouder beoogt te beschermen. De hier bedoelde schadevergoedingsvordering valt niet onder de definitie van «vordering uit hoofde van verzekering», opgenomen in artikel 213 onderdeel n, Fw, waarmee artikel 268, eerste lid, onderdeel g, van de richtlijn solvabiliteit II is geïmplementeerd. Dit heeft als consequentie dat de schadevergoedingsvordering niet valt onder de vorderingen die in artikel 213m worden genoemd; deze vordering is dus onder het huidige recht niet bevoorrecht. De schadevergoedingsvordering mag zelfs niet net zo hoog bevoorrecht zijn als een vordering uit hoofde van verzekering, omdat zij niet wordt genoemd in artikel 275, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn solvabiliteit II, waarin de vorderingen worden genoemd die het daargenoemde hoge voorrecht mogen krijgen. Dat het concurrente karakter van deze schadevergoedingsvorderingen op gespannen voet staat met de geest van de richtlijn solvabiliteit II, is op zich reeds een reden om ook aan de schadevergoedingsvordering een hogere rang toe te kennen, niet een rang die wordt genoemd in de onderdelen a tot en met g van het tweede lid of de onderdelen a tot en met e in het derde lid, maar wel een rang die daarop onmiddellijk volgt. Met een verhoging van de rang van de schadevergoedingsvordering wordt niet zozeer een nieuwe weg ingeslagen, als wel de gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor wat betreft de schadevergoedingsvordering

¹⁷ HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (m.nt. F. Verstijlen); ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (i.h.b. r.o. 3.6.3).

van een polishouder in overeenstemming gebracht met de geest van de richtlijn.

De tweede overweging houdt verband met de regel dat ook de failliete verzekeraar de verplichting had op grond van de richtlijn Solvabiliteit II om een risicomarge te reserveren. Het is mogelijk dat de boedel mede daardoor zoveel actief bevat dat er, nadat de vorderingen uit hoofde van verzekering zijn voldaan, nog een uitkering kan plaatsvinden aan crediteuren met lager gerangschikte vorderingen. Het zou met het oog op de geest van de richtlijn Solvabiliteit II ongerijmd zijn dat aan de ene kant de verzekeringscrediteur in een slechtere positie komt doordat hij duurder uit is bij het sluiten van een nieuwe verzekering, en aan de andere kant dat, als er nog wel actief in de boedel zou zijn om die verslechtering ongedaan te maken, dat actief niet ten goede zou komen aan de verzekeringscrediteur.

Ten derde wordt gewezen op de hoofdregel voor schadevergoedingsvorderingen van artikel 37a Fw dat, slechts een concurrente vordering resteert en dat het daarmee ongerijmd zou zijn dat een schadevergoedingsvordering een andere rang zou krijgen. Op deze hoofdregel is ook in het arrest Koot/Tideman nog eens gewezen. In het faillissement van een verzekeraar geldt dat de vordering uit hoofde van een verzekering nu juist niet concurrent maar bevoorrecht is, zodat ook om die reden aanleiding bestaat om aan deze schadevergoedingsvordering van een verzekeringscrediteur een rang toe te kennen die dichterbij de rang van de vordering uit hoofde van verzekering staat.

Op grond van deze drie overwegingen wordt aan de schadevergoedingsvordering van de verzekeringscrediteur een rang toegekend die direct volgt op die, genoemd in het huidige artikel 213m, tweede en derde lid.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat voorstelbaar is dat er ook vorderingen tot schadevergoeding zijn die hun grondslag in de verzekeringsovereenkomst zelf vinden, bijvoorbeeld doordat de verzekeraar toerekenbaar tekort is gekomen in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst. Deze vorderingen vallen al onder het begrip «vordering uit hoofde van verzekering», en vallen daardoor niet onder de vorderingen waaraan in dit onderdeel van het wetsvoorstel een hogere rang wordt toegekend.

De vraag zou kunnen worden gesteld of de toekenning van een hogere rang aan de schadevergoedingsvordering van de verzekeringscrediteur gevolgen heeft voor de mogelijkheden van bail-in in afwikkeling. In dit verband spelen kwesties als de waardering van de schadevergoedingsvordering en het NCWO-beginsel. Het voornemen bestaat om, wanneer dit wetsvoorstel wordt aangenomen en tot wet wordt verheven, bij algemene maatregel van bestuur deze onderwerpen nader uit te werken en bij die gelegenheid de gevolgen voor bail-in nader toe te lichten. Nu reeds wordt opgemerkt dat de verhoging van de rang van de schadevergoedingsvordering slechts gevolgen heeft voor de verdeling van de boedel over de schuldeisers, maar niet voor het totale bedrag dat door het geheel van schuldeisers wordt ontvangen. In die zin heeft de verhoging van de rang dan ook geen gevolgen voor de bail-in-ruimte, maar wel voor de vraag welke vorderingen als eerste door een bail-in worden geraakt.

Tussentijdse uitkeringen in faillissement

In het faillissement van een verzekeraar zal het lang duren voordat een verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Zonder wetswijziging kan de curator pas daarna overgaan tot het doen van uitkeringen. Sommige

begunstigden komen daardoor in de financiële problemen; zij kunnen niet wachten tot na de verificatievergadering voordat zij een uitkering ontvangen. Daarom wordt in de Faillissementswet een aantal artikelen ingevoegd in de bijzondere regeling van het faillissement van een verzekeraar.

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

Het berekenen van de totale schuldenlast in het faillissement van een gemiddelde verzekeraar, en a fortiori bij een grote verzekeraar, is zo gecompliceerd dat het naar schatting tenminste twee jaar zal duren voordat de verificatie van de vorderingen plaatsvindt. Dat komt doordat per polis de contante waarde moet worden berekend aan de hand van complexe actuariële berekeningen. Zonder nadere regeling ontvangen de begunstigden in de tussentijd niets. In bepaalde gevallen is dit vanuit maatschappelijk oogpunt ongewenst. Het voorliggende wetsvoorstel bevat een regeling op grond waarvan begunstigden die dat nodig hebben, een uitkering kunnen ontvangen zonder dat zij behoeven te wachten tot na de verificatievergadering. Zij ontvangen als het ware een voorschot, dat na de verificatievergadering bij de slotuitdeling wordt verrekend met het bedrag waartoe zij uiteindelijk gerechtigd blijken te zijn. Het is niet ondenkbaar dat curator bij een eerdere uitdeling dan de slotuitdeling reeds 100% heeft uitgekeerd omdat de boedel zulks toelaat met betrekking tot hoog preferente vorderingen. Het spreekt voor zich dat dan bij de slotuitdeling niets meer hoeft te worden verrekend.

Gewezen wordt op artikel 179 Fw. Dat artikel biedt reeds de mogelijkheid van tussentijdse uitkeringen. Het betreft hier evenwel uitkeringen die kunnen worden gedaan na de verificatievergadering maar voordat alle baten zijn gerealiseerd. Nu dit artikel betrekking heeft op tussentijdse uitkeringen na de verificatievergadering, biedt het geen soelaas voor de begunstigden die niet tot na de verificatievergadering kunnen wachten. Bovendien vinden op basis van dit artikel alleen dan tussentijdse uitkeringen plaats wanneer naar het oordeel van de rechter-commissaris voldoende penningen aanwezig zijn, en dan nog slechts aan, voor zover hier van belang, geverifieerde schuldeisers. Begunstigden die dat nodig hebben, dienen ook in deze periode een voorschot te ontvangen. Daarenboven zou, naar de letter van artikel 179 Fw. de rechter-commissaris in de periode tussen de verificatievergadering en de slotuitdeling bij iedere periodieke uitkering telkens moeten beoordelen of er voldoende penningen aanwezig zijn. Wanneer we uitgaan van maandelijks periodieke uitkeringen, betekent dit dat de rechter-commissaris iedere maand de curator zou moeten bevelen een tussentijdse uitkering te doen. Artikel 179 Fw. biedt dan ook evenmin soelaas voor de periode na de verificatievergadering voor de hier bedoelde begunstigden.

Overwogen is of de mogelijkheid van deelverificatievergaderingen uitkomst kan bieden. Dat is niet het geval. Zo kon in het faillissement van DSB Bank N.V. de eerste deelverificatievergadering pas 15 maanden na de faillietverklaring worden gehouden. Het enkele gegeven dat het om een *deel*verificatievergadering maakt het niet anders dat het vaststellen van de vorderingen veel tijd vergt. Het spreekt voor zich dat van een schuldeiser

die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van een uitkering van een verzekeraar, niet kan worden gevegd dat hij 15 maanden zonder deze inkomstenbron moet leven. Bovendien moet worden bedacht dat in het geval van DSB, een bank, depositohouders een beroep konden doen op het depositogarantiefonds, een omstandigheid die het minder bezwaarlijk maakt dat natuurlijke personen eerst na 15 maanden een eerste uitkering uit de boedel krijgen. Daarenboven geldt dat bij een verzekeraar, anders dan bij een bank als DSB, actuariële berekeningen dienen te worden gemaakt, hetgeen waarschijnlijk maakt dat de eerste deelverificatievergadering pas later dan 15 maanden na de faillietverklaring kan plaatsvinden.

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

Vorderingen uit verzekeringen die voor tussentijdse uitkering in aanmerking komen

De curator is verplicht toestemming te vragen voor het doen van een tussentijdse uitkering met betrekking tot vorderingen die daarvoor in aanmerking komen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds overeenkomsten van levensverzekering, overeenkomsten van schadeverzekering betreffende uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen, toegezegd aan werknemers van de verzekeraar en hun nabestaanden, en anderzijds andere overeenkomsten van verzekering.

In geval van overeenkomsten van levensverzekering, schadeverzekering ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen wordt aan de begunstigde uitgekeerd wanneer zich de verzekerde gebeurtenis voordoet. In de eerste plaats kan het een periodieke uitkering betreffen; de begunstigde is in dat geval gerechtigd tot een uitkering die de verzekeraar eens in de zoveel tijd – doorgaans maandelijks – dient te voldoen. In de tweede plaats kan het een eenmalige uitkering betreffen. In dat geval is de begunstigde gerechtigd tot een eenmalig bedrag wanneer zich een bepaalde gebeurtenis voordoet. In de regel zal de begunstigde zowel in geval van periodieke uitkeringen als in geval van een eenmalige uitkering geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van de uitkering om in zijn levensonderhoud te voorzien. Van hem kan niet worden verlangd dat hij tot de eerste uitdeling op zijn vordering niets ontvangt. Daarom wordt bepaald dat de curator reeds voorafgaand aan de eerste uitdeling op bepaalde vorderingen een uitkering doet. Wanneer de gerechtigdheid tot een periodieke of eenmalige uitkering reeds bestond voorafgaand aan de datum van faillietverklaring, behoeft de begunstigde zijn vordering niet in te dienen om in aanmerking te komen voor een tussentijdse uitkering. De curator zet vanaf de datum van faillietverklaring het voldoen van de uitkeringen voort, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Hij is verplicht toestemming aan de rechter-commissaris te vragen. De curator zal een inschatting maken van het percentage dat uiteindelijk, nadat de totale omvang van de activa en passiva is vastgesteld, op de vordering zal kunnen worden voldaan, daarbij rekening houdend met het hoge voorrecht dat de vordering heeft. Het is dan ook waarschijnlijk dat de curator niet de volledige uitkering doet, maar een uitkering die is gebaseerd op een voorzichtige schatting van het percentage dat de begunstigde op zijn vordering zou hebben ontvangen bij de slotuitdeling indien geen tussentijdse uitkeringen waren gedaan.

Met betrekking tot verzekeringen met een afkoopwaarde kunnen de begunstigden gebruik maken van hun recht de verzekering geheel of gedeeltelijk door de verzekeraar te doen afkopen. Wanneer zij van dat recht gebruik hebben gemaakt voorafgaand aan de faillietverklaring, maar zij nog niets hebben ontvangen, kunnen zij worden voldaan voorafgaand aan de slotuitdeling. Maken zij van dit recht gebruik eerst tijdens faillissement, dan komen zij alleen dan in aanmerking voor een tussentijdse uitkering indien het doen van een uitkering bij een uitdeling na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. Of dit zo is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. In dit verband wordt gewezen op de artikelen 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarin eveneens de term «redelijkheid en billijkheid» voorkomt. Artikel 6:2 BW bepaalt dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De vraag hoe een schuldeiser en een schuldenaar zich jegens elkaar hebben te gedragen is een andere dan de vraag wanneer het onaanvaardbaar is dat een begunstigde moet wachten tot na de verificatievergadering. Voor zover de jurisprudentie met betrekking tot artikel 6:2 BW al enige richting kan geven aan het antwoord op de vraag wanneer het onaanvaardbaar is dat een begunstigde moet wachten tot na de verificatievergadering, is die jurisprudentie daarvoor niet doorslaggevend. Hetzelfde geldt voor artikel 6:248, waarin eveneens de term «redelijkheid en billijkheid» voorkomt, maar daar in het kader van de vraag welke rechtsgevolgen een overeenkomst heeft.

De invulling van de term «redelijkheid en billijkheid» in de thans voorgestelde regeling moet eerder worden gezocht in de mate van onwenselijkheid vanuit maatschappelijk oogpunt dat een begunstigde moet wachten tot na de verificatievergadering. Als voorbeeld kan worden gegeven de situatie waarin een begunstigde in de financiële problemen komt, bijvoorbeeld doordat zijn arbeidsovereenkomst is beëindigd. Wanneer hij deze financiële problemen het hoofd moet bieden door gebruik te maken van zijn recht de verzekering door de verzekeraar te doen afkopen, zou het ongewenst zijn dat pas bij de eerste uitdeling een uitkering ontvangt. In dat geval kan hij de curator verzoeken om een tussentijdse uitkering. Hij zal dan moeten aanvoeren dat het wachten tot een uitdeling na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben. In andere gevallen zal de begunstigde die gebruik maakt van zijn recht om de verzekering te doen afkopen moeten wachten tot na de verificatievergadering. De reden daarvoor is dat het ongewenst is dat begunstigden al dan niet massaal gebruik maken van dit recht om hun uitkering eerder te ontvangen of om het risico te voorkomen dat het uiteindelijk uit te keren bedrag lager is dan de afkoopsom.

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

Met betrekking tot andere verzekeringen dan levensverzekering, schadeverzekering ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioen is de situatie anders. De begunstigde ondervindt geen financieel nadeel van het faillissement van de verzekeraar zolang zich nog geen schade heeft voorgedaan. In dat geval kan het voor de verzekeringnemer aanbevelingswaardig zijn een nieuwe overeenkomst te sluiten met een andere

verzekeraar. In het voorliggende wetsvoorstel is bepaald dat bij dit type verzekering de curator slechts dan een tussentijdse uitkering doet wanneer het verzekerde risico zich heeft voorgedaan voorafgaand aan de negentigste dag na de faillietverklaring. Daaronder valt in de eerste plaats het geval waarin de schade is ontstaan voorafgaand aan de faillietverklaring en de verzekeraar de schade nog niet heeft vergoed. Voorts valt daaronder het geval waarin de schade ontstaat binnen 90 dagen na de faillietverklaring. De gedachte hierachter is dat de verzekeringnemer binnen 90 dagen na de faillietverklaring een nieuwe overeenkomst kan sluiten met een andere verzekeraar. Als voorbeeld kan worden genoemd een brandverzekering met betrekking tot een onroerend goed. Wanneer binnen 90 dagen na de faillietverklaring door brand schade ontstaat aan het onroerend goed, doet de curator een tussentijdse uitkering indien ook aan de overige voorwaarden, zoals toestemming van de rechter-commissaris, is voldaan. Ontstaat de schade na de 90-dagen-termijn, dan doet de curator geen tussentijdse uitkering. Wanneer de begunstigde heeft nagelaten binnen 90 dagen een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten, is de consequentie daarvan niet alleen dat hij uiteraard geen andere verzekeraar kan aanspreken, maar ook dat hij moet wachten tot een uitkering na de verificatievergadering, uiteraard mits aan de overige vereisten voor uitkering is voldaan.

Voor het geval waarin de verzekeringnemer de periode van 90 dagen heeft benut om een nieuwe overeenkomst te sluiten met een andere verzekeraar met betrekking tot hetzelfde risico, zijn nog enkele aanvullende regels opgenomen. Wanneer de verzekeringnemer een nieuwe verzekeringsovereenkomst met een andere verzekeraar heeft gesloten en wanneer schade zich voordoet binnen de 90-dagen-termijn, is die schade gedekt door zowel de failliete verzekeraar als de nieuwe verzekeraar. In dat geval bestaat geen aanleiding om aan de begunstigde het recht op een tussentijdse uitkering te geven omdat hij ook de nieuwe verzekeraar kan aanspreken. De nijpende situatie waarin de begunstigde zou komen te verkeren doordat hij geen uitkering ontvangt, doet zich niet voor. Daarom is bepaald dat in dat geval hij geen recht heeft op een tussentijdse uitkering. Voor de goede orde wordt gewezen op artikel 7:961 BW, dat bepaalt dat, indien dezelfde schade door meer dan een verzekering wordt gedekt, de verzekerde elke verzekeraar kan aanspreken. Deze regel blijft onverminderd gelden. Het staat de begunstigde dan ook vrij om de failliete verzekeraar aan te spreken. Het is evenwel niet in zijn belang om dat te doen, omdat hij dan tot na de verificatievergadering op een uitkering moet wachten.

Wanneer de begunstigde de nieuwe verzekeraar aanspreekt ter zake van schade die is ontstaan binnen de 90-dagen-termijn, is het mogelijk dat de nieuwe verzekeraar niet de volledige schade vergoedt, bijvoorbeeld omdat het overeengekomen verzekerde bedrag niet toereikend is of wegens een overeengekomen eigen risico. Voorstelbaar is dat de begunstigde de failliete verzekeraar aanspreekt voor de schade die niet wordt vergoed door de nieuwe verzekeraar. Die vordering komt niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking. Het betreft een vordering ter zake van dezelfde schade. Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin schade uit een voorval voor een bedrag tot € 500.000 is verzekerd bij de ene verzekeraar en voor een bedrag tussen € 500.000 en € 1.000.000 bij een andere verzekeraar. Dit zijn geen vorderingen ter zake van dezelfde schade.

Voorwaarden voor een tussentijdse uitkering

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

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

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

De volgende voorwaarde is dat de rechter-commissaris daarvoor toestemming heeft gegeven. De regeling is zo vorm gegeven dat de curator toestemming moet vragen wanneer de vordering voor tussentijdse uitkering in aanmerking komt, en dat de curator de tussentijdse uitkering moet doen wanneer de rechter-commissaris toestemming heeft gegeven. In dit verband wordt erop gewezen dat de curator een inschatting zal maken van het percentage dat de schuldeisers op hun vordering zullen ontvangen. Het is te verwachten dat de curator daarbij enigszins behoedzaam te werk gaat. De curator zal de contante waarde van de polissen moeten berekenen ten behoeve van de uitkeringslijst die hij op grond van artikel 137d Faillissementswet voor goedkeuring aan de rechter-commissaris voorlegt. Bij verzekeringen met een afkoopwaarde zal hij daarbij onder andere sterftetafels hanteren: hoe lang zal een begunstigde na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd naar verwachting nog leven en gerechtigd tot een uitkering zijn? Voorts zal hij moeten inschatten hoe groot de totale schuldenlast is in verhouding tot de waarde van de totale activa. Aldus komt hij tot een schatting van het percentage dat de begunstigten uiteindelijk op hun vordering zullen ontvangen.

De curator heeft enige tijd nodig om tot een schatting te komen. Van hem kan niet worden gevergd dat hij zeer spoedig na de faillietverklaring een verzoek aan de rechter-commissaris doet met daarin een enigszins onderbouwde schatting. Daarom is bepaald dat de curator gedurende de eerste negentig dagen na de faillietverklaring periodieke uitkeringen doet op verzekeringsvorderingen die reeds voor de dag van de faillietverklaring opeisbaar waren, zonder dat hij daarvoor toestemming van de rechter-commissaris heeft. De verzekeraar deed reeds uitkeringen voorafgaand aan de faillietverklaring; de curator gaat daarmee dus door. Hij doet deze tussentijdse periodieke uitkeringen totdat de rechter-commissaris heeft beslist op een verzoek dat is gedaan gedurende de eerste negentig dagen na de dag van de faillietverklaring. Gedurende deze periode past de curator nog geen korting toe. Hij betaalt dus 100% van de vordering. De reden daarvoor is dat hij terstond na de faillietverklaring nog niet in staat is om te berekenen wat een geschikt percentage is. Het te veel betaalde zal worden verrekend met de tussentijdse uitkeringen die worden gedaan tijdens de verdere looptijd van het faillissement en, indien nodig, met de uiteindelijke uitkering. Een en ander heeft tevens het voordeel dat de begunstigde gedurende de eerste drie maanden zijn uitgavenpatroon kan aanpassen aan de nieuwe situatie en niet vanaf de eerste dag van het faillissement wordt geconfronteerd met een lagere uitkering.

De rechter-commissaris geeft toestemming indien de curator aannemelijk maakt dat het percentage dat de begunstigden als voorschot op hun vordering ontvangen is gebaseerd op een prudente schatting van het percentage dat de schuldeisers uiteindelijk op hun vordering zullen ontvangen. Anders gezegd: aannemelijk moet zijn dat schuldeisers als gevolg van de tussentijdse uitkeringen niet een bedrag ontvangen dat te groot is in verhouding tot hetgeen waarop zij uiteindelijk recht blijken te hebben. Hierbij wordt erop gewezen dat het voor de curator niet goed doenlijk is om een en ander per begunstigde snel in detail uit te rekenen; dat is immers juist de belangrijkste oorzaak van het feit dat de verificatievergadering niet snel kan worden gehouden.

In dit verband wordt nog gewezen op artikel 66 Fw. Op grond van dit artikel is de rechter-commissaris bevoegd «ter opheldering van alle omstandigheden, het faillissement betreffende», onder andere een onderzoek van deskundigen te bevelen. Bovendien heeft de Minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure bij de Tweede Kamer ingediend, waarin wordt voorgesteld artikel 66 Fw aan te vullen met de regel dat de rechter-commissaris een deskundige kan benoemen voor zover dit nodig is voor de goede en effectieve vervulling van het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Het doen van tussentijdse uitkeringen valt onder het beheer en de vereffening van de boedel. De rechter-commissaris kan van deze bevoegdheden gebruik maken terstond na de faillietverklaring, wetende dat de curator binnen negentig dagen na de faillietverklaring om toestemming voor het doen van tussentijdse uitkeringen zal vragen. De deskundige kan zijn expertise aanwenden om een eerste schatting te maken van het percentage dat bij wijze van tussentijdse uitkeringen kan worden gedaan.

De curator behoeft geen toestemming voor het doen van een tussentijdse periodieke uitkering totdat de rechter-commissaris heeft beslist op een verzoek dat is gedaan gedurende de eerste negentig dagen na de dag van de faillietverklaring. Daarbij spelen verschillende overwegingen een rol. In de eerste plaats betreft het vorderingen die ook reeds voorafgaand aan de faillietverklaring periodiek werden voldaan. De curator mag dan ook ervan uitgaan dat deze vorderingen opeisbaar zijn. Het is voor de curator ondoenlijk om onmiddellijk na de faillietverklaring goed in te schatten wat de juiste hoogte is van een tussentijdse uitkering, en dus ook om een hoogte in het verzoek om toestemming op te nemen. De wet laat aan de curator de ruimte om gedurende deze periode 100% van de tussentijdse periodieke uitkering te voldoen, dus het bedrag uit te keren dat de begunstigde ook voorheen periodiek ontving. Hieronder wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de curator wanneer hij een uitkering doet die later te hoog blijkt te zijn geweest, maar reeds hier wordt opgemerkt dat de curator geen verwijt kan worden gemaakt van het in de eerste drie maanden 100% voldoen van een tussentijdse uitkering, ook niet wanneer later zou blijken dat het percentage van 100% te hoog was. Een en ander biedt aan de begunstigde negentig dagen de tijd om zijn uitgavenpatroon aan te passen aan een uitkering die daarna waarschijnlijk op een lager percentage dan 100% zal worden gesteld. Wanneer de in het begin gedane tussentijdse periodieke uitkeringen later te hoog blijken te zijn geweest, zal dit worden verrekend wanneer ter gelegenheid van het opstellen van de uitdelingslijsten wordt berekend wat het uiteindelijke bedrag is dan aan de begunstigde kan worden uitgekeerd. Hieronder wordt ingegaan op de vraag wat rechtens is, indien de verzekeringscrediteuren toch te veel aan tussentijdse uitkeringen hebben ontvangen.

In geval van periodieke uitkeringen betreft de toestemming ook de frequentie. Naar verwachting zal de frequentie niet vaak tot discussie leiden. De curator hoeft niet per individuele schuldeiser een berekening te maken. Voldoende is dat hij per categorie schuldeisers een berekening maakt. Bovendien hoeft hij niet onomstotelijk te bewijzen welk percentage een schuldeiser uiteindelijk precies ontvangt. Voldoende is dat hij aannemelijk maakt dat de schuldeiser bij benadering ontvangt waarop hij recht heeft. Aldus wordt voldoende waarschijnlijk dat een schuldeiser bij een uitkering na de verificatievergadering niet onaangenaam wordt verrast doordat de curator het uiteindelijke bedrag aanzienlijk naar beneden moet bijstellen, en wordt de kans dat het fonds de boedel moet aanvullen, beperkt.

Toestemming van de rechter-commissaris is niet alleen vereist voor de vaststelling van de hoogte en in voorkomend geval de frequentie van de uitkeringen, maar ook, bij periodieke uitkeringen, voor een wijziging of beëindiging. Voorstelbaar is dat nieuwe ontwikkelingen de curator in staat stellen een hogere tussentijdse uitkering te doen, dan wel juist nopen tussentijdse uitkeringen te verlagen of, in uitzonderlijke omstandigheden, te beëindigen. In beide gevallen is toestemming van de rechter-commissaris vereist, enerzijds om de financieringsregeling er tegen te beschermen dat hij aan de boedel het bedrag moet vergoeden dat de boedel tekort komt door de verhoging, dan wel, anderzijds, om de begunstigde een zekere bescherming te bieden tegen een te grote verlaging.

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

Desgewenst kan de begunstigde die een vordering lager dan € 12.500 heeft, een bedrag van een derde lenen, al dan niet onder het cederen van de vordering die hij op de boedel heeft aan de uitlener. Voor de goede orde wordt herhaald dat bij schadeverzekering een tussentijdse uitkering slechts wordt gedaan indien het risico zich heeft verwezenlijkt voorafgaand aan de faillietverklaring of binnen 90 dagen daarna. De grens van € 12.500 geldt niet voor levensverzekeringen, en verzekeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen. Wanneer de verificatievergadering twee jaar na de faillietverklaring zou plaatsvinden, zou het stellen van de grens van € 12.500 erop neer kunnen komen dat de begunstigde gedurende die periode ongeveer € 500 per maand minder aan inkomsten zou hebben. Dat is ongewenst.

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

Vorderingen van werknemers

In de rangregeling van artikel 213m, tweede lid, onderdeel b, en derde lid, onderdeel a, worden eveneens genoemd vorderingen van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot reeds vervallen termijnen van pensioen voor zover de vordering niet ouder is dan een jaar. Ook op deze vorderingen doet de curator een tussentijdse uitkering, omdat ook deze schuldeiser in de regel geheel of gedeeltelijk afhankelijk is van deze uitkeringen om in zijn levensonderhoud te voorzien. Van de werknemer kan evenmin worden verlangd dat hij in de tijd tot de uitkering na de verificatievergadering op zijn vorderingen niets aan tussentijdse uitkeringen ontvangt. Bij de keuze de bevoorschotting van deze vorderingen te beperken tot vorderingen van niet ouder dan een jaar is aangesloten bij de rangregeling.

Voorts worden in de rangregeling nog twee andere typen vorderingen van werknemers genoemd. Het eerste type vordering is de vordering van werknemers en gewezen werknemers alsmede de vorderingen van hun nabestaanden met betrekking tot in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen. Begunstigden zijn niet gedeeltelijk of geheel afhankelijk van pensioentermijnen die eerst in de toekomst tot uitkering komen. Daarom is dit type vordering niet in de bevoorschotting opgenomen.

Het tweede type vordering van werknemers dat in de rangregeling wordt genoemd bestaat uit de vorderingen van werknemers met betrekking tot het loon over het voorgaande jaar en hetgeen over het lopende jaar is verschuldigd, benevens het bedrag van de verhoging van dat loon ingevolge artikel 7:625 BW alsmede het bedrag van de uitgaven, door de werknemer voor de verzekeraar als werkgever gedaan, en de bedragen, door de verzekeraar aan de werknemer krachtens titel 7.10 BW in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd. De vordering tot loon over een periode na de faillietverklaring moet als boedelvordering worden aangemerkt; deze vordering komt niet voor verificatie in aanmerking en dus ook niet in aanmerking voor bevoorschotting.

Uitgezonderde vorderingen

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

Ten tweede wordt artikel 25, eerste lid, onderdeel d, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen genoemd. Op grond van dat artikel kan degene die schade heeft geleden die door een motorrijtuig is

veroorzaakt een recht op vergoeding van die schade geldend maken tegen het Waarborgfonds Motorverkeer in geval van onvermogen van de verzekeraar. De vorderingen op de boedel ter zake van diezelfde schade zijn niet vatbaar voor een tussentijdse uitkering. Voorts bepaalt artikel 27, eerste lid, tweede alinea, tweede zin, van die wet dat het Waarborgfonds Motorverkeer tegenover de verzekeraar de rechten heeft van de benadeelde. In het wetsvoorstel is bepaald dat de curator geen tussentijdse uitkering doet op de vordering van het Waarborgfonds Motorverkeer op de boedel. Het Verbond van Verzekeraars neemt terecht daarbij aan dat de preferentie van de vordering die het Waarborgfonds heeft op de in herstel verkerende verzekeraar niet wijzigt ten opzichte van de huidige wetgeving en dat hetzelfde geldt voor de vordering die het Waarborgfonds overneemt namens buitenlandse verzekeraars.

Overwogen is tevens vorderingen van een herverzekeraar krachtens een overeenkomst van herverzekering uit te sluiten. Uitdrukkelijke uitsluiting is niet nodig. Voor zover de herverzekeraar een rechtspersoon is die een grote onderneming of middelgrote onderneming drijft, komt hij reeds om die reden in beginsel niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering, zoals hieronder toegelicht.

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

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

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

Wie komt in aanmerking voor een tussentijdse uitkering?

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

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

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

Op vorderingen van natuurlijke personen en rechtspersonen die micro-ondernemingen of kleine ondernemingen drijven, doet de curator steeds een tussentijdse uitkering, uiteraard mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan. Daarnaast is het mogelijk dat anderen in problemen zouden komen wanneer zij tot na de verificatievergadering moeten wachten op een uitkering: rechtspersonen die een middelgrote onderneming of zelfs een grote onderneming drijven. De curator doet aan hen een tussentijdse uitkering indien zij daarom verzoeken en de rechter-commissaris daarvoor toestemming heeft gegeven. De rechter-commissaris geeft toestemming indien het eerst na de eerste uitdeling doen van een uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen voor de schuldeiser zou hebben. Hier geldt dus een «nee tenzij»-regel. De term «redelijkheid en billijkheid» komt ook voor in het kader van de vraag of een begunstigde die zijn verzekering heeft doen afkopen moet wachten tot na de verificatievergadering. Hetgeen in dat kader hierboven is opgemerkt met betrekking tot de invulling van de term «redelijkheid en billijkheid», geldt ook hier.

Definitieve uitkering

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

De hoogte van de uitkering die een schuldeiser ontvangt is een percentage van het bedrag van de vordering, al dan niet nadat DNB eerder gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot bail-in, waarbij de curator rekening houdt met de rang van de vordering. De curator vermindert het aldus berekende bedrag met het bedrag dat de schuldeiser

reeds aan tussentijdse uitkeringen heeft ontvangen. Ingeval de uitkomst positief is, keert hij het verschil uit. Ingeval de uitkomst negatief is, keert hij niets uit; de curator stelt de uitkering aan de desbetreffende schuldeiser in de uitdelingslijst die hij ter goedkeuring voorlegt aan de rechter-commissaris op nihil. In dat geval blijkt dat de schuldeiser te veel heeft ontvangen. Niet is uitgesloten dat de curator ter zake van hetgeen te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan, een vordering uit onverschuldigde betaling wenst in te stellen tegen de begunstigde. Voor zover hij een vordering heeft in verband met de nihilstelling, is bepaald dat die vordering niet afdwingbaar is.

Doordat te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan en het te veel betaalde niet kan worden teruggevorderd, zullen andere schuldeisers nadeel lijden. Dit nadeel wordt vergoed door de financieringsregeling. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze bijdrage van is beperkt tot hetgeen te veel aan tussentijdse uitkeringen is gedaan. Het nadeel dat schuldeisers lijden doordat de boedel anderszins ontoereikend is om schulden volledig te voldoen, wordt niet vergoed. Benadrukt wordt dat als gevolg van deze regeling een schuldeiser niet minder kan ontvangen dan hij zou hebben ontvangen indien de juiste tussentijdse uitkeringen aan andere schuldeisers waren gedaan, of in het geheel geen tussentijdse uitkeringen aan anderen waren gedaan.

In dit verband wordt herhaald dat in geval van een faillissement van een verzekeraar vorderingen van verzekeringsschuldeisers hoog bevoorrecht zijn (naast bepaalde vorderingen van werknemers). Als gevolg van deze additionele voorrechten, die niet bestaan in het faillissement van een «gewone schuldenaar», is de kans dat aan concurrente schuldeisers in het faillissement van een verzekeraar een uitkering kan worden gedaan uit de boedel, dan ook kleiner dan in het faillissement van een «gewone schuldenaar». De kans dat de boedel moeten worden aangevuld door de financieringsregeling om te voorkomen dat concurrente schuldeisers als gevolg van de mogelijkheid van tussentijdse uitkeringen ten onrechte geen of een lagere uitkering zouden ontvangen, is dan ook gering.

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

Rechtsmiddelen

De curator moet verschillende beslissingen nemen. In de eerste plaats moet hij beslissen of er wel een vordering tegen de boedel bestaat. Wanneer bijvoorbeeld de schade niet onder de dekking valt, zal de curator niet beslissen om toestemming te vragen voor het doen van een

tussentijdse uitkering over te gaan omdat hij de vordering in de verificatievergadering zal betwisten. In een faillissement van een «gewone» schuldeiser vindt de betwisting plaats in de verificatievergadering, maar uit de aard der zaak kan daarop bij een vordering die voor tussentijdse uitkering in aanmerking komt niet worden gewacht. Het is ook mogelijk dat de curator van mening is dat de schuldeiser wel een vordering op de boedel heeft, maar dat deze niet in aanmerking komt voor een tussentijdse uitkering. Dit kan het geval zijn wanneer hij het oordeel betwist van een rechtspersoon die een grote onderneming drijft dat het naar maatstaven van redelijkheid en onbillijkheid niet onaanvaardbaar is dat deze op een uitkering moet wachten tot na de verificatievergadering, of dat de curator meent dat de schuldeiser eerst een andere verzekeraar dient aan te spreken. Ook is mogelijk dat de curator van oordeel is dat de begunstigde geen kleine onderneming drijft, dat daarom de vraag moet worden beantwoord of het doen van een uitkering na de verificatievergadering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen heeft, en dat hij deze vraag ontkennend beantwoordt, terwijl de begunstigde stelt dat hij wel een kleine onderneming drijft, waardoor die vraag niet aan de orde is.

Voorts dient de curator, wanneer hij toestemming vraagt aan de rechter-commissaris voor het doen van een tussentijdse uitkering, tevens toestemming met betrekking tot de hoogte van de uitkering te vragen. Het is mogelijk dat een begunstigde het er niet mee eens is dat de curator geen toestemming vraagt. Voor dat geval is het wenselijk een goedkope, informele procedure open te stellen. Het is daarbij niet relevant waarom de curator geen toestemming vraagt; het is mogelijk dat hij meent dat de begunstigde niet voor een tussentijdse uitkering in aanmerking komt of dat de curator nalatig is. Indien de curator geen toestemming vraagt, kan de begunstigde daar zelf om vragen. Aangezien de begunstigde geen goed zicht heeft op de omvang van de boedel en de andere verplichtingen van de boedel, zal zijn verzoek beperkt blijven tot het doen van een uitkering. Indien de rechter-commissaris het verzoek toewijst, bepaalt hij tevens de hoogte van de uitkering en, indien het een periodieke uitkering betreft, de frequentie daarvan.

De toestemming van de rechter-commissaris is vereist voor het doen van een tussentijdse uitkering, de hoogte en, indien het een periodieke uitkering betreft, de frequentie daarvan, alsmede voor een beëindiging of wijziging. Daarnaast is de toestemming van de rechter-commissaris vereist voor het doen van een tussentijdse uitkering aan een andere persoon dan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die een micro-onderneming of kleine onderneming drijft. Tegen zowel het verlenen van de toestemming als de weigering daarvan is gedurende vijf dagen beroep op de rechtbank mogelijk. Het beroep kan worden ingesteld door de desbetreffende schuldeiser. De curator en DNB. Ervan is afgezien om de mogelijkheid van beroep ook te bieden aan andere schuldeisers omdat anders het risico bestaat dat er een veelheid van beroepen wordt ingesteld. Wel wordt aan DNB de mogelijkheid geboden om beroep in te stellen. Het staat schuldeisers die bezwaar hebben tegen de beslissing van de rechter-commissaris vrij zich te wenden tot DNB met het verzoek beroep in te stellen; het is uiteraard aan DNB te beslissen of zij inderdaad beroep instelt. De rechtbank wijst de beschikking in hoogste ressort; hoger beroep en cassatieberoep zijn dus uitgesloten. Reden daarvoor is dat het ongewenst is dat zowel de curator als de begunstigde lang in onzekerheid verkeert over het antwoord op de vraag of de betaling van een tussentijdse uitkering teruggedraaid kan worden.

Gevolgen voor bestaande overeenkomsten

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

Voorop wordt gesteld dat in de praktijk de levensverzekeringsovereenkomst zelf voorziet in de rechten die de polishouder kan uitoefenen. Die kan hij ook in het geval van een faillissement uitoefenen. Zo lang een dergelijke regeling niet in strijd is met de *paritas creditorum* of de rangregeling is zij volstrekt toelaatbaar. Zo zal bij daarvoor in aanmerking komende levensverzekeringen zijn voorzien in de mogelijkheid van afkoop. Ook is in de praktijk in de polis bepaald wat er gebeurt indien de verzekeringnemer de premie niet meer voldoet. Er kan dan sprake zijn van automatische beëindiging van de overeenkomst of automatische voortzetting waarbij de verzekeraar de eventueel verschuldigde premies voor de in de in de overeenkomst aanwezige risicoverzekeringen die worden voortgezet uit de premievrije waarde betaalt totdat de premievrije waarde nihil is geworden.

In theorie geldt artikel 37 Fw., op grond waarvan de wederpartij, dus de verzekeringscrediteur, aan de curator een termijn kan stellen waarbinnen deze moet verklaren of hij de overeenkomst nog gestand wil doen. Zou de curator de overeenkomst gestand willen doen, dan behoeft de verzekeringscrediteur zijn eigen prestatie – premiebetaling – niet op te schorten, en wordt zijn vordering op de boedel een boedelvordering en zal de curator zekerheid moeten stellen voor de nakoming. Wanneer de curator verklaart de overeenkomst niet gestand te willen doen, behoeft de verzekeringscrediteur niet langer premie te betalen. Hij zal zijn aanspraak op de contante waarde ter verificatie indienen bij de curator. De begunstigde zou ook zijn vordering tot vergoeding van de schade die hij leidt door de tekortkoming van de verzekeraar ter verificatie kunnen indienen.

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

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

Gevolgen voor de verificatie

Voor de goede orde wordt eveneens benadrukt dat de voorgestelde regeling – op een kleine uitzondering na – geen gevolgen heeft voor de wijze waarop de vordering van een begunstigde wordt geverifieerd. Voor de volledigheid wordt ook kort daarop ingegaan. Op het tijdstip van de faillietverklaring zijn er in het geval van verzekeringen die met zekerheid tot uitkering komen veel begunstigten die een vordering hebben die nog niet opeisbaar is of die recht geeft op een periodieke uitkering. Voor die situatie is artikel 131 Fw. geschreven. Dat artikel bepaalt dat een dergelijke vordering wordt geverifieerd voor haar waarde op de dag van de faillietverklaring. Deze waarde wordt ook wel de «contante waarde» genoemd. Aan de hand van een kansberekening en sterftetafels wordt berekend wat, actuariel gezien, het tijdstip is waarop de vordering de meeste kans maakt opeisbaar te worden en welke duur van een uitkeringsperiode de meeste kans maakt. Bovendien moet de vordering worden gediscoteerd tegen een percentage: de disconteringsvoet. Vervolgens wordt deze waarde «teruggerekend» naar de datum van de faillietverklaring: de vorderingen worden geverifieerd voor hun contante waarde op het tijdstip van faillietverklaring. De berekening van de contante waarde van alle vorderingen is complex en daardoor een tijdrovend geheel. Juist daarom zal er de nodige tijd verstrijken tussen het tijdstip van de faillietverklaring en de datum waarop de verificatievergadering wordt gehouden, reden voor het introduceren van tussentijdse uitkeringen voorafgaand aan de uitkeringen na de verificatievergadering. Op grond van artikel 131, tweede lid, eerste zin, Fw. worden vorderingen die binnen één jaar na de faillietverklaring opeisbaar worden, behandeld alsof zij op het tijdstip van faillietverklaring opeisbaar waren; zij worden dus geverifieerd voor hun volle waarde. De berekening van de contante waarde kan dan dus achterwege blijven. Op grond van artikel 131, tweede lid, tweede zin, Fw. worden vorderingen die later dan één jaar na de faillietverklaring opeisbaar worden, geverifieerd voor de waarde die zij hebben na afloop van een jaar sedert de aanvang van het faillissement. In artikel 131, derde lid, Fw. worden de elementen genoemd die bij de berekening van de contante waarde in beschouwing moeten worden genomen. Met opzet is daarin niet in detail getreden. De bedoeling is dat de curator en de schuldeisers met elkaar in overleg treden.

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

Gevolgen voor de bijzondere rangregeling

Hierboven is reeds de bijzondere rangregeling in artikel 213m voor vorderingen in geval van het faillissement van een verzekeraar ter sprake gekomen. De bijzondere rangregeling gaat boven de rangregeling die geldt in het faillissement van een «gewone» schuldenaar. De regeling betreffende de tussentijdse uitkeringen laat deze rangregeling onverlet. Opmerking hierbij verdient dat de vordering betreffende in de toekomst tot uitkering komende pensioentermijnen een hoger voorrecht heeft dan de vordering tot niet-periodieke uitkeringen uit levensverzekering. Op dit laatste type vordering wordt een voorschot betaald. Deze wordt dus in tijd eerder betaald dan de vordering tot toekomstige pensioentermijnen en

loonvorderingen die geen boedelvordering zijn, die beide een hoger voorrecht hebben. De curator, die toch al behoedzaam te werk moet gaan bij de inschatting van het percentage dat de begunstigde uiteindelijk zal ontvangen, zal ten aanzien van de niet-periodieke uitkeringen uit levensverzekering bij de inschatting rekening ermee moeten houden dat de vordering tot toekomstige pensioentermijnen een hoger voorrecht hebben, en nog behoedzamer moeten zijn. Ingeval de boedel bij de slotuitdeling desalniettemin ontoereikend zou blijken te zijn om deze vorderingen te voldoen als gevolg van de omstandigheid dat aan begunstigten van verzekeringen een te hoog voorschot is uitgekeerd, bestaat een aanspraak op de financieringsregeling. De bevoorschotting heeft dus niet tot gevolg dat de bevoorrechte schuldeisers erop achteruit zouden gaan.

Aansprakelijkheid curator

De kern van de voorgestelde regeling is dat de curator in bepaalde gevallen verplicht is om toestemming te vragen aan de rechter-commissaris voor het doen van een tussentijdse uitkering. Wanneer de rechter-commissaris toestemming geeft, is de curator verplicht de tussentijdse uitkering te doen. Vraagt de curator geen toestemming, dan kan de rechter-commissaris worden verzocht de curator te bevelen tot het doen van een tussentijdse uitkering. Aldus behoeft de curator niet bevreesd te zijn dat hij ten onrechte een tussentijdse uitkering doet.

Het is in beginsel aan het inzicht van de curator overgelaten op welke wijze en langs welke weg hij rekening houdt met andere belangen dan die van de boedel en waarop hij uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. De hier bedoelde vrijheid wordt in dit wetsvoorstel in zoverre beperkt dat hij verplicht is aan de rechter-commissaris toestemming te vragen voor het doen van tussentijdse uitkeringen wanneer daarvoor aan de voorwaarden is voldaan, of hem op verzoek van een belanghebbende wordt bevolen een tussentijdse uitkering te doen. De toestemming onderscheidenlijk het bevel van de rechter-commissaris maakt het op zich al onaannemelijk dat de curator aansprakelijk kan worden gesteld. De complexiteit van een faillissement van een verzekeraar en de snelheid waarmee een curator wordt geacht te handelen, brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd.

Wanneer achteraf blijkt dat gedane tussentijdse uitkeringen te hoog en waren om nog volledig te kunnen worden verrekend of juist hoger hadden kunnen zijn, moet de vraag worden beantwoord of, uitgaande van de verplichting om toestemming voor een tussentijdse uitkering te doen, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen (Maclou-arrest (HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. WMK). Bij deze toetsing past volgens jurisprudentie van de Hoge Raad terughoudendheid (HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BH4204, *NJ* 2012/515). Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien. Daarvan zal in een geval als hier aan de orde niet snel sprake zijn. Het is dan ook hoogst onwaarschijnlijk dat de financieringsregeling (onder andere bedoeld om de boedel aan te zuiveren ingeval de tussentijdse uitkeringen achteraf te hoog blijken te zijn geweest) de curator met succes aansprakelijk kan stellen.

In dit verband wordt erop gewezen dat de curator geen toestemming van de rechter-commissaris behoeft voor het doen van een tussentijdse periodieke uitkering totdat de rechter-commissaris heeft beslist op een verzoek dat is gedaan gedurende de eerste negentig dagen na de dag van de faillietverklaring. Zeer goed voorstelbaar is dat de curator gedurende deze periode periodieke uitkeringen doet van 100% op de vordering. Hij heeft deze beginfase van het faillissement nodig om te komen tot een inventarisatie van de rechten en verplichtingen van alle betrokkenen in het algemeen, en tot een inschatting van het percentage dat hij als periodieke uitkering kan uitkeren in het bijzonder. Wanneer het percentage van 100 later te hoog blijkt te zijn zal dat worden verrekend met latere periodieke tussentijdse uitkeringen. Voorkomen moet worden dat de curator in deze eerste periode, die doorgaans niet gespeend zal zijn van enige hectiek, iets van terughoudendheid voelt om 100% op de vordering te voldoen. Hoe zeer de maatstaf voor aansprakelijkheid (hij zag het onjuiste van zijn handelen in dan wel behoorde dat redelijkerwijze in te zien) ook rekening houdt met omstandigheden in de beginfase waaronder hij tot een uitkering overgaat, toch is het onwenselijk dat de mogelijke gedachte dat achteraf zou kunnen worden geoordeeld dat hij redelijkerwijze behoorde in te zien dat hij niet 100% maar bijvoorbeeld 95% had dienen te voldoen, de aandacht van de curator zou kunnen afhouden van zaken die die aandacht juist sterker verdienen. Dat is noch in het belang van de boedel in het algemeen, noch in het belang van de begunstigen in het bijzonder. Uitdrukkelijk is bepaald dat noch de boedel, noch de curator persoonlijk aansprakelijk is voor een beslissing met betrekking tot de hoogte van een uitkering gedurende de eerste negentig dagen. Daarna kan hij slechts aansprakelijk zijn indien hij, zoals al gezegd, heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.

Verhoging rang schadevergoedingsvordering

De rang van de vordering tot vergoeding van de schade van de polis-houder wordt verhoogd. Hij zal schade lijden op het moment waarop hij duurder uit is wanneer hij na het faillissement van de verzekeraar zijn risico wenst te verzekeren bij een andere verzekeraar, zo dat al mogelijk is.

In geval van het faillissement van een verzekeraar berekent de curator op grond van nader uit te werken waardingsgrondslagen de contante waarde van een polis. De contante waarde hangt af van verschillende factoren, bij levensverzekeringen onder andere sterftetafels. De curator keert vervolgens een percentage uit op deze vordering. Dat percentage kan 100 zijn, maar ook lager indien de boedel niet toereikend is om alle vorderingen uit hoofde van verzekering te voldoen. Zelfs indien de curator 100% uitkeert, zal de polishouder in veel gevallen schade lijden. Dit is het geval wanneer hij het risico dat zich nog niet heeft voorgedaan opnieuw wenst te verzekeren, bij een andere verzekeraar. In gevallen waarin de uitkering door de curator tot een fiscale vordering zou leiden, zal de prikkel om het risico opnieuw te verzekeren nog veel groter zijn. Rechtens is hij weliswaar niet verplicht een verzekeringsovereenkomst te sluiten met een andere verzekeraar, maar de facto zal hij zich toch daartoe gedwongen voelen om de fiscale gevolgen van de eenmalige uitkering door de curator, zoals een fiscale boete of een hoger belastingtarief, te voorkomen door de uitkeringen te laten plaatsvinden in de periode waarin de polis tot uitkering zou zijn gekomen bij ongewijzigde voortzetting. Met het bedrag dat hij van de curator ontvangt zal hij in het algemeen bij een andere verzekeraar niet een verzekering kunnen sluiten op dezelfde voorwaarden (waaronder risico, hoogte premie, verzekerde bedrag, looptijd). Dat kan verschillende oorzaken hebben. In de eerste plaats zal de nieuwe verzekeraar niet in alle gevallen bereid zijn om voor het bedrag dat de polishouder van de curator heeft ontvangen het risico op dezelfde

voorwaarden te verzekeren als die waarop de failliete verzekeraar dat had gedaan doordat sommige factoren, bijvoorbeeld de leeftijd van de verzekerde of markteconomische omstandigheden inmiddels zijn gewijzigd ten opzichte van het tijdstip waarop de verzekeringnemer een verzekeringsovereenkomst sloot met de inmiddels failliete verzekeraar. In de tweede plaats zullen kosten voor het sluiten van een nieuwe verzekering in rekening worden gebracht. Het is zelfs niet ondenkbaar dat het sluiten van een nieuwe verzekeringsovereenkomst in het geheel niet mogelijk is.

De conclusie is dat de polishouder normaal gesproken met het bedrag dat hij van de curator ontvangt het risico niet op dezelfde voorwaarden bij een andere verzekeraar kan verzekeren of, algemener geformuleerd, niet in de toestand kan worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de verzekeraar niet in staat van faillissement was verklaard. De schade die de verzekeringnemer lijdt bestaat uit het bedrag dat hij duurder uit is om een nieuwe verzekering te sluiten, alsook de schade die hij lijdt doordat hij weliswaar een verzekering kan sluiten tegen dezelfde premie, maar tegen overigens ongunstigere voorwaarden, of, in het extreme geval, uit de schade doordat hij in het geheel geen nieuwe verzekering kan sluiten. Hij heeft ter zake daarvan een schadevergoedingsvordering op de boedel.

Ingevolge het arrest Koot/Tideman is deze schadevergoedingsvordering concurrent.¹⁸ Er zijn ten minste drie overwegingen die leiden tot een verhoging van de rang van deze schadevergoedingsvordering.

De eerste overweging is de volgende. Het concurrente karakter van de hier bedoelde schadevergoedingsvordering is niet in overeenstemming met de geest van de richtlijn solvabiliteit II, die de polishouder beoogt te beschermen. De hier bedoelde schadevergoedingsvordering valt niet onder de definitie van «vordering uit hoofde van verzekering», opgenomen in artikel 213m onderdeel n, waarmee artikel 268, eerste lid, onderdeel g, van de richtlijn solvabiliteit II is geïmplementeerd. Dit heeft als consequentie dat de schadevergoedingsvordering niet valt onder de vorderingen die in artikel 213m worden genoemd; deze vordering is dus onder het huidige recht niet bevoorrecht. De schadevergoedingsvordering mag zelfs niet net zo hoog bevoorrecht zijn als een vordering uit hoofde van verzekering, omdat zij niet wordt genoemd in artikel 275, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn solvabiliteit II, waarin de vorderingen worden genoemd die als enige het daargenoemde hoge voorrecht mogen krijgen. Dat het concurrente karakter van deze schadevergoedingsvorderingen op gespannen voet staat met de geest van de richtlijn solvabiliteit II, is op zich reeds een reden om ook aan de schadevergoedingsvordering een hogere rang toe te kennen, niet een rang die wordt genoemd in de onderdelen a tot en met g van het tweede lid of de onderdelen a tot en met e in het derde lid, maar wel een rang die daarop onmiddellijk volgt. Met een verhoging van de rang van de schadevergoedingsvordering wordt niet zozeer een nieuwe weg ingeslagen, als wel de gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor wat betreft de schadevergoedingsvordering van een polishouder in overeenstemming gebracht met de geest van de richtlijn.

De tweede overweging houdt verband met de regel dat ook de failliete verzekeraar de verplichting had om een risicomarge te reserveren. Het is mogelijk dat de boedel mede daardoor zo groot is dat er nog iets overblijft nadat de vorderingen uit hoofde van verzekering zijn voldaan. Het zou met het oog op de geest van solvabiliteit II ongerijmd zijn dat aan de ene kant de verzekeringscrediteur in een slechtere positie komt doordat hij duurder

¹⁸ HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (m.nt. F. Verstijlen); ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (i.h.b. r.o. 3.6.3).

uit is bij het sluiten van een nieuwe verzekering, en aan de andere kant dat, als er nog wel geld in de boedel zou zijn om die verslechtering ongedaan te maken, dat geld niet ten goede zou komen aan de verzekeringscrediteur.

Ten derde wordt gewezen op de hoofdregel voor schadevergoedingsvorderingen in het algemeen dat, indien de curator in het belang van de boedel geen uitvoering geeft aan een door de gefailleerde voor de faillietverklaring aangegane overeenkomst slechts een concurrente vordering resteert en dat het daarmee ongerijmd zou zijn dat een schadevergoedingsvordering een andere rang zou krijgen. Op deze hoofdregel is ook in het arrest Koot/Tideman nog eens gewezen. In het faillissement van een verzekeraar geldt dat de vordering uit hoofde van een verzekering nu juist niet concurrent maar bevoorrecht is, zodat ook om die reden aanleiding bestaat om aan deze schadevergoedingsvordering van een verzekeringscrediteur een rang toe te kennen die dichter bij de rang van de vordering uit hoofde van verzekering staat.

Op grond van deze drie overwegingen wordt aan de schadevergoedingsvordering van de verzekeringscrediteur een rang toegekend die direct volgt op die, genoemd in het huidige artikel 213, tweede en derde lid.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat voorstelbaar is dat er ook vorderingen tot schadevergoeding zijn hun grondslag in de verzekeringsovereenkomst zelf vinden, bijvoorbeeld doordat de verzekeraar toerekenbaar tekort is gekomen in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst. Deze vorderingen vallen al onder het begrip «vordering uit hoofde van verzekering», en vallen daardoor niet onder de vorderingen waaraan in dit onderdeel van het wetsvoorstel een hogere rang wordt toegekend.

De vraag zou kunnen worden gesteld of de toekenning van een hogere rang aan de schadevergoedingsvordering van de verzekeringscrediteur gevolgen heeft voor de mogelijkheden van bail-in in afwikkeling. In dit verband spelen kwesties als de waardering van de schadevergoedingsvordering en het no-creditor-worse-off-beginsel (NCWO-beginsel). Het voornemen bestaat om, wanneer dit wetsvoorstel wordt aangenomen en tot wet wordt verheven, bij algemene maatregel van bestuur deze onderwerpen nader uit te werken en bij die gelegenheid de gevolgen voor bail-in nader toe te lichten. Nu reeds wordt opgemerkt dat de verhoging van de rang van de schadevergoedingsvordering slechts gevolgen heeft voor de verdeling van de boedel over de schuldeisers, maar niet voor het totale bedrag dat door het geheel van schuldeisers wordt ontvangen. In die zin heeft de verhoging van de rang dan ook geen gevolgen voor de bail-in-ruimte.

Wijziging criterium faillissement

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

Onder het huidige recht kan de bewindvoerder in de noodregeling rechten en verplichtingen overdragen. Hij heeft daarvoor geen toestemming nodig van anderen dan de rechter. Zo kan de bewindvoerder een portefeuille verzekeringsovereenkomsten overdragen zonder instemming van de polishouders.

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

§ 5. Fiscale aspecten van het wetsvoorstel

De in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen kunnen ook fiscale gevolgen hebben. Deze betreffen in ieder geval de loon- en inkomstenbelasting, die verschuldigd zijn bij uitkering van pensioen of uitkeringen uit levensverzekeringen, en de vennootschapsbelasting die door de onderneming is verschuldigd.

Nader zal worden bezien in hoeverre voor de verschillende onderwerpen aanpassing van de fiscale regelgeving noodzakelijk is. Daarbij wordt beoogd een goede balans te treffen tussen het belang van een doeltreffende en rechtvaardige belastingheffing en het belang dat met dit voorstel wordt beschermd, namelijk dat van de polishouder bij een verzekeraar. Eventuele aanpassingen van de fiscale regelgeving zullen niet in het onderhavige voorstel worden opgenomen. Om die reden wordt hierop thans niet nader ingegaan.

Wel kan nog het volgende worden opgemerkt. Wanneer DNB een verzekeraar of verzekeringsgroep in afwikkeling heeft geplaatst, kan het wenselijk zijn de verschillen tussen de fiscale en commerciële waarden weg te nemen. Hierdoor verdwijnen de fiscale latenties van de balans. Dit kan plaatsvinden door een portefeuilleoverdracht aan een andere rechtspersoon, bijvoorbeeld door een belaste overdracht daarvan aan een andere verzekeraar of de overbruggingsinstelling. De overgedragen activa en passiva worden dan zowel fiscaal als commercieel tegen de waarde in het economisch verkeer te boek gesteld. Het verschil tussen de (fiscale) boekwaarde en de waarde in het economisch verkeer van de overgedragen activa en passiva zal de overdragende partij (de verzekeraar in afwikkeling) tot de fiscale winst moeten rekenen, waarover vervolgens vennootschapsbelasting verschuldigd zal zijn. De verkrijgende partij (de marktpartij of overbruggingsinstelling) zal de activa en passiva alsdan

tegen de waarde in het economisch verkeer in haar fiscale boeken opnemen. Indien geen portefeuilleoverdracht plaatsvindt, bijvoorbeeld doordat wordt geopteerd voor een herstart van de verzekeraar in afwikkeling (in dezelfde rechtspersoon) nadat deze is geherkapitaliseerd, is het bovenstaande niet van toepassing. De fiscale latenties blijven dan na de herstart op de balans van de verzekeraar staan.

§ 6. Verhouding tot Handvest van de Grondrechten en EVRM

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

Het Eerste Protocol en het Handvest tasten niet het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens vereist artikel 1 van het Eerste Protocol in de eerste plaats dat elke inbreuk door de Staat op het ongestoorde genot van eigendom bij de wet voorzien en in overeenstemming met het nationale recht is. Dit nationale recht moet voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing daarvan moet voldoende voorzienbaar zijn (arresten van 25 juni 1996 inzake Amuur tegen Frankrijk, nr. 19776/92, par. 50 en 9 november 1999 inzake Spacek tegen Tsjechië, nr. 26449/95, par. 54; www.echr.coe.int). De inbreuk moet in de tweede plaats een legitiem in het algemeen belang gelegen doel dienen. In de derde plaats is een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Dit vereist een evenwicht tussen het nagestreefde doel en de bescherming van individuele rechten. Bij de beoordeling van wat het algemeen belang vergt en de keuze van de middelen om dit te bereiken, komt de nationale wetgever «a wide margin of appreciation» toe. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft voorts benadrukt dat deze «wide margin of appreciation» zeker geldt voor maatregelen op het terrein van het bewaken van de stabiliteit van het bancaire en financiële stelsel (zie onder meer het arrest van het EHRM van 24 november 2005, Capital Bank AD tegen Bulgarije, nr. 49429/99, par. 136; www.echr.coe.int).

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

Bij wet voorzien

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

nemen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarde dat de inbreuk bij wet voorzien is.

Legitiem doel in het algemeen belang

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

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

Proportionaliteit

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

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

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

§ 7. Verhouding tot communautair recht

Anders dan het kader voor banken en beleggingsondernemingen heeft dit nieuwe regime voor verzekeraars geen Europese herkomst. Dat heeft onder meer tot gevolg dat zal moeten worden bepaald in hoeverre de

hierin vervatte regels in overeenstemming zijn met het communautaire recht inzake vrij verkeer en staatssteun.

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

De karakterisering van deze regeling als regeling voor *gone concern*-verzekeraars verklaart tevens waarom de hierin vervatte bevoegdheden andere regels die ook deels een communautaire achtergrond hebben, bijvoorbeeld waar het gaat om de rechten van aandeelhouders bij een beursgenoteerde vennootschap vervat in de vennootschapsrichtlijn¹⁹, terzijde kunnen schuiven. Dergelijke regels gelden niet op dezelfde wijze wanneer een verzekeraar om bepaalde redenen van algemeen belang in afwikkeling is geplaatst en als zodanig uit het normale economische en rechtsverkeer is genomen. Dat wordt hieronder nader toegelicht.

Vooraleerst wordt gewezen op de context van de richtlijn Solvabiliteit II. Deze richtlijn brengt op een aantal punten tot uitdrukking dat het belang van polishouders voorop moet staan en dat dit met zich kan brengen dat de belangen van andere belanghebbenden bij een falende verzekeraar in bepaalde gevallen kunnen wijken voor de belangen van die polishouders. Dit is in lijn met hetgeen in de overwegingen bij die richtlijn wordt genoemd als het «voornaamste doel van verzekerings- en herverzekeringregelgeving en -toezicht» namelijk om «een adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigen te bewerkstelligen. Zo bepaalt de richtlijn solvabiliteit II in artikel 275 dat vorderingen uit hoofde van verzekeringen moeten worden bevoorrecht boven alle andere vorderingen op de verzekeringsonderneming. In artikel 144, tweede lid, derde volzin, van de richtlijn wordt bepaald dat wanneer de vergunning van een verzekeraar is ingetrokken – en bij een falende verzekeraar moet de vergunning altijd worden ingetrokken – de «autoriteit van de lidstaat van herkomst [...] alle passende maatregelen [neemt] om de belangen van de verzekerden te beschermen [...]». De richtlijn draagt de autoriteiten op na het vervallen van de vergunning van de verzekeraar zich de belangen van polishouders nadrukkelijk aan te trekken en alle passende maatregelen te nemen om hun belangen te beschermen.

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

¹⁹ Richtlijn 2012/30/EU van het Europees parlement en de Raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 2012, L 315, blz. 74), de vennootschapsrichtlijn.

ingetrokken bevindt zich in *gone concern* en alleen dan is de onderlinge rangorde van vorderingen op de verzekeraar van belang.

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

Daarbij kan worden gewezen op de bescherming voor aandeelhouders doordat de ontwikkelingsinstrumenten slechts kunnen worden ingezet indien de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen – eveneens het wettelijk criterium voor de aanvraag van faillissement van een verzekeraar – en doordat aandeelhouders en andere schuldeisers niet in een slechtere positie mogen worden gebracht dan wanneer diezelfde verzekeraar in faillissement zou worden geliquideerd. Het voorgaande brengt met zich dat aandeelhouders en schuldeisers als gevolg van toepassing van de instrumenten in economische zin niet kunnen worden benadeeld. Immers, indien niet tot afwikkeling zou kunnen worden besloten, rest voor de verzekeraar slechts liquidatie in faillissement en de aandeelhouders en andere schuldeisers lijden in die situatie een verlies dat groter of ten hoogste gelijk is aan hun verlies in afwikkeling. In economische zin wordt hun aldus in afwikkeling niets ontnomen. Zie in dit verband de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat deze conclusie versterkt.²⁰ Het Hof oordeelde dat de intrekking van aandelen als bestuursrechtelijke maatregel de economische waarde van de aandelen niet vermindert wanneer de vennootschap geen activa heeft. Die situatie komt voor de aandeelhouders materieel overeen met die waarin zij in faillissement niets zouden ontvangen. Wel verliezen zij het recht door middel van stemming op de algemene vergadering invloed uit te oefenen (lees: bepaalde besluiten te blokkeren). Echter, nu zij in economische zin geen verlies lijden ten opzichte van het faillissementsscenario is de kans aanwezig dat zij die stemrechten zouden kunnen gebruiken om andere partijen zoals de polishouders die er in afwikkeling wellicht meer op vooruit zouden gaan te benadelen door faillissement af te dwingen. Dit is niet een effect dat door de vennootschapsrichtlijn wordt beoogd.

Het is denkbaar dat de maatregelen die in dit voorstel zijn vervat, worden gekwalificeerd als een belemmering van het vrije verkeer van vestiging zoals dat wordt beschermd door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het is immers denkbaar dat een onderneming met zetel in een andere lidstaat het risico om in Nederland aan de toepassing van ontwikkelingsmaatregelen te worden onderworpen, als belemmering ervaart. Hetzelfde geldt – wellicht nog meer – voor het feit dat ten aanzien

²⁰ Europees Hof voor de Rechten van de Mens 14 februari 2017, ECLI:ECHR:2017:0214JUDO003648007,36480/07, JOR 2017/155.

van dergelijke ondernemingen maatregelen kunnen worden geëist die de afwikkelbaarheid van de verzekeraar vergroten. Nu de bepalingen in dit hoofdstuk slechts van toepassing zijn op ondernemingen met zetel in Nederland worden de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten niet geraakt.

Op het verbod op een belemmering van het vrije verkeer zijn slechts dan uitzonderingen mogelijk indien is voldaan aan een drietal criteria: de regeling moet gerechtvaardigd worden door een zogenoemde dwingende reden van algemeen belang²¹, de belemmering moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te realiseren, en de belemmering mag niet verder gaan dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is (proportionaliteitsvereiste).

Ten aanzien van het eerste criterium kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin het Hof overwoog dat de handhaving van de goede reputatie van de nationale financiële sector een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die beperkingen op het vrij verkeer kan rechtvaardigen.²² Daarnaast beoogt de regeling bescherming van consumenten van verzekeraars (polishouders). Ook consumentenbescherming is een door het Hof van Justitie erkende dwingende reden van algemeen belang.²³

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

§ 8. Bekostiging

De kosten die verband houden met het voorbereiden van de afwikkeling en zo nodig ook de kosten van de afwikkeling zelf, worden, overeenkomstig de in de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) vastgelegde systematiek, doorberekend aan de instellingen waarop hoofdstuk 3A.2 Afwikkeling van verzekeraars van de Wft van toepassing is. De Wbft wordt hierop aangepast. Daarbij is ervoor gekozen om aan verzekeraars die onder het Basic regime vallen geen kosten in rekening te brengen. De kosten die DNB maakt voor het toezicht op de naleving van deze wet is minimaal waar het gaat om Basic verzekeraars, waardoor de kosten in

²¹ Hierbij wordt er korthedshalve vanuit gegaan dat de zogenoemde verdragsexcepties uit de artikelen 51 en 52 VWEU (openbare orde; openbare veiligheid, volksgezondheid en werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag) niet van toepassing zijn.

²² HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, NJ 1995, 703 (Alpine Investments). Het betreft in deze zaak een belemmering van het vrij verkeer van diensten, deze rechtspraak is echter evenzeer toepasbaar op het vrij verkeer van vestiging.

²³ Zie onder meer het arrest van het Hof in zaak C-210/96 (Gut Springenheide) Jur. 1998, p. I-4657.

redelijkheid niet over deze categorie verzekeraars kunnen worden omgeslagen. Mede om vermenging met de financiering van andere taken te voorkomen, is ervoor gekozen om bedoelde instellingen onder te brengen in een nieuwe bijlage V van de Wbft.

Door de kosten middels een nieuwe bijlage in de Wbft over de sector om te slaan wordt bereikt dat enkel verzekeraars bijdragen in de kosten voor deze afwikkelingstaak. De kosten voor deze taak worden derhalve in de ZBO-begroting van DNB afzonderlijk begroot. Dit leidt niet per definitie tot een stijging van de totale begroting van DNB gelijk aan dat bedrag. Deze taak is bij DNB belegd om de synergievoordelen die het met zich brengt en de kennis en expertise waarover zij al beschikken ten aanzien van dit onderwerp. Over de hoogte van de kosten zal nader overleg worden gevoerd tussen het Ministerie van Financiën en DNB. Uiterlijk met de goedkeuring van de ZBO-begroting van DNB voor 2018 worden de Tweede en Eerste Kamer hierover geïnformeerd.

§ 9. Administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten

Wet- en regelgeving brengt kosten met zich mee doordat bepaalde instellingen (en/of burgers) deze regels moeten naleven. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten voor de verzekeringssector die voortvloeien uit deze wet. Eerst wordt een overzicht gegeven van de verschillende begrippen die een rol spelen bij de bepaling van administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Vervolgens wordt de doelgroep vastgesteld en de verplichtingen waaraan deze dient te voldoen. Tot slot volgt een berekening van de verschillende lasten en kosten die uit deze verplichtingen voortvloeien.

Belangrijk om vooraf op te merken is dat enkel de verandering in kaart wordt gebracht van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten die dit wetsvoorstel met zich mee brengt ten opzichte van de al bestaande wet- en regelgeving.

Definities en begrippen

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

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

Inhoudelijke nalevingskosten zijn de kosten die bedrijven maken om te voldoen aan de inhoudelijke verplichtingen die wet- en regelgeving stelt. Inhoudelijke verplichtingen zijn verplichtingen om bepaalde handelingen of gedragingen te doen of juist na te laten. Informatieverplichtingen aan derden, anders dan (zelfstandige) bestuursorganen of rechtspersonen met een wettelijke taak, vallen onder het begrip inhoudelijke nalevingskosten. Een voorbeeld betreffende de inhoudelijke nalevingskosten is de verplichting voor verzekeraars een voorbereidend crisisplan op te stellen en bij te houden.

Bij de toedeling van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten dient ook rekening gehouden te worden met de categorie bedrijfseigen kosten. Deze categorie betreft de kosten die voortvloeien uit de wet- en regelgeving, maar die ook deel uitmaken van de kosten van de

normale bedrijfsvoering. Omdat deze kosten ook gemaakt dienen te worden als wet- en regelgeving hiertoe niet verplichtte, worden deze kosten buiten beschouwing gelaten in de berekening van de lasten voor de verzekeraars.

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

Omvang doelgroep

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

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

Tabel 1: Doelgroep

	Aantal
Groepen	29
Dochters	87
Zelfstandige eenheden	69

Specificatie verplichtingen

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

Opstellen en bijhouden van voorbereidend crisisplan

DNB kan van alle solvabiliteit II verzekeraars verlangen dat zij een voorbereidend crisisplan opstellen en bijhouden dat voorziet in maatregelen om de financiële positie van de verzekeraar te herstellen nadat er een aanzienlijke verslechtering van deze positie heeft plaatsgevonden. De verzekeraar moet het voorbereidend crisisplan minimaal eens in de drie jaar bijwerken. Bovendien verplicht het wetsvoorstel verzekeraars om na een wezenlijke verandering in de structuur of activiteiten het voorbereidend crisisplan direct aan te passen. De crisisplannen moeten worden

voorgelegd aan DNB ter evaluatie. Het opstellen en bijhouden van een voorbereidend crisisplan valt onder inhoudelijke nalevingkosten. De lasten komen in beginsel jaarlijks voor en zijn dus structureel van aard.

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

Herziening van voorbereidend crisisplan

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

Volledige medewerking verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan

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

Herziening van afwikkelingsplannen

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

Wegnemen van belemmeringen voor afwikkeling

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

polishouders. DNB kan voorschrijven die belemmering weg te nemen door de ICT systemen aan te passen zodat rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van een (tijdelijke) korting op de uitkering aan polis-houders. Ook hiervoor geldt dat dit op verzoek van DNB dient te gebeuren.

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

Berekenen van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten

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

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

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

Tabel 2: Gemiddelde kosten per verplichting (in euro's x 1000)

Verplichting	Gemiddelde kosten	Gemiddelde kosten (per dochter)
Opstellen en bijhouden van voorbereidend crisisplan	172.179	32.005
Volledige medewerking verlenen bij het opstellen van het afwikkelingsplan	83.997	20.999
Totaal	256.176	53.004

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

	Structureel		Incidenteel		Totaal
	Groep (inclusief dochters)	Zelfstandige Eenheid	Groep (inclusief dochters)	Zelfstandige Eenheid	
Administratieve lasten	4.263	5.796	0	0	10.059
Inhoudelijke Nalevingskosten	877	1.373	6.900	10.507	19.658
	Totaal structureel		Totaal incidenteel		
	12.309		17.408		
					29.717

§ 10. Consultatie

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is ten behoeve van een open consultatie op internet geplaatst. Daarbij 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. Daarnaast zijn de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de 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.

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:1, 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 en gemengde verzekeringsholdings. 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, 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, volgt uit het feit dat het bankenregime een communautaire achtergrond heeft dat het bankenregime 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 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 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.

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 arbeidsongeschiktheidsverzekeringen herstel of 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 solvabiliteit II uitbestedingsregels. Naar aanleiding van dit verzoek is toelichting verduidelijkt.

Bail-in

Een aantal respondenten (onder meer het Verbond van Verzekeraars, de GCV, 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 failgeen 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 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 solvabiliteit 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 GCV 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 verzekeringsportefeuille. 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 eigendomsinstru-

menten. Met andere woorden indien bail-in wordt toegepast op vorderingen van polishouders zal vaak «slechts» worden besloten tot verlaging van de vordering zonder dat omzetting van die vordering in eigendomsinstrumenten plaatsvindt. Hierbij vindt in wezen een aanpassing van de verzekeringsovereenkomst plaats die vergelijkbaar is met 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 GCV 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 afwikkelingautoriteit 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.

Waardering

Verschillende partijen (Verbond van verzekeraars, Milliman, de GCV) 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 de richtlijn solvabiliteit II op een aantal punten subjectieve elementen bevatten. Dit gegeven vereist aldus Milliman dat, indien DNB het raamwerk van de richtlijn solvabiliteit II 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.

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 de richtlijn solvabiliteit II. Het is daarmee, aldus opnieuw Clifford Chance, een helder en duidelijk criterium. Clifford Chance stelt vervolgens voor de voorwaarden voor afwikkeling van een verzekeraar met een vergunning als bedoeld in de richtlijn solvabiliteit II te beperken tot dit criterium en de onderdelen b) en c) slechts toe te passen op andere entiteiten en verzekeraars zonder een dergelijke vergunning. Hierover kan het volgende worden opgemerkt. Uitgangspunt blijft ook na inwerking-treding 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 in verbinding met een ander doel) 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. Daarbij geldt dat op grond van artikel 3A:84 het belang van bescherming van polishouders in verbinding dient te worden gezien met het belang van het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen, het voorkomen van significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie. Dat neemt niet weg dat de bescherming van polishouders, ook bij een middelgrote 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.

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 open 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. Er is van afgezien om de mogelijkheid te introduceren dat een polishouder of andere belanghebbende in verzet kan komen tegen de faillietverklaring op de grond dat wel is voldaan aan het vereiste dat afwikkeling in het algemeen belang is. Indien ten aanzien van de verzekeraar faillissement wordt uitgesproken kunnen polishouders en andere crediteuren 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 zoiets als een omgekeerd NCWO-beginsel waarbij in faillissement schuldeisers niet slechter mogen worden behandeld dan in afwikkeling. Er bestaat voor schuldeisers dan ook niet een «recht op afwikkeling». Er is nog een tweede reden om het voorstel van Milliman niet over te nemen. Het voorstel ziet op de situatie waarin wel is voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring (falend en geen alternatieve mogelijkheden), maar naar het oordeel van DNB niet aan het derde criterium voor afwikkeling: algemeen belang. Dat vereiste strekt evenwel niet tot bescherming van de schade die de individuele schuldeiser stelt te hebben geleden. Een en ander laat onverlet dat op grond van artikel 10 Fw. een belanghebbende wel in verzet kan komen indien hij van oordeel is dat niet is voldaan aan de vereisten voor faillietverklaring.

Ten slotte wordt opgemerkt dat in geval van een falende verzekeraar deze faillieert *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.²⁴ 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.

Tussentijdse uitkeringen in faillissement

Een aantal respondenten heeft opmerkingen gemaakt met betrekking tot de tussentijdse uitkeringen in faillissement: Houthoff Buruma, 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 verzekeringsschuldmeende dat de curator ten onrechte niet overging tot het doen van tussentijdse uitkeringen anders in te richten; in het consultatiedocument kon de verzekeringsschuldmeende 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 verzekeringsschuldmeende 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 slotuitdelinglijst, 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 wijst 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

²⁴ 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.

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.

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.

Voorts 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 solvabiliteit 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 bevoorrechtiging 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.

Voorts 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 bevoordeling. 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 mogelijkwijs 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 bevoordeling, 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.

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

Een aantal respondenten (onder meer Eumedion, de GCV 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 voor wat 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 aandelhoudersrechten 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 eerder in deze toelichting 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.²⁵ 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 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 gelijklopende artikel 3A:6, ook op andere plaatsen in de wet reeds in meer of mindere mate precedenten.

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 alle tijden de proportionaliteit van haar

²⁵ Zie in dat verband het arrest van Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 november 2016 C-41/15 r.o. 49.

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 onbeperkt 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 om 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 plicht met betrekking tot een verklaring van geen bezwaar (vvgb) voor verzekeraars in going concern kennen een Europeesrechtelijke achtergrond in de richtlijn solvabiliteit II. Hiervoor is in de toelichting reeds opgemerkt dat het wettelijk kader van de richtlijn solvabiliteit II met het intrekken van de vergunning van de verzekeraar niet langer van toepassing is. Het staat de Nederlandse wetgever dus vrij een, van de richtlijn solvabiliteit 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 (gekwalificeerde 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.

Institutionele inbedding afwikkelingstaak

Verschillende partijen (Hazelhoff Centre for Financial Law Universiteit Leiden, het Verbond van Verzekeraars, het IFR en de GCV) 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. Op dezelfde wijze zal ook de afwikkelingstaak ten aanzien van verzekeraars binnen DNB worden gepositioneerd. Dat wil zeggen dat de afwikkelingstaak voor verzekeraars zal worden belegd onder eindverantwoordelijkheid van de directeur afwikkeling. Daartoe wordt de Bankwet 1998 aangepast. 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.

Financiering

Verschillende partijen (Eumedion, het Verbond van Verzekeraars, Hazelhoff Centre for Financial Law Universiteit Leiden, het IFR) 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 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 IFR 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 verzekeringssector 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 verzekeringssector 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 scheidt vertrouwen in de verzekeringssector en voorkomt ernstig verlies van dat vertrouwen in geval van een falende verzekeraar. Het op ordentelijke 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 IFR 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 verzekeringsdochter 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 doelen 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 waardebepaling 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.

Proportionaliteit

Verschillende partijen (Houthoff Buruma, Milliman, het Verbond voor Verzekeraars, Clifford Chance) 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.

Houthoff 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 voorbereidend 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 bureaucratistisch 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 Chance 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 instel-

lingen of met het financiële stelsel als geheel. Hierbij is op te merken dat de afwikkeling van een verzekeringsgroep niet in één weekend zal plaatsvinden, maar dat hier maanden over heen kunnen gaan. Het is dus niet zo dat alle informatie benodigd voor afwikkeling continu volledig beschikbaar hoeft te zijn, zoals dat het geval is bij banken. Wat wel van belang is dat er op voorhand een goede inschatting wordt gemaakt welke voor onderdelen van een verzekeringsgroep (bijvoorbeeld de levensverzekeraars) afwikkeling het meest voor de hand ligt, en voor welke onderdelen het faillissement prevaleert. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer er sprake is van een schadeverzekeraar met bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen, waar nog veel schades uit kunnen voortvloeien. Alleen voor die onderdelen van een verzekeringsgroep waarvoor afwikkeling voor de hand ligt, is informatie benodigd om dit mogelijk te maken. In het geval van een kleine, weinig verweven of weinig complexe verzekeraar kan een afwikkelingsplan worden beperkt tot bepaalde basisinformatie welke onderdelen van de groep in de scope van afwikkeling vallen. Voor die onderdelen zal vervolgens wat meer informatie gevraagd worden ten behoeve van het afwikkelplan. DNB zal per geval bepalen hoe diepgaand afwikkelplan gemaakt gaat worden. 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, dan wel op voorhand helder is dat van afwikkeling geen sprake zal zijn. Voorts wordt geregeld dat zowel het voorbereidend crisisplan als het afwikkelplan in beginsel één keer per drie jaar wordt opgesteld per verzekeringsgroep of stand alone verzekeraar.

Clifford Chance 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.

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.

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 solvabiliteit II opgenomen samenwerkingsbepalingen en bepalingen inzake informatie-uitwisseling tussen autoriteiten onderling gelden. Daarbij introduceert de richtlijn solvabiliteit 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 IFR 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.

Melding voorwetenschap

In het consultatiedocument was een subparagraaf met betrekking tot artikel 17, vijfde lid, van de Verordening Marktmissbruik opgenomen.²⁶ 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.

²⁶ Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmissbruik (Verordening marktmissbruik) 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.

ARTIKELSGEWIJS

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht

Artikel I

A

In artikel 1:1 worden drie wijzigingen aangebracht. Alle drie de wijzigingen houden verband met het omvormen van het huidige instrumentarium tot het afwikkelingsinstrumentarium.

De eerste wijziging betreft de definitie van «bewindvoerder». De bewindvoerder is degene die, kort gezegd, bevoegd is in saneringsmaatregelen. Onderdeel a is onlangs voorgesteld bij de zogenoemde Herstelwet, die onder «saneringsmaatregel» ook het afwikkelingsinstrumentarium met betrekking tot banken en beleggingsondernemingen schaaft. Door deze systematiek moet onder de term «bewindvoerder» mede worden verstaan de autoriteit die bevoegd is tot toepassing van een afwikkelingsinstrument en de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden als bedoeld in de BRRD. De term «bewindvoerder» komt in de Wft na het vervallen van de noodregeling alleen voor in bepalingen betreffende een bewindvoerder in een andere lidstaat die hier wenst op te treden. Daarom is dit onderdeel van de definitie beperkt tot de bewindvoerder uit een andere lidstaat. In het verlengde van een en ander ligt dat onder «bewindvoerder» ook moet worden verstaan degene die bevoegd is tot toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars dat in het thans voorliggende wetsvoorstel wordt geregeld. Ook dit onderdeel van de definitie is beperkt tot de bewindvoerder uit een andere lidstaat.

Het begrip «saneringsmaatregel», en daarmee ook het begrip «bewindvoerder», is vooral van belang voor bepalingen inzake toepasselijk recht. Voor het geval andere lidstaten ook een afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars hebben ingevoerd of gaan invoeren, is opgenomen dat ook de autoriteit die bevoegd is in een dergelijk afwikkelingsinstrumentarium onder het begrip «bewindvoerder» valt. Dat is bepaald in onderdeel b.

Onderdeel c ziet op de bewindvoerder die is benoemd in procedures als de noodregeling. De Nederlandse noodregeling vervalt, maar niet kan worden uitgesloten dat andere lidstaten nog wel een vergelijkbare procedure kennen. Daarom wordt de bewindvoerder die is benoemd dergelijke procedures, geopend in een andere lidstaat, vermeld in onderdeel c, conform de richtlijn sanering en liquidatie banken (richtlijn 2001/24/EG) en de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars (richtlijn 2001/17/EG).

De tweede wijziging houdt verband met het vervallen van het instrument van de opvangregeling voor levensverzekeraars. Dat instrument, net als de noodregeling, maakt plaats voor het afwikkelingsinstrumentarium. In verband daarmee vervalt de definitie van «opvanginstelling».

De derde wijziging betreft de definitie van «saneringsmaatregel». De definitie van «saneringsmaatregel» wordt gewijzigd. Onderdeel a is onlangs voorgesteld bij de Herstelwet, die onder «saneringsmaatregel» ook het afwikkelingsinstrumentarium schaaft. Onderdeel b is nieuw en bepaalt dat het afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars ook onder het begrip «saneringsmaatregel». Het begrip «saneringsmaatregel» is vooral van belang voor bepalingen inzake toepasselijk recht. Voor het geval andere lidstaten ook een afwikkelingsinstrumentarium voor verzekeraars hebben ingevoerd of gaan invoeren, is opgenomen dat ook die onder het begrip «saneringsmaatregel» valt. Onderdeel c ziet op procedures als de noodregeling. De Nederlandse noodregeling vervalt, maar niet kan worden uitgesloten dat andere

lidstaten nog wel een vergelijkbare procedure hebben. Daarom worden dergelijke procedures, geopend in een andere lidstaat, vermeld in onderdeel c, conform de richtlijn sanering en liquidatie banken (richtlijn 2001/24/EG) en de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars (richtlijn 2001/17/EG).

G

De wijziging expliciteert dat een verzekeraar een voorbereidend crisisplan moet opstellen en bijhouden. Het voorbereidend crisisplan is het equivalent van hetgeen op grond van de BRRD (artt. 5 tot en met 9) het herstelplan is voor banken. De benaming voor verzekeraars luidt anders, omdat de Wft (art. 3:135 Wft) al een (ander) herstelplan voor verzekeraars kent. Het voorbereidend crisisplan eist dat een verzekeraar in financieel gezonde tijden nadenkt over te nemen stappen voor de situatie waarin hij de solvabiliteitsvereisten (SCR/MCR) doorbreekt of dreigt te doorbreken. De verzekeraar moet inzicht geven in welke mate er dan nog herstelmogelijkheden zijn. Het voorbereidend crisisplan wordt een keer opgesteld en zo nodig jaarlijks geactualiseerd ter voorbereiding van het ontstaan van eventuele financiële problemen. Het doel van het plan is oplossingen aan te reiken voor mogelijke crisissituaties voor de betrokken verzekeraar en gaat hierbij nadrukkelijk in op de financiële, operationele en juridische haalbaarheid van deze oplossingen. Bij het opstellen van het in artikel 3:135 bedoelde herstelplan dan wel het in artikel 3:136 bedoelde financieel kortetermijnplan kan de verzekeraar gebruik maken van het voorbereidend crisisplan.

H–J

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

K–L

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

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

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

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

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

N-S

Een verzekeraar in financiële problemen waarvan de vergunning is ingetrokken zal ook niet altijd meer in het bezit zijn van de volledige technische voorzieningen volgens de solvabiliteit II waardering. Een bepaling dat de verzekeraar in die omstandigheden niet meer aan die eisen hoeft te voldoen, is vanzelfsprekend en ontbreekt daarom tot op heden. In het kader van de invoering van een afwikkelingskader in de Wft voor verzekeraars wordt voorgesteld om wel te voorzien in een expliciete bepaling met betrekking tot de technische voorzieningen na intrekking van de vergunning. De verzekeraar dient er naar te streven ook na intrekking

van de vergunning te voldoen aan alle eisen met betrekking tot de technische voorzieningen, maar gezien het feit dat de verzekeraar na de intrekking van de vergunning in afwikkeling is, moet rekening worden gehouden met de kans dat niet meer 100% van die technische voorzieningen volgens de solvabiliteit II waardering aanwezig is.

U

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

V–X

Deze artikelen houden verband met het vervallen van de noodregeling

AA

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

OO

HOOFDSTUK 3A.22 AFWIKKELING VAN VERZEKERAARS

Artikel 3A:78 Reikwijdte

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

Artikel 3A:79 Verhouding tot toepasselijk recht

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

Artikel 3A:80 Toepassing van afwikkelingsbesluiten

In dit hoofdstuk wordt een groot aantal bevoegdheden toegekend aan DNB. Het betreft daarbij ook zeer ingrijpende bevoegdheden, bijvoorbeeld bail-in of de overgang van onderdelen van de onderneming. De effectiviteit van de uitoefening van deze bevoegdheden zou zeer ernstig worden belemmerd indien de toepassing afhankelijk zou kunnen zijn van in overeenkomsten, statuten van de entiteit in afwikkeling of andere

wettelijke bepalingen neergelegde bevoegdheden van derden. Zo zou bijvoorbeeld toepassing van het instrument van overgang van de onderneming ernstig worden bemoeilijkt indien voor de overgang op grond van artikel 2:107a van Boek 2 van het BW instemming van de algemene vergadering benodigd zou zijn. Hetzelfde geldt voor de toepassing van het instrument van bail-in waarbij voor het verminderen van de waarde van aandelen of de intrekking ervan ingevolge artikel 208 van Boek 2 in beginsel eveneens instemming van de algemene vergadering is vereist.

In het eerste lid wordt, kort gezegd, bepaald dat besluiten die door DNB in het kader van afwikkeling worden genomen, en de voorbereiding en uitvoering ervan (dit voor zover deze niet in het besluit zijn vervat) niet zijn onderworpen aan enig instemmingvereiste. Er zijn op deze hoofdregel twee uitzonderingen opgenomen. In de eerste plaats is bij toepassing van het instrument van overgang van de onderneming instemming van de verkrijger vereist. Een potentiële overnemer kan dus niet worden gedwongen tot een koop. Daarnaast is een uitzondering gemaakt voor besluiten genomen ingevolge afdeling 3A.2.2. In deze afdeling zijn de bevoegdheden in de planningsfase opgenomen. Nu het daar geen afwikkeling in enge zin betreft, en het bevoegdheden betreft die worden uitgeoefend in een «going concern»-situatie is toepasselijkheid van een ingrijpend voorschrift als het onderhavige disproportioneel. Voorts dient te worden opgemerkt dat het terzijde schuiven van een instemmingsrecht niet geldt voor bevoegdheden uit hoger recht, zoals primair Europees recht of een rechtstreeks werkende verordening. Zo zal toepassing van het instrument van overgang van de onderneming kunnen leiden tot een fusie die ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de Concentratieverordening ter goedkeuring aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd. Aan dit voorschrift kan op grond van dit artikel niet voorbij worden gegaan.

In het tweede lid wordt bepaald dat besluiten van DNB in het kader van een afwikkeling niet worden onderworpen aan kennisgevingvereisten of procedurele voorschriften van het vennootschaps- of effectenrecht. Een ander voorbeeld betreft de verplichting ingevolge de artikelen 69, 180 en 289 van Boek 2 van het BW om vennootschappen bij oprichting in te schrijven in het Handelsregister. Ook daaraan kan, voor de duur van de afwikkeling, voorbij worden gegaan.

Het derde lid bepaalt dat een overgang van financiële instrumenten, rechten of vermogensbestanddelen, afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten en bail-in en de voorbereiding en uitvoering van deze besluiten, niet is onderworpen aan enige andere beperking uit hoofde van de wet, statuten of overeenkomst. Hiermee wordt, kort gezegd, meer specifiek bepaald dat toepassing van deze bevoegdheden in het kader van een afwikkeling altijd doorgang moet kunnen vinden. Statuten, overeenkomsten of wettelijke bepalingen mogen geen belemmering vormen voor toepassing van de instrumenten, uiteraard mits aan de voorwaarden uit Deel 3A van de wet is voldaan. Een voorbeeld van wettelijke bepalingen die «terzijde kunnen worden geschoven» betreft de regelingen in het BW met betrekking tot het maatschappelijk kapitaal. Indien afschrijving en omzetting ertoe leidt dat meer aandelen worden geplaatst dan de omvang van het maatschappelijk kapitaal zoals in de statuten opgenomen toelaat, vormt dit desalniettemin geen belemmering voor de uitgifte.

Voor dit artikel geldt dat vergaand wordt ingegrepen in de rechten van derden. Dit is passend gelet op het grote belang dat met een effectieve afwikkeling is gemoeid. Dat neemt niet weg dat DNB rechten van derden

niet nodeloos terzijde mag schuiven. Zij past bevoegdheden slechts toe indien dit, ter verwezenlijking van de afwikkelingsdoelstellingen, dienstig is. De bevoegdheden die zijn vervat in Deel 3A en vallen onder het bereik van dit artikel dienen te allen tijde proportioneel te worden toegepast.

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

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

Artikel 3A:81 Afwikkelingsplan

Het voorgestelde artikel geeft DNB op grond van het eerste lid de bevoegdheid tot vaststelling van afwikkelingsplannen voor zelfstandige verzekeraars en verzekeringsgroepen. Voor verzekeraars die deel uitmaken van een groep voorziet het afwikkelingsplan van de groep ook in de afwikkeling van de verzekeraars in die groep. Op grond van het derde lid herziet DNB periodiek de afwikkelingsplannen als hiertoe aanleiding is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een verzekeraar fuseert, wordt overgenomen of bepaalde activiteiten afstoot. DNB dient hier op grond van het vierde lid direct van op de hoogte te worden gebracht. Indien het punten zou betreffen die voor DNB aanleiding kunnen zijn om het afwikkelingsplan te evalueren die niet vallen onder de in het derde lid genoemde punten, kan een verzekeraar alleen aan zijn meldingsplicht voldoen indien hij door DNB daarvan in kennis is gesteld. DNB kan ingevolge het vijfde lid afzien van het opstellen van een plan indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep afdoende is geborgd.

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

Artikel 3A:82 Beoordeling afwikkelbaarheid

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

Van belang is nog op te merken dat bij de beoordeling van de afwikkelbaarheid tevens wordt gezien in hoeverre het haalbaar en geloofwaardig is om de verzekeraar, al dan niet tezamen met andere onderdelen van de groep, in faillissement te liquideren. Met andere woorden in hoeverre voorzienbaar is dat afwikkeling niet het openbaar belang zal zijn. Indien hiervan sprake is, bijvoorbeeld bij een kleine verzekeraar, kan de verzekeraar geacht worden afwikkelbaar te zijn door middel van een faillissement. DNB kan dan op grond van artikel 3A:81, vijfde lid, afzien van het opstellen van een plan. Immers, de afwikkelbaarheid is reeds door middel van faillissement geborgd.

Zie voor een verdere toelichting het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel 3A:83 Maatregelen ten aanzien van afwikkelbaarheid

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

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

Artikel 3A:88 Geen grotere verliezen dan bij faillissement

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

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

Ten aanzien van bepaalde verplichtingen (zie artikel 3A:94, eerste lid), zoals de zorgverzekering, is bail-in uitgesloten. Hierbij doet zich de vraag of er grotere verliezen dan bij faillissement optreden dan ook niet voor.

Dit artikel komt overeen met artikel 3A:20.

Artikel 3A:89 Ex ante waardering

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

Deze waardering, die zoals gezegd vooraf gaat aan het besluit tot afwikkeling, vormt in wezen het startpunt van het afwikkelingstraject. Deze ex ante waardering heeft een aantal doelen. Deze waardering dient er in alle gevallen zorg voor te dragen dat ieder verlies met betrekking tot de activa van een entiteit volledig is onderkend op het ogenblik waarop de afwikkelingsinstrumenten worden toegepast. Alle lijken moeten zagezegd uit de kast. Daarmee kan de uitkomst van deze waardering ook als onderbouwing dienen voor de vaststelling of is voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling en indien aan die voorwaarden is voldaan en voor het besluit tot toepassing van een of meerdere afwikkelingsinstrumenten.

Uitgangspunt van die waardering zal de marktwaardewaardering zijn die volgt uit de richtlijn solvabiliteit II.²⁷ Een dergelijke waardering is immers zoveel als mogelijk geschoond van subjectieve elementen. Voorts is een waardering op solvabiliteit II basis relevant indien portefeuilles van de falende verzekeraar door DNB in afwikkeling worden overgedragen aan een andere verzekeraar. Vanzelfsprekend geldt dat de deskundige die de waardering maakt – of DNB in geval van een voorlopige waardering – kritisch naar de marktwaardewaardering van de falende verzekeraar kijkt. Zo zal deze bijvoorbeeld de waardering van de onzekere verplichtingen (*contingent liabilities*) op de balans nogmaals kritisch tegen het licht houden.

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

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

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

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

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

Vervolgens geldt voor verzekeringsverplichtingen daarbij dat, omdat deze vrijwel per definitie tot uitkering komen bij een toekomstige onzekere gebeurtenis (overlijden, bereiken pensioengerechtigde leeftijd) inschattingen en verwachtingen over toekomstige gebeurtenissen van zeer groot belang zijn bij het bepalen van de waarde van de vordering. Die verwach-

²⁷ Met dien verstande dat gegeven het feit dat de onderneming feitelijk niet meer going concern is aanpassingen aan dat uitgangspunt noodzakelijk of wenselijk kunnen zijn.

tingen slaan neer in zogenoemde sterftetafels. Om de vorderingen bij levensverzekeraars goed te kunnen inschatten is helderheid over de te gebruiken sterftetafel vereist.

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

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

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

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

Artikel 3A:90 Periodieke herwaardering

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

De afwikkeling van een verzekeraar kan echter een langdurig traject zijn. In die periode kan onder regie van DNB de verzekeraar geleidelijk worden ontmanteld door verkoop van portefeuilles, mogelijkerwijs door aanpassing van contracten en verlaging van aanspraken door toepassing van bail-in. Na enkele jaren zal het restant van de verzekeraar, voor zover een doorstart niet mogelijk is gebleken, in faillissement worden geliquideerd.

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

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

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

Artikel 3A:91 Ex post waardering.

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

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

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

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

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

Niet valt uit te sluiten dat uit de ex post waardering blijkt dat sommige crediteuren toch grotere verliezen hebben geleden dan zij zouden hebben geleden indien de entiteit in een normale faillissementsprocedure zou zijn geliquideerd. In dit geval bestaat voor deze personen een recht op

compensatie van het verschil. Er vindt aldus in beginsel als gevolg van deze ex post waardering geen aanpassing plaats van het besluit tot toepassing van de afwikkelingsinstrumenten, bijvoorbeeld in de vorm van een ophoging van de waarde van afgeschreven vorderingen, maar compensatie van de geleden schade. De hoogte van de compensatie wordt in beginsel bepaald door de uitkomst van de ex post waardering; er is dus in die zin met betrekking tot de vraag of en tot welke omvang een beoordelingsvrijheid van DNB. De hoogte van het recht op compensatie wordt vastgesteld bij besluit van DNB. Zo wordt het mogelijk om in rechte tegen de vaststelling van de hoogte van de compensatie op te komen.

Artikel 3A:93

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

In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat DNB de toepassing van bail-in op twee manieren kan vormgeven, namelijk via afschrijving of omzetting. Het eerste lid, onderdeel a, gaat in op bail-in van eigendomsinstrumenten. DNB kan het bedrag van door of met medewerking van een entiteit uitgegeven eigendomsinstrumenten verminderen (de nominale waarde verlagen) of deze instrumenten intrekken. De toevoeging «met medewerking van» uitgegeven instrumenten impliceert dat bijvoorbeeld ook certificaten van aandelen door afschrijving en omzetting kunnen worden geraakt. Eigendomsinstrumenten vormen een ruime categorie instrumenten, waarvan aandelen maar ook bijvoorbeeld warrants (opties op aandelen) deel uitmaken. Hierbij is niet noodzakelijk dat kapitaal wordt ingebracht in de onderneming. Certificaten van aandelen worden ook als eigendomsinstrumenten gekwalificeerd; zij vertegenwoordigen immers een belang in aandelen.

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

Het instrument van bail-in kan worden toegepast om vorderingen om te zetten in eigen vermogen of de hoofdsom daarvan te verlagen. Bij de overgang van de vorderingen of schuldinstrumenten naar een overbruggingsinstelling kan door de toepassing van het instrument van bail-in, kapitaal voor die overbruggingsinstelling worden verschaft. Ditzelfde

geldt voor een vehikel voor activabeheer na toepassing van het instrument van afsplitsing van activa of bij toepassing van het instrument van overgang van de onderneming op delen (passiva) van de onderneming die zijn overgegaan naar een andere partij. Dit alles volgt uit het tweede lid.

Artikel 3A:94 Uitsluiting van bail-in

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

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

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

Daarnaast wordt voor DNB voorzien in een discretionaire bevoegdheid om bepaalde passiva geheel of gedeeltelijk uit te sluiten in een aantal bijzondere situaties. Wordt deze discretionaire bevoegdheid gebruikt, dan kan het niveau van afschrijving of omzetting van andere in aanmerking komende passiva worden verhoogd om met die uitsluitingen rekening te

houden. Met andere woorden: het verlies dat voor deze uitgesloten passiva wordt geaccepteerd, wordt overgedragen op andere schuldeisers. Hiervoor geldt vanzelfsprekend wel de voorwaarde dat het beginsel in acht wordt genomen dat geen enkele schuldeiser slechter af mag zijn dan in een faillissement.

Op grond van deze bevoegdheid is het bijvoorbeeld mogelijk om passiva die voortvloeien uit een derivatenpositie met een voor de verzekeraar op dat moment negatieve waarde uit te zonderen van bail-in. Om een dergelijk passief aan bail-in te onderwerpen moet de derivatenpositie worden gesloten, hetgeen in het licht van de functie van het derivaat (het *hedgen* van een bepaald risico) ongewenst kan zijn. Het continueren van de derivatenpositie kan te prefereren zijn boven de bail-in van de negatieve waarde.

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

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

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

Artikel 3A:96. Uitgifte eigendomsinstrumenten

Voor eigendomsinstrumenten geldt dat DNB de waarde daarvan kan verminderen of deze instrumenten kan intrekken. Voor de overige in aanmerking komende passiva geldt dat DNB de waarde ervan kan verminderen of deze geheel of gedeeltelijk kan omzetten in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. In artikel 3A:96 wordt de daadwerkelijke omzetting van in aanmerking komende passiva gestalte gegeven. DNB kan ingevolge het eerste lid, onderdeel b, van artikel 3A:93 in aanmerking komende passiva omzetten in rechten op nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten. DNB schrijft vervolgens aan de entiteit voor dat zij eigendomsinstrumenten uitgeeft. Deze instrumenten, veelal aandelen, komen toe aan de houders van de rechten op die aandelen, zijnde de oorspronkelijke houders van de passiva. Deze rechten kunnen worden uitgeoefend jegens de onderneming. Uitdrukkelijk is bepaald dat niemand anders dan de houders van de ingevolge het eerste lid verkregen rechten op de nieuw uitgegeven aandelen op dat moment rechten kunnen uitoefenen op die aandelen. Het claimrecht van bestaande aandeelhouders, voor zover hun aandelen niet zijn ingetrokken, uit artikel 96a van Boek 2 van het BW is bijvoorbeeld niet van toepassing. Daarnaast is in het eerste lid ook geregeld dat de entiteit niet alleen de eigendomsinstru-

menten uitgeeft maar eventueel ook medewerking aan een dergelijke uitgifte verleent. Dit kan het geval zijn als er een stichting administratiekantoor (STAK) tussen de onderneming en de houders van de rechten op de aandelen is geplaatst. Opgemerkt dient nog te worden dat de rechten op nieuw uit te geven instrumenten verhandelbaar zijn. Dit heeft tot gevolg dat een houder van een vordering die is omgezet in een recht op een nieuw uit te geven aandeel, dit recht kan verkopen, wellicht al voordat de aandelen worden uitgegeven, indien hij geen behoefte heeft aan aandeelhouderschap.

Artikel 3A:98 Regeling gevolgen besluiten

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

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

Artikel 3A:99 Vermindering verschuldigde bedrag

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

Artikel 3A:100 Geheel of gedeeltelijke afschrijving

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

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

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

Artikel 3A:101 Verhoging verschuldigde bedrag

Indien door tijdsgebrek geen volledige ex ante waardering is gemaakt maar is gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een voorlopige waardering op te stellen kan sprake zijn van een bail-in die de noodzakelijke vermindering te boven gaat. Indien uit de definitieve ex ante waardering blijkt dat met een minder grote afschrijving had kunnen worden volstaan, kan DNB door toepassing van deze bepaling het verschuldigde bedrag verhogen. Hetzelfde geldt voor de situatie dat uit een periodieke herwaardering blijkt dat met een beperktere afschrijving had kunnen worden volstaan.

In de consultatiereactie is door Houthoff Buruma gewezen op de mogelijkheid dat bij verkoop van een verzekeringsportefeuille aan een marktpartij en nadat deze eerste na toepassing van het instrument van bail-in was overgedragen aan een overbruggingsinstelling, een verkoopopbrengst (winst) resulteert. Houthoff merkt terecht op dat het in een dergelijke situatie niet wenselijk is dat deze opbrengst niet ten goede komt aan de polishouders wier aanspraken zijn verlaagd maar aan de voormalige eigenaren van de portefeuille, i.e. de (eigenaren van) de verzekeraar in afwikkeling. De onderhavige bevoegdheid voorziet tevens in een grondslag om bij een verkoopopbrengst (waaruit de conclusie kan worden getrokken dat de verplichtingen in te sterke mate zijn verlaagd) en na een herwaardering de bail-in deels terug te draaien tot het niveau waarop de transactie een neutraal resultaat laat zien.

Indien DNB eerder de vordering tot nihil had verlaagd, herleeft deze vanaf het moment dat toepassing wordt gegeven aan dit artikel ten belope van de verhoging. Vanaf dat moment wordt de vordering geacht te zijn verlaagd tot het nieuwe bedrag. De verhoging werkt dus niet volledig terug tot aan het moment waarop de bail-in tot nihil plaatsvond, er kan dus ook voor de tusseliggende periode geen sprake zijn van niet-nakoming van verplichtingen of verschuldigde rente.

3A:102 Bail-in van derivaten

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

Overigens geldt voor derivatencontracten dat zeer wel denkbaar is dat ten aanzien van de passiva die hieruit voortvloeien DNB tot de conclusie komt het noodzakelijk is om toepassing te geven aan de discretionaire bevoegdheid om deze passiva van bail-in uit te zonderen.

3A:103 Gekwalificeerde deelneming

De mogelijkheid bestaat dat na toepassing van het instrument van bail-in en de uitoefening van het alsdan verkregen recht nieuw uit te geven aandelen resulteert in een verwerving of vergroting van een gekwalificeerde deelneming.

Dit artikel regelt de beoordeling van de verklaring van geen bezwaar (vvgb) door DNB in dat geval.

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

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

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

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

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

Artikel 3A:104 Instrument van overgang van de onderneming

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

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

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

Artikel 3A:105. Voorwaarden voor overgang

De overgang dient plaats te vinden onder commerciële voorwaarden. Aldus wordt voorkomen dat de verkrijger een te lage prijs betaalt. Een te lage prijs zou niet alleen de oorspronkelijke eigenaren onevenredig benadelen, maar oneerlijke concurrentie bewerkstelligen ten opzichte van andere marktpartijen. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:29. In dat artikel is tevens bepaald dat in beginsel een aantal uitgangspunten in acht

moeten worden genomen. Deze uitgangspunten zijn opgenomen in artikel 39, tweede en derde lid, van de BRRD, waarnaar in artikel 3A:29, tweede lid, wordt verwezen. Deze uitgangspunten gelden evenzeer voor de toepassing van het instrument van overgang van de onderneming in het geval van een verzekeraar. Aangezien deze uitgangspunten voortvloeien uit algemene rechtsbeginselen is ervoor gekozen deze uitgangspunten niet in dit artikel op te nemen, noch uitdrukkelijk, noch door middel van verwijzing naar de BRRD. Dat deze uitgangspunten in het kader van banken wel uitdrukkelijk in de wet zijn opgenomen, maar in het kader van verzekeraars niet, wordt verklaard doordat in de regeling betreffende banken de BRRD moet worden omgezet in Nederlands recht, terwijl de regeling betreffende verzekeraars niet voortvloeit uit een richtlijn. Hiermee is geen inhoudelijk verschil op dit punt beoogd. Het betreft de volgende uitgangspunten:

- de overgang is zo transparant mogelijk en er wordt geen wezenlijk onjuiste voorstelling van de activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten gegeven, waarbij DNB rekening houdt met de omstandigheden van het geval en in het bijzonder met de noodzaak om de financiële stabiliteit in stand te houden;
- er vindt geen ongepaste bevoordeling of onderscheid van potentiële verkrijgers plaats, maar dit beginsel verhindert niet dat DNB specifieke potentiële verkrijgers benadert;
- de overgang is vrij van belangenconflicten;
- bij de overgang wordt geen enkele potentiële verkrijger ongerechtvaardigd bevoordeeld;
- rekening wordt gehouden met de noodzaak van een snelle afwickelingsmaatregel;
- Voor zover mogelijk wordt beoogd de overgangsprijs te maximaliseren.

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

Artikel 3A:106. Verzoek tot faillissement

Een mogelijk scenario is dat DNB gebruik maakt van het instrument van overgang van de onderneming om een slechts een deel van de activa en de passiva te doen overgaan. Dit artikel bepaalt dat DNB in dat geval binnen een redelijke termijn aan de rechtbank Amsterdam verzoekt het faillissement van de entiteit, dus van het overgebleven deel, uit te spreken. Dit hoeft overigens niet onmiddellijk na de eerste toepassing van dit instrument. Denkbaar is dat de verzekeringsportefeuilles stapsgewijs aan een of meerdere marktpartijen worden overgedragen. Pas wanneer een verdere ontmanteling van de verzekeraar niet meer mogelijk is dient het restant in faillissement te worden geliquideerd.

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

Artikel 3A:107. Overgangsprijs

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

Artikel 3A:108. Overgang op oorspronkelijke eigenaren

Dit artikel komt erop neer dat DNB kan besluiten dat de activa die eerder aan de entiteit in afwikkeling toebehoorden en de passiva die de entiteit in afwikkeling eerder diende te voldoen terug op de entiteit in afwikkeling overgaan, en dat de aandelen of andere eigendomsinstrumenten die eerder aan de aandeelhouders toebehoorden terug op de voormalige aandeelhouders onderscheidenlijk voormalige houders van de eigendomsinstrumenten overgaan. Wanneer het betreft het instrument van overgang van de onderneming, is voor een retourovergang de instemming van de overnemer vereist. Dat is een verschil met de twee andere overgangsinstrumenten: de instemming van de overbruggingsinstelling en die van de entiteit van activabeheer zijn niet vereist voor een retourovergang. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:32. Wel is er een verschil met het instrument van overgang van de onderneming bij banken. Als gevolg van de BRRD is in artikel 3A:32 bepaald dat de retourovergang plaatsvindt binnen de termijn die is genoemd in het besluit tot overgang en voldoet aan de in dat besluit opgenomen voorwaarden. Dergelijke beperkingen zijn niet overgenomen voor het instrument van overgang van de onderneming voor verzekeraars. Met betrekking tot de termijn wordt erop gewezen dat het niet wenselijk is dat DNB tot in de eeuwigheid zou kunnen besluiten dat de activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten terug overgaan op de oorspronkelijke eigenaren. Daarom is bepaald dat DNB slechts binnen een redelijke termijn daartoe kan besluiten. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Artikel 3A:110. Rechtsopvolging verkrijger in andere lidstaat

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

Artikel 3A:111. Rechtsopvolging toegangsrechten

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

Artikel 3A:112. Instrument van de overbruggingsinstelling

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

Artikel 3A:113. Overbruggingsinstelling

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

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

In het derde lid is bepaald dat de overbruggingsinstelling geen overeenkomsten van verzekering sluit. Zoals in het algemene gedeelte van deze toelichting reeds opgemerkt, is het doel van een overbruggingsinstelling tijdelijk de eigendom van activa of passiva dan wel eigendomsinstrumenten te houden wanneer het wenselijk is die vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te doen gaan op een andere partij, maar niet op korte termijn een private partij kan worden gevonden die bereid is de vermogensbestanddelen of eigendomsinstrumenten over te nemen. Met dit doel verdraagt zich niet dat een overbruggingsinstelling weer nieuwe verzekeringsovereenkomsten gaat sluiten. Ook mag de overbruggingsinstelling geen wijzigingen in bestaande polissen accepteren die kunnen leiden tot verhoging van de schadelast. Dit betekent bijvoorbeeld dat een overbruggingsinstelling die als zorgverzekeraar optreedt en daarmee zorgverzekeraar is als bedoeld in de Zorgverzekeringswet geen nieuwe verzekeren op een bestaande zorgpolis kan bijschrijven omdat daardoor de schadelast zou kunnen stijgen. Het derde lid zegt niets over het lot van bestaande verzekeringsovereenkomsten.

Artikel 3A:114. Overgang op oorspronkelijke eigenaren

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

Artikel 3A:116 vergunning overbruggingsinstelling

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

Artikel 3A:120. Overname zeggenschap en bijzondere bestuurder

Op grond van dit artikel kan DNB op twee manieren invloed uitoefenen op de besluitvorming in de entiteit. In de eerste plaats kan zij een bijzondere bestuurder aanstellen. De bijzondere bestuurder heeft alle bevoegdheden van de algemene vergadering en het bestuur. Vanuit juridisch oogpunt is het de bijzondere bestuurder die zelf, in eigen naam, deze bevoegdheden uitoefent maar hij kan dit slechts doen onder toezicht van DNB. Hij heeft de plicht om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de afwikkelingsdoelstellingen in de hand te werken. In de tweede plaats kan DNB de zeggenschap over een entiteit in afwikkeling overnemen. In dat geval is het DNB zelf, in eigen naam, die de bevoegdheden heeft. Een variant hierop is dat DNB de zeggenschap overneemt door middel van een door haar aangewezen persoon. Zij neemt dan de zeggenschap «onrechtstreeks» over. Ingeval een dergelijke persoon is aangewezen, oefent hij de zeggenschap uit namens DNB. DNB zal moeten kiezen of zij een bijzondere bestuurder aanstelt dan wel zelf de zeggenschap uitoefent. In beginsel is ook een combinatie van beide mogelijk. Zij kan grenzen kan stellen aan het optreden van de bijzondere bestuurder. Voorstelbaar is dat DNB besluit dat de bijzondere bestuurder bepaalde bevoegdheden slechts in beperkte mate mag uitoefenen, en zelf de uitoefening van die bevoegdheden aanvult.

In het tweede lid is bepaald dat de bijzondere bestuurder of DNB treedt in de rechten en bevoegdheden van de organen van de entiteit in afwikkeling en haar aandeelhouders of leden. Het gevolg daarvan is dat de aandeelhouders hun stemrechten niet kunnen uitoefenen. Het is mogelijk dat DNB een afwikkelingsmaatregel neemt zonder zeggenschap uit te oefenen. DNB kan ervoor kiezen de zeggenschap slechts gedeeltelijk over te nemen. Daarmee wordt bedoeld dat DNB slechts op een bepaald terrein de bevoegdheid om bestuursbeslissingen te nemen overneemt, maar op andere terreinen de beslissingsbevoegdheid aan het bestuur laat. Voorstelbaar is dat DNB de zeggenschap overneemt door het leidend orgaan en het hogere management van een instelling in afwikkeling te ontslaan of te vervangen zonder dat zij de zeggenschap op andere gebieden overneemt.

Voorts kan worden gewezen op het volgende. Om mogelijke twijfel weg te nemen is nu nog in de overdrachtsregeling verduidelijkt dat DNB een probleeminstelling kan verplichten gegevens of inlichtingen te verschaffen aan onder andere een persoon die, kort gezegd, overweegt de entiteit in afwikkeling over te nemen (artikel 3:159d, tweede lid). Doel daarvan is de kandidaat-overnemer in staat te stellen te beoordelen of hij de entiteit in afwikkeling inderdaad wil overnemen. In de systematiek van Deel 3A is een dergelijke bepaling niet nodig. DNB kan in de hoedanigheid van degene die zeggenschap in de entiteit in afwikkeling heeft overgenomen besluiten dat de entiteit in afwikkeling gegevens aan een kandidaat-overnemer verschaft.

Artikel 3A:121. Omzetting rechtsvorm

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

Het wijzigen van de rechtsvorm van een entiteit in afwikkeling is een zeer ingrijpende maatregel, die ook niet eenvoudig ten uitvoer kan worden

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

De beperkingen van artikel 2:18 BW, dat een regeling geeft voor de omzetting van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm, gelden niet. Dat volgt uit artikel 3A:80. Dat bepaalt dat een besluit tot overdracht niet is onderworpen aan een wettelijke beperking. Hetzelfde geldt voor een besluit tot omzetting.

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

Artikel 3A:122. Beëindiging of wijziging overeenkomst

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

Dit artikel heeft betrekking op alle typen overeenkomsten. Het artikel heeft in de eerste plaats betrekking op verzekeringsovereenkomsten. Vaak zal alleen dan een derde bereid worden gevonden de portefeuille over te nemen indien voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst worden aangepast. Dit kan, tezamen met toepassing van het instrument van bail-in bijvoorbeeld een verlaging van de aanspraken van polishouders impliceren anders zou de derde de financieel ongezonde situatie slechts ongewijzigd kunnen overnemen. Daarbij kan worden gedacht aan het aanpassen van rendementsgaranties voor de toekomst. Aanpassing van verzekeringsovereenkomsten kan overigens ook bestaan uit het aanpassen van die elementen van de overeenkomst die de polis maken tot wat ook wel woekerpolis worden genoemd. Ten slotte is denkbaar dat verzekeringsovereenkomsten worden aangepast met als doel om deze (meer) vergelijkbaar te maken met verzekeringsovereenkomsten van een potentiële overnemer. Het (meer) eenvormig maken van overeenkomsten en deze vergelijkbaar maken met de producten van de overnemer maakt dat een overdracht aanmerkelijk kansrijker wordt al is het maar omdat deze eenvoudiger kunnen worden ingepast in de procedures en ICT-systemen van de overnemer.

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

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

kan DNB ook gebruik maken van de bevoegdheid, gegeven in artikel 3A:120.

Op grond van het derde lid kan de overdracht zodanig plaatsvinden dat het overgedragene vrij is van enige aansprakelijkheid of bezwaring. Deze bepaling moet in samenhang worden gezien met artikel 3A:132. Dat artikel komt er onder andere op neer dat activa waarmee de verplichting is gedekt niet worden overgedragen, tenzij ook de verplichting ten behoeve waarvan een zekerheidsrecht is gevestigd, wordt overgedragen.

Artikel 3A:123. Opschorting betalings- of leveringsverplichting

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

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

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

Artikel 3A:124. Beperking rechten schuldeisers

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

pluimantanten die zijn aangewezen op grond van artikel 212d, eerste lid, van de Fw, centrale tegenpartijen en centrale banken.

Artikel 3A:125. Opschorting bevoegdheid tot beëindiging overeenkomst

Dit artikel geeft aan DNB de bevoegdheid om beëindigingbevoegdheden van een wederpartij van de probleemverzekeraar bij een financieel contract op te schorten. Voor de goede orde wordt gewezen op de samenhang met artikel 3:128. In dat artikel gaat het om onder andere de bevoegdheid van een wederpartij om een overeenkomst te beëindigen op de grond dat DNB een afwikkelingsmaatregel heeft genomen.

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

Artikel 3A:126. Niet-nakoming overeenkomst

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

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

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

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

Artikel 3A:128. Uitsluiting contractuele voorwaarden

Dit artikel bevat de regeling met betrekking tot wat ook wel de «trigger events» wordt genoemd. Die regeling komt er neer dat een ten aanzien van een entiteit getroffen maatregel geen grond mag zijn voor de

wederpartij om bepaalde in de overeenkomst bedongen rechten uit te oefenen. Achtergrond daarvan is dat de uitoefening van die rechten een averechts effect op de maatregel kan hebben. Artikel 3A:128 is de evenknie van 1:76b, dat van toepassing is op, kort gezegd, banken en beleggingsondernemingen; zie ook de toelichting op 1:76b.²⁸ In artikel 1:76b wordt ook verwezen naar de BRRD, en daardoor ook naar de in die regeling opgenomen vroegtijdige interventie maatregelen. Daardoor ligt het niet voor de hand dat artikel van overeenkomstige toepassing te verklaren op verzekeraars.

Artikel 3A:129. Uitsluiting vernietigbaarheid

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

Artikel 3A:130. Bescherming overboekingsopdrachten

Met dit artikel wordt een systeem dat door de Minister is aangewezen op grond van artikel 212d Fw²⁹ beschermd tegen een overgang van een gedeelte van de activa en passiva. In dit artikel is bepaald dat niet alleen aan het functioneren van een systeem geen afbreuk mag worden gedaan, maar evenmin aan de regels van dat systeem. Dit kan worden gezien als een uitzondering op 3A:80, derde lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet afwijken van de regels van een aangewezen systeem. Dit geldt ook voor het tweede lid: de toepassing van een afwikkelingsinstrument kan niet leiden tot onder andere de herroeping van een overboekingsopdracht. Aansluiting is gezocht bij artikel 3A:59

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

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

Een en ander komt erop neer dat in artikel 3A:131 de hoofdregel wordt gegeven en dat artikel 3A:132 deze nader uitwerkt door te bepalen dat een besluit van DNB niet strekt tot overgang van een gedeelte van de activa of passiva die onder bepaalde typen overeenkomst vallen. Zouden zich in de praktijk gevallen voordoen die niet onder artikel 3A:132 vallen, dan geldt dus nog steeds de hoofdregel van artikel 3A:131, namelijk dat bedoelde

²⁸ Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 66 e.v.

²⁹ Een zogenoemd clearing- en settlementsysteem.

rechten niet mogen worden aangetast. Deze onderlinge samenhang heeft voorts als consequentie dat, indien niet in overeenstemming met artikel 3A:132 is gehandeld, moet worden teruggevallen op de hoofdregel van artikel 3A:131, dus dat strijd met artikel 3A:131 niet ertoe mag leiden dat bedoelde rechten worden aangetast. Aldus is aansluiting gezocht bij de systematiek van de artikelen 3A:60 en 3A:61.

Artikel 3A:131 biedt bescherming aan de bevoegdheden die voortvloeien uit, financiëlezekerheidsvereenkomsten, gedekte obligaties («covered bonds»), gestructureerde financieringsregelingen, salderingsovereenkomsten, verrekeningsovereenkomsten en zekerheidsregelingen. Bescherming wordt geboden in de eerste plaats tegen besluiten tot overgang waarbij niet alle maar sommige activa overgaan. Dit artikel is vergelijkbaar met het huidige artikel 3:159o, tweede en derde lid, van de Wft waarvan de invoering is voorgesteld bij het voorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2015, en in het vervallen waarvan het thans voorliggende wetsvoorstel voorziet. Zie ook de memorie van toelichting met betrekking tot dat artikel.³⁰

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

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

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

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

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

³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3. blz. 20–22 en 64–65.

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

3A:132. Bijzondere beperkingen

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

In de eerste plaats wordt bepaald met betrekking tot financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht, verrekeningsovereenkomsten en salderingsovereenkomsten dat de bescherming eruit moet bestaan dat wordt voorkomen dat niet alle maar sommige van de rechten en verplichtingen uit die overeenkomsten worden overgedragen. Dat is een verschil met het huidige artikel 3:159o, tweede en derde lid. Daarin is bepaald dat de rechten uit bedoelde overeenkomsten door een overdracht niet worden aangetast. Artikel 3:159o, tweede en derde lid, laat dus de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht open, maar laat niet toe dat een gedeeltelijke overdracht leidt tot aantasting van de rechten.

Artikel 3A:132 laat de mogelijkheid van een gedeeltelijke overdracht van activa en passiva niet langer toe, althans voor zover zij, kort gezegd, vallen onder de genoemde overeenkomsten. Overwogen is of niet kan worden volstaan met te bepalen dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht, verrekeningsovereenkomst en salderingsovereenkomst slechts in hun geheel kunnen worden overgedragen. Deze formulering heeft de charme van de eenvoud, maar in een dergelijke tekst is onduidelijk of ook wordt voorkomen dat een gedeelte van de activa die worden bestreken door een raamovereenkomst wordt overgedragen. De regel dat het onmogelijk is slechts een gedeelte van de activa over te dragen komt overeen met de beleidsregel van 12 december van DNB, die is gepubliceerd in de Staatscourant van 20 december 2013, nr. 35928.

Kern van het tweede lid is dat bij een overdracht datgene wat dient als zekerheid en de vordering waarvoor die zekerheid is gesteld «bij elkaar behoren te blijven». Het is dus niet toegestaan het ene wel over te dragen en het andere niet. In die zin vertoont dit lid verwantschap met het eerste lid. Met betrekking tot onderdeel c wordt het volgende opgemerkt. De term «voordeel van de zekerheid» is overgenomen uit artikel 3A:61, tweede lid, onderdeel c, dat op zijn beurt weer is overgenomen uit artikel 78 BRRD. Met deze term wordt bedoeld op – in de terminologie van artikel 3:227, eerste lid, BW – de bevoegdheid om bij voorrang boven andere schuldeisers zich te verhalen op het goed waarop de zekerheid rust. Het begrip «voordeel van de zekerheid» is evenwel ruimer dan het in artikel 3:227, eerste lid, BW bedoelde recht, want het niet is niet beperkt tot pand- of hypotheekrecht, en evenmin beperkt tot zekerheid ter voldoening van een geldsom. Naar Nederlands recht is dit geen recht dat afzonderlijk kan worden overgedragen. Naar Nederlands recht brengt het beginsel van zaaksgevolg bovendien met zich mee dat het zakelijke zekerheidsrecht kan worden uitgeoefend tegen een ieder in wiens macht of eigendom het goed zich bevindt, ook wanneer die andere persoon

diegene is aan wie het goed is overgedragen en niet de oorspronkelijke schuldenaar is. Mogelijke twijfel zou kunnen bestaan in het omgekeerde geval, dus wanneer wel een vordering op de entiteit wordt overgedragen aan een derde, maar niet het goed waarop het zekerheidsrecht is gevestigd. In dit verband is in de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 159o, tweede lid, destijds opgemerkt dat in de praktijk het voorkomt dat zekerheid wordt verschaft door middel van een separate overeenkomst.³¹ Gedacht kan worden aan de situatie waarin door bank A of een third party security provider ten behoeve van een andere bank B door middel van een separate pandakte of een separate financiëlezekerheidsvereenkomst tot verpanding zekerheid is verschaft op aan bank A of aan de third party security provider toebehorende goederen en dat, ingeval van een afwikkeling van bank A, alle uit de raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen in hun geheel wordt overgedragen aan een derde. Het gevolg van een dergelijke overdracht is dat de schuld van bank A (de verzekerde vordering gezien vanuit het perspectief van bank B) overgaat op de derde. Wanneer evenwel de verbonden goederen aan bank A of aan de third party security provider blijven toebehoren, is volgens de praktijk onduidelijk of bank B dan haar pandrecht kan uitoefenen: zij heeft immers niet langer een vordering op bank A (maar op de derde), terwijl de verbonden goederen nog steeds aan de derde of in het geval van een third party security provider, aan deze toebehoren. De praktijk koestert twijfel dienaangaande, ook al zijn er goede gronden om aan te nemen dat bank B in het bovengenoemde voorbeeld zijn pandrecht kan uitoefenen ten gevolge van de in artikel 3:80 BW neergelegde regel dat de overdracht tot gevolg heeft dat de goederen onder algemene titel overgaan en dat artikel 6:142 BW bepaalt dat bij overgang van een vordering op de nieuwe schuldeiser deze de daarbij behorende nevenrechten verkrijgt.

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

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

³¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3, blz. 21.

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

Artikel 3A:134

Dit artikel vervangt artikel 3:201a dat reeds een identieke bepaling bevatte.

QQ en RR

Analoog aan artikel 3:57 (aanhouden van voldoende solvabiliteit) wordt voorgesteld te voorzien in de mogelijkheid een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen bij niet-naleving van artikel 3:57b (aanhouden van solvabiliteit wanneer de vergunning is ingetrokken). Tevens wordt voorgesteld te voorzien in de mogelijkheid een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen indien een verzekeraar niet of onvoldoende meewerkt aan het wegnemen van wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid (artikel 3A:83, tweede lid) dan wel indien een verzekeraar de door DNB opgelegde bijdrage ten behoeve van de financiering van afwikkeling van verzekeraars niet of niet tijdig betaalt (artikel 3A:138, tweede lid).

Artikel II

A en B

Artikel 2 van de Wbft regelt de inrichting van de begroting van de toezichthouder. De inrichting dient zodanig te zijn dat duidelijk is hoe de begrote toezichtkosten worden toegerekend aan de te onderscheiden toezichtcategorieën. Deze toezichtcategorieën zijn opgenomen in de bijlagen II, III en IV van de wet.

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

De kosten die gepaard gaan met een eventuele afwikkeling zijn op voorhand niet te begroten.

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

C en D

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

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

E

Dit onderdeel van het wetsvoorstel regelt de vaststelling van bijlage V. Onder de in deze bijlage opgenomen toezichtcategorie vallen de instellingen waarop Hoofdstuk 3A.2 van de Wft van toepassing is, met uitzondering van de verzekeraars die onder het Basic regime vallen. Deze instellingen krijgen jaarlijks, naast de heffing voor het reguliere toezicht, een heffing opgelegd vanwege het voorbereiden van de afwikkeling. De hoogte van een heffing wordt bepaald aan de hand van de «technische voorzieningen».

Artikel III

A

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

B

De kern van de artikelen 7:662 tot en met 7:665 is, kort gezegd, dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan over op de verkrijger. Artikel 7:666 maakt daarop een uitzondering voor, wederom kort gezegd, een overgang in het kader van een liquidatie. De wijziging van artikel 7:666 bestaat eruit dat afwikkelingsmaatregelen met betrekking tot verzekeraars worden toegevoegd en dat de verwijzing naar de overdrachtsregeling vervalt. In dit verband wordt gewezen op artikel 34, vierde lid, van de BRRD, waarin met zoveel woorden is bepaald dat een afwikkelingsmaatregel wordt beschouwd als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure als bedoeld in richtlijn 2001/23/EG (richtlijn overgang ondernemingen). Deze EU-autonome interpretatie van het begrip «faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure» dient te worden toegepast op afwikkelingsmaatregelen in het algemeen, los van het type instelling waarop die maatregelen betrekking hebben. De conclusie is dat de regel dat de rechten en verplichtingen van de werkgever overgaan op de verkrijger, evenmin geldt wanneer een verzekeraar of diens portefeuille in het kader van een afwikkelingsmaatregel overgaan op een verkrijger.

ARTIKEL IV Wijziging van de Faillissementswet

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

Artikel 212hg a

In dit artikel wordt de mogelijkheid geboden dat de rechtbank op verzoek van de curator aan de curator een machtiging geeft om verbintenissen van de bank over te dragen zonder dat daarvoor een nadere toestemming van de wederpartij nodig is. Zie daarover ook het algemene gedeelte bij de memorie van toelichting en de toelichting op artikel 213ag a Fw.

Artikel 212hgb

In dit artikel wordt de mogelijkheid geboden dat de rechtbank op verzoek van de curator aan de curator een machtiging geeft om overeenkomsten van de bank te wijzigen. Het betreft de overbrenging van de bijzondere machtiging in de noodregeling ex. artikel 3:194 naar de faillissementsprocedure. Zie daarover ook het algemene gedeelte bij de memorie van toelichting en de toelichting op artikel 213ag b Fw.

Artikel 212hgc

Dit artikel regelt de bekendmaking van de overgang van rechten en verplichtingen en, ingeval de overeenkomst wordt gewijzigd, van de wijziging. Het artikel is overgenomen van het huidige artikel 3:159z Wft, dat komt te vervallen.

Artikel 212hi

In artikel 212hi wordt bepaald dat de faillietverklaring, de machtiging tot het doen overgaan van verbintenissen en de machtiging tot wijziging van de verbintenissen uitvoerbaar bij voorraad zijn.

Artikel 212hl

Het huidige eerste lid van artikel 212hl vervalt. In dat lid wordt de samenloop van een verzoek tot het uitspreken van de overdrachtsregeling of de noodregeling aanhangig en de eigen aangifte van faillissement door een bank geregeld. Omdat de overdrachtsregeling en de noodregeling vervallen, en bovendien omdat de daarvoor in de plaats komende afwikkelingmaatregelen geen voorafgaande beslissing van de rechter behoeven, vervalt het eerste lid.

In het huidige tweede lid wordt de samenloop tussen een uitgesproken overdrachtsregeling en noodregeling met een reeds aanhangige eigen aangifte. Deze bepaling wordt gewijzigd in die zin dat wordt bepaald dat de eigen aangifte vervalt indien op de bank een afwikkelingmaatregel is toegepast.

Artikel 213abis

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

Daarom is aansluiting gezocht bij het criterium in artikel 3A:85, eerste lid, onderdelen a en b, Wft waarin twee voorwaarden worden genoemd voor afwikkeling

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

Ten eerste is vereist dat de instelling «faalt of waarschijnlijk zal falen» en dus failliet zou gaan of mogelijk failliet zou gaan als er niet wordt ingegrepen.

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

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

Het derde lid is overgenomen uit het huidige artikel 213a bis. Op grond hiervan kan een ander dan DNB niet het faillissement aanvragen van een

verzekeraar die een vergunning heeft. Hieraan is toegevoegd dat dat ook geldt voor een verzekeraar die een vergunning heeft gehad. Het is onwenselijk dat, wanneer DNB de vergunning heeft ingetrokken maar nog niet het faillissement heeft aangevraagd, de voornemens van DNB zouden kunnen worden doorkruist doordat een ander dan DNB nog snel het faillissement aanvraagt. Bedoeld is dat anderen dan DNB slechts van die verzekeraar het faillissement kunnen aanvragen die nooit een vergunning heeft gehad en dus van meet af aan illegaal is. De bepaling dat een ander dan DNB niet het faillissement van een verzekeraar kan aanvragen verhindert tevens dat een verzekeraar eigen aangifte kan doen van een faillissement.

In het vierde lid is bepaald dat DNB bij de faillissementsaanvraag een advies overlegt over de uitvoering van het faillissement door de curator. In een situatie waarin DNB het faillissement van een verzekeraar aanvraagt, zal dat het sluitstuk zijn van een langdurig proces waarin DNB intensief met die verzekeraar aan het werk is geweest.

DNB kan voorafgaand aan het indienen van een faillissementsaanvraag, onderzoek doen naar de mogelijkheden om te komen tot een portefeuille-overdracht en daarvoor eventueel voorbereidingen te treffen, zoals het voeren van verkennende gesprekken met potentiële overnemers. Wellicht ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat nu het uitbrengen van een advies en het daarbij behorende onderzoek, een wettelijke taak van DNB betreft de toezichthouder in het kader van de totstandkoming van dat advies vertrouwelijke informatie kan delen met potentiële overnemers voor zover dat noodzakelijk is voor het opstellen van het advies.

Indien DNB van oordeel is dat een portefeuille-overdracht mogelijk is, kan zij bij het verzoek tot het uitspreken van het faillissement in haar advies over de uitvoering van het faillissement aangeven dat het overdragen van (een deel van) de verzekeringsportefeuille – al dan niet met (directe) toepassing van de regeling van artikel 213 ag bis (aanpassing verzekeringsovereenkomsten) – het meest passend is. Het is echter uiteindelijk aan de curator, onder toezicht van de rechter-commissaris, die verantwoordelijk is voor het faillissement. DNB geeft «slechts» een advies. Niettemin mag verwacht worden dat een curator een advies van DNB niet zomaarnaast zich neer zal leggen. DNB kan langs deze weg enigszins invloed uitoefenen op de taak van de curator en de door hem te nemen maatregelen. Het advies van DNB wordt opgesteld met gebruikmaking van alle binnen DNB aanwezige deskundigheid zowel van de onderdelen die zich bezig houden met doorlopend toezicht als de onderdelen die verantwoordelijk zijn voor afwikkeling.

Artikel 213ad1

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

Artikel 213af

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

Er wordt op gewezen dat onder het huidige wetsvoorstel DNB de mogelijkheid krijgt aan de rechtbank tegelijkertijd met het verzoek om faillietverklaring een verzoek te doen om aan de te benoemen curator een bijzondere machtiging te verlenen om de verzekeringsovereenkomst te wijzigen in geval de curator rechten en verplichtingen wenst over te dragen. Deze bijzondere machtiging heeft betrekking op de rechtspositie van de begunstigen nadat het faillissement zal zijn uitgesproken en is niet van belang voor de vraag of de verzekeraar in staat van faillissement kan worden verklaard, noch op de beslissingen die DNB heeft genomen in de voorbereiding van het overdrachtsplan. Daarom is niet bepaald dat de verzekeraar zich ook tegen het verzoek om een bijzondere machtiging kan verweren.

Artikel 213aga

Voor een polishouder is het gunstiger dat de polis wordt uitgediend dan dat hij in faillissement een uitkering op zijn vordering ontvangt; ook in het algemene gedeelte van de toelichting op bail-in is hierop ingegaan. Polishouders krijgen te maken met kosten als ze de faillissementswaarde van de vordering uitgekeerd hebben gekregen en een nieuw verzekeringsovereenkomst sluiten. De begunstigde zal bij de meeste producten van een levensverzekeraar om fiscale redenen zich de facto gedwongen voelen een nieuwe levensverzekering af te sluiten bij een andere verzekeraar. Het kan daarom de voorkeur verdienen dat de curator de verzekeringsovereenkomsten doet overgaan op een derde, in plaats van de activa te gelde te maken en de opbrengst daarvan onder de schuldeisers, onder wie de polishouders te verdelen.

Artikel 212ag a biedt de mogelijkheid van overgang van verzekeringsovereenkomsten op een derde. Overdracht is ook onder het huidige recht reeds mogelijk: zie de artikelen 3:152, eerste en derde lid, 3:159c, derde lid, en 3:163, eerste lid, Wft, in de opvangregeling levensverzekeraars, onderscheidenlijk de overdrachtsregeling en de noodregeling. De mogelijkheid van overgang wordt dus overgeheveld van deze instrumenten, niet alleen naar het afwikkelingsinstrumentarium, maar als gevolg van artikel 213ag a ook naar faillissement. Overgang is slechts mogelijk nadat de curator de rechtbank daarom heeft verzocht, en de rechtbank daarvoor toestemming heeft gegeven.

De curator sluit een overeenkomst met de derde. Voor overgang op de derde is niet de toestemming van een ander nodig, in het bijzonder niet van de begunstigde of wederpartij bij de verzekeringsovereenkomst. Medewerking van elke individuele begunstigde of contractspartij zou in de situatie waarop het wetsvoorstel betrekking heeft ondoenlijk zijn. Het zou te veel tijd vergen. Bovendien zou de situatie waarin een deel van de polishouders wel toestemming geeft en een ander deel niet, onpraktisch zijn. De goedkeuring door de rechtbank komt in de plaats van de medewerking van de desbetreffende begunstigen of contractspartijen. Daarmee wordt gewaarborgd dat hun belangen geen geweld wordt aangedaan.

Artikel 213agb

In dit artikel wordt de mogelijkheid geboden dat de rechtbank op verzoek van de curator aan de curator een machtiging geeft om de overeenkomst van verzekering te wijzigen. Zie ook het algemene gedeelte van deze toelichting en, voor zover de wijziging plaatsvindt in het kader van een overgang van verzekeringsovereenkomsten, ook de toelichting op artikel 213ag a. Met betrekking tot de formulering wordt het volgende

opgemerkt. Het huidige artikel 3:195, eerste lid, Wft bepaalt dat de bijzondere machtiging kan strekken:

- a. bij de overdracht van rechten en verplichtingen krachtens verzekering die de verzekeraar heeft gesloten, tot wijziging van die verzekering; en
- b. tot verkorting van de verzekering.

Deze formulering is vatbaar voor verbetering. Verkorting is ook een vorm van wijziging. Verkorting is dus ook mogelijk bij overdracht. Met betrekking tot onderdeel b wordt het volgende opgemerkt. Dit onderdeel maakt het mogelijk dat de curator de verzekering ook dan verkort wanneer geen overdracht plaatsvindt. Artikel 3:195 Wft is evenwel geschreven om een overdracht te vergemakkelijken. Bovendien biedt een strikt grammaticale interpretatie geen ruimte voor een andere wijziging dan verkorting wanneer niet wordt overgedragen. Anders gezegd: wanneer geen overdracht plaatsvindt, zou de enig mogelijke wijziging een verkorting zijn. Dat zou op de ongerijmde consequentie hebben dat de curator het totale bedrag waarop een begunstigde aanspraak kan maken niet zou kunnen verlagen, maar alleen het aantal termijnen waarin hij dit bedrag ontvangt, mag verkorten. Dat is uiteraard niet bedoeld. Om deze redenen is onderdeel b van artikel 3:195, eerste lid, Wft, niet overgenomen.

Er zijn nog meer elementen van artikel 3:195 Wft die niet worden overgenomen. In het tweede lid wordt een aantal artikelen van overeenkomstige toepassing verklaard op de bijzondere machtiging. Het betreft de volgende artikelen van de Wft:

- artikel 3:162: DNB zendt een afschrift van het verzoek om de machtiging aan de verzekeraar. Deze bepaling is niet overgenomen.
- artikel 3:162a: de rechtbank behandelt het verzoek met de meeste spoed op een niet-openbare terechtzitting. Deze bepaling is overgenomen voor het geval de curator tijdens faillissement om de machtiging verzoekt. Voor het geval waarin DNB het verzoek om de bijzondere machtiging tegelijkertijd met het verzoek om de faillietverklaring doet, is artikel 213ae Fw van toepassing, op grond waarvan eveneens geldt dat het verzoek wordt behandeld met de meeste spoed op een niet-openbare terechtzitting.
- artikel 3:162b: de verzekeraar kan zich tegen het verzoek verweren. Zie de toelichting op de wijziging van artikel 213af Fw.
- artikel 3:162d, tweede lid: openbaarmaking bij toewijzing. Deze bepaling is overgenomen door artikel 213ag, vijfde lid, eerste volzin, van overeenkomstige toepassing te verklaren in artikel 213ag ter.
- artikel 3:165: de rechtbank is bevoegd inzage te nemen of te doen nemen in bescheiden van de betrokken verzekeraar. Er wordt een nieuw artikel 213ad bis voorgesteld. De rechtbank kan van dit artikel niet alleen gebruik maken in het kader van de aanvraag van de faillietverklaring maar ook in het kader van het verzoek om een bijzondere machtiging.
- artikel 3:168: duur van de machtiging. Deze bepaling is overgenomen door artikel 213ag aan te passen.

Niet is overgenomen artikel 3:196 Wft. Daarin is bepaald dat, in geval van een overdracht als bedoeld na een bijzondere machtiging, de curator de waarden overdraagt die dienen tot dekking van de technische voorzieningen voor zover deze voorzieningen betrekking hebben op de verplichtingen die worden overgedragen. De derde zal alleen de portefeuille willen overnemen indien aan hem ook activa worden overgedragen. Het is niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen.

Volledigheidshalve wordt gewezen op de verhouding met het voorgestelde artikel 213ma Fw. Op grond van dat artikel doet de curator tussentijdse uitkeringen voorafgaand aan de verificatievergadering indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Heeft de curator tussentijdse uitkeringen gedaan, en krijgt hij vervolgens een bijzondere machtiging om

de verzekering aan te passen, dan worden de eerder gedane tussentijdse uitkeringen niet aangetast. Wel worden de eerder gedane tussentijdse uitkeringen betrokken in de berekening van het bedrag dat de begunstigde uiteindelijk ontvangt nadat de curator gebruik heeft gemaakt van zijn aanpassingsbevoegdheid.

Artikel 212agc

Het eerste lid betreft de bekendmaking van de overgang. Zodra deze heeft plaatsgevonden, maakt de curator deze bekend.

De curator en de derde komen overeen wanneer de verzekeringsovereenkomst overgaan op de derde. In het tweede lid is bepaald wanneer de overgang werkt ten aanzien van anderen: met ingang van de tweede dag, volgende op die van de dagtekening van de Staatscourant waarin de bekendmaking is geplaatst.

Op grond van het derde lid deelt DNB de overdracht mee aan de toezichthouders in andere lidstaten waar de verzekeraar een bijkantoor heeft of waarnaar hij diensten verricht vanuit zijn vestigingen in lidstaten.

Artikel 213g

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

Artikel 213i

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

Artikel 213ka

Het voorgestelde artikel 213ka voorziet in een bijzondere regeling ter zake van het al dan niet voortzetten van een verzekeringsovereenkomst na het uitspreken van het faillissement van de verzekeraar. Het betreft een regeling ter zake van verzekeringsovereenkomsten waarbij periodiek, bijvoorbeeld maandelijks, gedurende langere tijd een premie wordt betaald.

Om duidelijk te maken op welke gevallen artikel 213ka betrekking heeft, wordt ter inleiding het volgende opgemerkt. Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds gevallen waarin de wederpartij ten tijde van de faillietverklaring nog steeds bezig is met premiebetalingen en waarbij het verzekerde voorval zich nog niet heeft voorgedaan, en anderzijds gevallen waarin de wederpartij reeds aan al zijn verplichtingen heeft voldaan op het tijdstip van faillietverklaring. Binnen die laatste categorie doen zich, aan de ene kant, gevallen voor waarbij het verzekerde voorval zich reeds heeft voorgedaan. Het is mogelijk dat de verzekeraar steeds uitkeringen in termijnen voldoet, bijvoorbeeld om sociale uitkering aan te vullen tot aan een bepaald bedrag. Tevens is mogelijk dat er verzekeringen zijn die de begunstigde het recht geven op een eenmalige uitkering, welke nog niet is voldaan ten tijde van de faillietverklaring. Binnen de categorie waarbinnen de wederpartij reeds aan zijn verplichtingen heeft voldaan is het aan de andere kant mogelijk dat het verzekerde voorval zich nog niet heeft voorgedaan.

Wanneer de wederpartij reeds voor datum faillissement aan zijn verplichtingen heeft voldaan, dus zijn premies reeds heeft voldaan, is niet aan de orde dat de curator kan beslissen hoe hij wenst om te gaan met de verzekeringsovereenkomst. De waarde van de overeenkomst moet worden berekend, en deze moet, in de mate waarin de boedel daarvoor

voldoende actief bevat, worden uitgekeerd aan de begunstigde. Voor het geval de begunstigde aanspraak op maandelijkse uitkeringen heeft, regelen de artikelen 213ma en volgende hoe de curator een voorschot daarop kan voldoen.

Anders is de situatie waarin de verzekeraar failliet gaat en het verzekerde voorval zich nog niet heeft voorgedaan, en de wederpartij nog steeds premies betaalt, bijvoorbeeld in maandelijkse termijnen. De vraag rijst dan hoe de curator en de wederpartij dienen om te gaan met hun respectieve verplichtingen na de faillietverklaring. Artikel 213ka heeft betrekking op die laatste categorie gevallen.

In het algemene faillissementsrecht, dus niet specifiek met betrekking tot het faillissement van een verzekeraar, kan een wederpartij van een failliet in geval van een duurovereenkomst door de faillietverklaring in onzekerheid over haar positie komen te verkeren, indien geen van beide partijen zijn eigen verbintenis volledig is nagekomen. Moet de wederpartij doorgaan met de nakoming van de overeenkomst, met het risico dat zij betaalt zonder dat de boedel in staat is de tegenprestatie te leveren, of moet zij met het oog op dat risico de nakoming staken, maar dan met het risico dat zij wordt aangesproken uit wanprestatie of het risico dat zij het recht op nakoming door de boedel verspeelt? Om aan deze onzekerheid voor de wederpartij van de failliet een einde te maken is in de Faillissementswet artikel 37 opgenomen, op grond waarvan de wederpartij aan de curator een termijn kan stellen om te verklaren of hij de overeenkomst gestand wil doen. Wanneer de curator de overeenkomst niet gestand wil doen, verliest hij het recht op nakoming. Overigens leidt de mededeling dat hij de overeenkomst niet gestand wil doen, niet tot ontbinding van de overeenkomst. Wil de curator de overeenkomst wel gestand doen, dan is hij verplicht voor deze nakoming zekerheid te stellen.

Ook in het specifieke geval van het faillissement van een verzekeraar kan de wederpartij in onzekerheid verkeren, in het bijzonder in het geval waarin het verzekerde voorval zich nog niet heeft voorgedaan en de verzekerde nog steeds in termijnen premies betaalt. Moet de wederpartij onverkort doorgaan met betalen van de volledige premies terwijl er een gereede kans bestaat dat de boedel ontoereikend is om een volledige uitkering te doen, of moet zij de premiebetaling staken, met het risico dat na een portefeuille-overdracht de overnemer het risico niet meer volledig dekt? In het huidige recht zou het antwoord moeten worden gezocht in artikel 37 Fw. Er zijn evenwel ten minste drie factoren die maken dat artikel 37 Fw. minder goed werkt in het faillissement van een verzekeraar. De eerste twee factoren zijn van min of meer procedurele aard, de derde factor heeft een meer inhoudelijk karakter.

De eerste factor is dat een verzekeraar veel meer wederpartijen heeft dan een doorsnee schuldenaar. Het zou niet praktisch zijn als de curator per verzekeringnemer moet vaststellen of een verzoek als bedoeld in artikel 37 Fw. is gedaan. De tweede factor is dat de wederpartijen vaak consumenten zijn. Deze wederpartijen zullen in de praktijk veelal niet op de hoogte zijn van artikel 37, zodat zij geen gebruik maken van de mogelijkheid om de curator een termijn te stellen om te verklaren of hij bereid is de overeenkomst na te komen. Om aan beide praktische bezwaren tegemoet te komen geeft artikel 213ka, anders dan artikel 37, de curator de mogelijkheid ook zonder een verzoek door de wederpartij aan hem te laten weten wat hij wil. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 3.4.1, eerste lid, van het in 2007 gepubliceerde Voorontwerp van een Insolventierecht van de Commissie Insolventierecht.

De derde factor is dat bij overeenkomsten van verzekering het te ongenueanceerd kan zijn dat de twee mogelijkheden waartussen kan worden gekozen zijn: wel of niet gestand doen. Voorstelbaar is dat de curator goede hoop heeft dat hij de polissen kan overdragen aan een andere verzekeraar. Voor het geval dat die kans zich verwezenlijkt kan het wenselijk zijn dat de wederpartij doorgaat met het betalen van premies tot aan het tijdstip van de overdracht. Aldus wordt voorkomen dat door het tijdelijk niet-voldoen van premies negatieve gevolgen voor de polishouder optreden.

Daar staat tegenover dat zich ook de situatie kan voordoen waarin een overdracht niet mogelijk blijkt te zijn. In dat scenario is het onwenselijk dat de wederpartij is doorgegaan met het voldoen van premies aan de boedel, zonder dat daarvoor bijzondere regels gelden. Continuering van premievoldoening aan de boedel is alleen dan gerechtvaardigd wanneer, ingeval de verzekering een spaarelement bevat, de premies die worden voldaan na de faillietverklaring ook leiden tot een verhoging van het gespaarde bedrag. Anders worden premiebetalingen tijdens faillissement gedaan zonder dat daartegenover iets staat (voor de goede orde wordt opgemerkt dat de verplichtingen van de boedel die bestaan op het tijdstip van de faillietverklaring niet door de verklaring, ongeacht de inhoud, worden gewijzigd). Dat is op zich reeds ongewenst. Bovendien bepaalt artikel 37 dat een verklaring van gestanddoening ertoe leidt dat de curator de gehele overeenkomst moet nakomen, dus met betrekking tot zowel het gedeelte van het gespaarde bedrag dat reeds bestond op het tijdstip van faillietverklaring als het gedeelte dat toen nog niet bestond, en zelfs voor beide gedeeltes zekerheid moet stellen. In dit verband wordt gewezen op de zogenoemde «omgekeerde productiecycclus»: in een doorsnee bedrijfsmodel maakt een onderneming eerst kosten en zal deze daarna terugverdienen, maar bij een verzekeraar ontvangt de verzekeraar eerst premies, en moet pas daarna zijn dienst leveren. Dat maakt dat een curator naar verwachting in de praktijk zo goed als nooit zal verklaren een verzekeringsovereenkomst gestand te doen; tegenover de door de boedel te leveren prestatie zal zelden een nog door de wederpartij te leveren tegenprestatie staan; deze is al geleverd. Bij gestanddoening zal hij meer moeten uitkeren dan hetgeen hij nog zal ontvangen. Gestanddoening zal dus doorgaans ongunstig voor de boedel zijn.

De conclusie is dat artikel 37 minder goed werkt in het faillissement van een verzekeraar: niet-doorbetaling van de premie (de reactie van de wederpartij op de niet-gestanddoening door de curator) is ongewenst in het scenario waarin later de polis wordt overgedragen omdat dan tegen de wil van partijen bijvoorbeeld het gespaarde bedrag niet verder is verhoogd, en wel-doorbetaling van de premie is ongewenst in het scenario waarin later een overdracht onmogelijk blijkt te zijn. Op het tijdstip dat de curator op grond van artikel 37 zich zou moeten uitlaten over het al dan niet gestand doen van de overeenkomst, zal de curator een dilemma hebben; vaak zal immers niet te voorzien zijn welk scenario zich zal voordoen.

Het voorgestelde artikel 213ka biedt de curator de mogelijkheid om uit dit dilemma te ontsnappen. In de eerste plaats wordt niet langer bepaald dat de curator in het faillissement van een verzekeraar kan verklaren of hij de overeenkomst «gestand wil doen», maar of de overeenkomst «wordt nagekomen», zonder dat daaraan wordt gekoppeld dat hij zekerheid moet stellen voor nakoming. In de tweede plaats worden aan de curator twee hoofdvarianten geboden voor het geval de overeenkomst wordt nagekomen.

De eerste hoofdvariant is dat de curator mededeelt dat de wederpartij de voldoening van premies kan opschorten. Dit komt neer op een advies aan de wederpartij om de premies te reserveren. Vindt nadien een overdracht plaats, dan voldoet de wederpartij alsnog de gereserveerde premies, maar nu aan de overnemer, en is er geen hiaat in de premiebetalingen dat zou kunnen leiden tot bijvoorbeeld een niet-verhogen van het gespaarde bedrag. Lukt het toch niet om de polissen over te dragen, dan eindigt de overeenkomst alsnog. Aangezien er in deze variant geen premies aan de boedel zijn voldaan, is het ook niet nodig de terugbetaling van die premies door de boedel te regelen.

De tweede hoofdvariant is dat de wederpartij wel doorgaat met premiebetaling. Voordeel van deze variant is dat de verhoging van het gespaarde bedrag waartoe de na de verklaring van de curator voldane premies leiden, niet wordt opgeschort. Complicaties die zich hadden voorgedaan ingeval het onzekere voorval zich voordoet in de periode waarin de premievoldoening is opgeschort, ontstaan niet.

Wanneer de wederpartij de premies na de verklaring van de curator aan de boedel voldoet, en nadien een overdracht aan een derde plaats plaatsvindt, zal in de prijs die de curator overeenkomt met de overnemer rekening kunnen worden gehouden met de na de verklaring voldane premies. Voor het geval toch geen overdracht plaatsvindt, zijn er twee aanvullende regels nodig. De eerste bepaalt dat de wederpartij een vordering heeft tot terugbetaling van de na de verklaring voldane premies, en dat de schuld die hier tegenover staat, boedelschuld is. Deze regel geldt alleen ingeval de na de verklaring voldane premies niet hebben geleid tot een evenredige verhoging van het gespaarde bedrag. Het is immers slechts in dat geval dat de wederpartij premies heeft voldaan terwijl niet de tegenprestatie van verhoging van het gespaarde bedrag is geleverd. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze vordering tot terugbetaling van premies een andere vordering is dan de vordering, genoemd in artikel 213m, tweede lid, onderdeel g, of derde lid, onderdeel e. In die onderdelen betreft het de vordering tot teruggave van bedragen die zonder rechtsgrond zijn betaald of aan de betaling waaraan de rechtsgrond is komen te ontvallen in de veronderstelling dat daarmee premies zijn betaald. De in artikel 213ka bedoelde vordering betreft niet bedragen die zonder rechtsgrond zijn gedaan, noch betalingen waaraan de rechtsgrond is komen te ontvallen.

De tweede regel is dat, ingeval de na de verklaring voldane premies hebben geleid tot een evenredige verhoging van het gespaarde bedrag, de schuld die uit die verhoging voortvloeit, eveneens boedelschuld is. Anders zou in dat geval voldoening van premies na de verklaring weliswaar tot de verplichting van een tegenprestatie hebben geleid, maar minder zeker zijn dat deze verplichting ook volledig wordt nagekomen, ook al heeft de verzekeringscrediteur een hoog voorrecht.

In het voorgestelde artikel 213ka wordt aan de curator overgelaten, indien hij verklaart dat de overeenkomst wordt nagekomen, of hij de wederpartij adviseert premies te reserveren voor een eventuele overnemer, dan wel hij doorbetaling van de premies wenst.

Voor de verklaring is toestemming van de rechter-commissaris nodig. Daarmee wordt bevorderd dat de gekozen oplossing uiteindelijk zo min mogelijk nadeel voor de verzekeringscrediteuren oplevert. De toestemming behoeft niet per verzekeringsovereenkomst afzonderlijk te worden gegeven, maar kan ook *en bloc* worden gegeven.

Artikel 213I

eerste lid

Het eerste lid maakt een uitzondering op artikel 131, tweede lid, met betrekking tot het faillissement van een verzekeraar. Artikel 131, tweede lid, bevat twee regels, beide met betrekking tot vorderingen die opeisbaar worden na de datum van faillietverklaring. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze regels geen betrekking hebben op verzekeringen waarbij het onzekere voorval zich nog niet heeft voorgedaan en waarbij geen zekerheid erover bestaat dat er ooit een uitkering moet worden gedaan, zoals alle schadeverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen. In dat geval is niet zeker of en wanneer zich schade gaat voordoen in de toekomst, en is dus onzeker of en wanneer er een opeisbare vordering zal zijn. De eerste regel van artikel 131, tweede lid, bepaalt dat alle schuldvorderingen, vervallende binnen één jaar na de dag van faillietverklaring, worden behandeld alsof zij op dat tijdstip opeisbaar waren. Dit komt erop neer dat het niet nodig is om de contante waarde te berekenen en dat zij worden geverifieerd voor hun volle waarde.

Deze regel is ingevoerd om «een omslag te vermijden» en te voorkomen dat «alle wissels en orderbriefjes, ten laste van de gefailleerde lopende geldleningen op korte termijn, vorderingen op jaarrekening te betalen en dergelijke» tot de contante waarde ten tijde van de faillietverklaring zouden moeten worden teruggebracht (memorie van toelichting, Van der Feltz II 1897, blz. 130). In geval van het faillissement van een verzekeraar kan het verschil tussen de contante waarde en de volle waarde zo groot zijn, dan het de voorkeur verdient een uitzondering te maken op artikel 131, tweede lid. Bovendien is het nu, anders dan ten tijde van het invoeren van artikel 131, gemakkelijker de contante waarde te berekenen met behulp van computerprogramma's en een grotere actuariële kennis. De tweede regel in artikel 131, tweede lid, bepaalt dat vorderingen die later dan één jaar na faillietverklaring opeisbaar worden, worden geverifieerd voor hun waarde op de eerste verjaardag van het faillissement. Ook hier geldt dat deze regel in geval van het faillissement van een verzekeraar tot dermate grote verschillen kunnen leiden dat zij een uitzondering op artikel 131 rechtvaardigen

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het eerste lid van artikel 131 onveranderd toepassing blijft vinden in geval van het faillissement van een verzekeraar. Daarin is bepaald dat een vordering waarvan het tijdstip van opeisbaarheid onzeker is of die recht geeft op periodieke uitkeringen, wordt geverifieerd voor haar waarde op de dag van de faillietverklaring.

tweede lid

In het tweede lid wordt een uitzondering gemaakt op het eerste lid voor alle verzekeringsovereenkomsten waaronder na de faillietverklaring nog premies dienen te worden betaald. Wanneer de curator ingevolge artikel 213ka verklaart dat de overeenkomst niet wordt voortgezet en de wederpartij ophoudt met de premiebetaling, bijvoorbeeld in maandelijkse termijnen, zou het niet redelijk zijn dat de contante waarde wordt berekend op de datum van faillietverklaring. Ingeval na die datum nog premies zouden worden voldaan, is het niet juist dat die premies niet worden betrokken in de berekening ten behoeve van de verificatie. Maakt de curator geen gebruik van de mogelijkheid om te verklaren dat de overeenkomst niet wordt voortgezet, dan is het aan de wederpartij om te beslissen wat hij doet. De wederpartij kan doorgaan met premiebetalingen. Het ligt in dat geval voor de hand dat de vordering wordt gewaardeerd op basis van de stand van zaken ten tijde van de verificatie. Op die manier wordt rekening gehouden met de stand van zaken tot en

met de laatst betaalde premie voorafgaand aan de verificatie. Zo wordt bereikt dat het rendement wordt berekend op basis van de werkelijk betaalde premies. De wederpartij kan ook de premiebetalingen staken. In de praktijk regelen de overeenkomsten van verzekering wat de gevolgen daarvan zijn. Ook in dat geval moet de vordering worden gewaardeerd naar het tijdstip van de verificatie, dus naar de waarde die de vordering heeft nadat de overeenkomst niet is voortgezet. De waarde van de vordering wordt dan bepaald door de gevolgen die de overeenkomst aan het staken van de premiebetalingen verbindt.

derde lid

Normaal gesproken dient een vordering te worden geverifieerd op de datum van faillietverklaring. Wanneer het risico zich nog niet heeft verwezenlijkt op de dag van de faillietverklaring zou, strikt genomen, het bedrag van de vordering nihil zijn: op die datum bestaat immers nog geen vordering. Het is redelijk dat een dergelijke vordering wordt geverifieerd voor het bedrag van de daadwerkelijke vordering, ook al is deze vordering eerst na de faillietverklaring ontstaan. Het ligt voor de hand dat in de praktijk verzekeringsvorderingen op deze manier worden geverifieerd. In die zin is dit artikel lid dan ook geen ingrijpende wijziging van de bestaande situatie.

Het artikel staat op zich los van het vraagstuk van de voorlopige uitkeringen, maar de gelegenheid wordt benut om voor deze kwestie een regeling te geven. Voor de goede orde wordt nog opgemerkt dat het derde lid de bestaande regels met betrekking tot bijvoorbeeld de vraag of er een opeisbare vordering is wanneer de polishouder niet heeft voldaan aan zijn verplichting om premie te betalen, onverlet laat. Zou de dekking zijn vervallen omdat de premie niet is betaald, dan leidt dit artikel niet ertoe dat alsnog moet worden geverifieerd en tot uitkering moet worden overgegaan. Het artikel lid heeft immers slechts betrekking op de verificatie van de vordering *voor haar waarde*, niet tevens voor haar opeisbaarheid.

Vierde lid

Artikel 3A:89 van de Wft biedt een grondslag om bij AMvB nadere regels te stellen met betrekking tot de waardering van de activa en passiva. De in dat artikel bedoelde waardering dient te worden verricht om vast te stellen dat de schuldeisers van wie vorderingen zijn afgeschreven of omgezet, geen grotere verliezen lijden dan zij zouden hebben geleden indien de verzekeraar onmiddellijk voorafgaand aan dat besluit in faillissement zou zijn geliquideerd. Indien zij wel grotere verliezen zouden lijden, kan in beginsel niet tot bijvoorbeeld bail-in worden overgegaan. DNB moet dus het verlies dat de schuldeiser lijdt bij toepassing van een afwikkelingsinstrument vergelijken met het verlies dat de schuldeiser zou hebben geleden in een fictief faillissement.

Het voornemen bestaat om bij AMvB regels te stellen voor de waardering ten behoeve van de vergelijking met het fictieve faillissement in ieder geval voor overeenkomsten op grond waarvan de wederpartij van de verzekeraar gehouden is om in termijnen premie te voldoen, de verzekeraar na het verstrijken van een looptijd een uitkering aan de wederpartij dient te voldoen, en de looptijd nog niet is verstreken op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het besluit tot bail-in. Het verdient de voorkeur dat dezelfde waarderingsmethode wordt gevolgd in een werkelijk faillissement. Daarom wordt voorgesteld in het derde lid een grondslag op te nemen om bij AMvB nadere regels te stellen met betrekking tot de waardering.

Artikel 213m

Met deze wijziging wordt aan de schadevergoedingsvordering van de verzekeringscrediteur een hogere rang gegeven. Het betreft de vergoeding van schade die verzekeringsschuldeisers lijden doordat de bedragen die zij ontvangen uit hoofde van hun vorderingen niet toereikend zijn hen te brengen in de toestand waarin zij zouden hebben verkeerd indien de verzekeraar niet in staat van faillissement was verklaard. In veel gevallen zal het daarbij erom gaan dat de uitkering niet voldoende is om een vergelijkbare overeenkomst van verzekering te sluiten. Met «de bedragen die zij ontvangen uit hoofde van die vorderingen» wordt niet bedoeld op de volledige bedragen waarop zij op grond van de overeenkomst aanspraak kunnen maken, maar de bedragen die zij in faillissement ontvangen, hetgeen een percentage van kan zijn de volledige vordering uit hoofde van verzekering. «Ontvangen» staat in de tegenwoordige tijd, maar daarmee is tevens bedoeld hetgeen de schuldeisers met een vordering uit hoofde van verzekering reeds hebben ontvangen en nog zullen ontvangen.

In artikel 213m wordt de bijzondere rangregeling van vorderingen gegeven, die nog voor de gewone rangregeling komt. Er is voor gekozen de hogere rang van de schadevergoedingsvordering op te nemen als laatste onderdeel in het bestaande tweede en derde lid. Doordat in de aanhef van deze leden is bepaald dat de vorderingen op de boedel worden verhaald «in de volgende volgorde» en doordat de schadevergoedingsvordering wordt genoemd in het laatste onderdeel van beide leden, wordt duidelijk dat de schadevergoedingsvordering in rang direct volgt op de onderdeelt g van het tweede lid onderscheidenlijk onderdeel e van het derde lid. Uit het stelsel van de wet volgt dat de schadevergoedingsvordering in rang komt voor de gewone rangregeling. De hier ingevoerde hogere rang geldt uitsluitend voor de vergoeding van schade die de polishouder lijdt doordat het bedrag dat hij uit de boedel van de failliete verzekeraar ontvangt niet toereikend is om hem in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de verzekeraar niet in staat van faillissement was verklaard. Een vordering ter vergoeding van andere schade valt niet onder de hier ingevoerde bevoorrechting.

De vordering is bevoorrecht indien zij betrekking heeft op de vergoeding van schade die de verzekeringnemer lijdt doordat hij met het bedrag dat hij uit de boedel ontvangt niet in de positie kan worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de verzekeraar niet in staat van faillissement was verklaard. In de praktijk zal het veelal erom gaan dat de begunstigde niet een vergelijkbare verzekeringsovereenkomst kan sluiten met een andere verzekeraar. Deze schade kan zich in twee vormen voordoen. De eerste vorm van schade is die, welke de verzekeringnemer lijdt doordat de bedragen die hij heeft ontvangen uit hoofde van vorderingen niet toereikend zijn om een vergelijkbare overeenkomst van verzekering te sluiten. Met de woorden «vergelijkbare overeenkomst van verzekering» is beoogd tot uitdrukking te brengen dat het moet gaan om een overeenkomst met betrekking tot hetzelfde risico, met min of meer dezelfde bedingen die de kern van de prestaties weergeven, in het bijzonder het uit te keren bedrag en de looptijd. Het verschil tussen het bedrag dat de verzekeringnemer moet betalen om een vergelijkbare verzekeringsovereenkomst bij een andere verzekeraar te sluiten en het bedrag dat hij uit de boedel ontvangt, is de schade tot vergoeding waarvan de vordering wordt bevoorrecht. Het gaat daarbij niet om elk bedrag dat verzekeringscrediteuren uit de boedel ontvangen. In het faillissement van een schadeverzekeraar gaat het om de uitkeringen, ontvangen op vorderingen als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, e en f, en in het faillissement van een levensverzekeraar om de uitkeringen,

ontvangen op vorderingen als bedoeld in het derde lid, onderdeel d. De uitkeringen, ontvangen op vorderingen tot teruggave van bedragen die zonder rechtsgrond zijn betaald of aan de betaling waarvan de rechtsgrond is komen te vervallen in de veronderstelling dat daarmee premies zijn betaald, tellen niet mee bij de beantwoording van de vraag of met uit de boedel ontvangen uitkeringen vergelijkbare verzekeringsovereenkomsten kunnen worden gesloten.

De tweede vorm van schade is die waarbij de verzekeringnemer geen verzekeraar bereid vindt om het risico te verzekeren tegen een hogere premie dan de premie die hij betaalde aan de failliete verzekeraar, maar wel een verzekeraar bereid vindt om tegen dezelfde premie een lager risico te verzekeren of een andere verzekeringsovereenkomst met voor de verzekeringnemer ongunstigere voorwaarden te sluiten. Ook de schade die de verzekeringnemer daardoor lijdt, valt onder de schade ter vergoeding waarvan hij een bevoorrechte vordering op de boedel heeft.

Op de verzekeringnemer rust de uit het algemene schadevergoedingsrecht voortvloeiende plicht om de schade te beperken. De bevoorrechting van de schadevergoedingsvorderingen is daarop niet van invloed. Daarom wordt hier volstaan met een enkele opmerking. De omvang van de plicht om de schade te beperken moet in redelijkheid moet worden vastgesteld. Van de verzekeringnemer wordt bijvoorbeeld niet verlangd dat hij zich tot het uiterste inspant om het risico tegen een zo laag mogelijke premie te verzekeren. Uitgangspunt is dat hij binnen de grenzen van de redelijkheid op zoek gaat naar een verzekeraar die bereid is het risico te verzekeren. Iets dergelijks geldt ook voor de schade die ontstaat doordat een verzekeraar weliswaar bereid is het risico te verzekeren voor het bedrag dat de curator uit de boedel heeft voldaan, maar tegen ongunstigere voorwaarden. Van de verzekeringnemer wordt niet verlangd dat hij aantoont dat er geen enkele verzekeraar is die bereid is het risico op minder ongunstige voorwaarden te verzekeren. Dat is ook van belang voor het geval het niet tot een faillissement komt en DNB in haar rol van afwikkelingsautoriteit bij bail-in zich moet afvragen wat de verzekeringscrediteur zou hebben ontvangen in een fictief faillissement, en hoe groot de schade is die hij in dat geval zou hebben geleden. Bij de beoordeling of aan het NCWO-beginsel is voldaan, kan DNB dan ook ervan uitgaan dat de verzekeringnemer redelijkerwijze zou hebben gedaan wat nodig is om het risico bij een andere verzekeraar onder te brengen. Van DNB kan niet worden gevergd dat zij in het kader van een NCWO-waardering een waardering op polis-niveau uitvoert.

Wanneer de verzekeringnemer, om wat voor reden dan ook, de uitkering uit de boedel niet aanwendt voor het sluiten van een nieuwe verzekeringsovereenkomst, is het mogelijk dat hij een grotere schade lijdt dan wanneer hij wel een nieuwe verzekeringsovereenkomst had gesloten. Uit de algemene plicht om de schade te beperken vloeit voort dat hij geen vordering heeft tot vergoeding van die grotere schade. Ook in dat geval heeft hij een vordering tot vergoeding van de schade die hij had geleden indien hij met het bedrag dat hij uit de boedel ontvangt niet een vergelijkbare verzekeringsovereenkomst zou hebben kunnen sluiten. Dit heeft tevens als consequentie dat DNB in haar rol van afwikkelingsautoriteit bij bail-in zich niet behoeft af te vragen of de verzekeringnemer in een fictief faillissement daadwerkelijk een nieuwe verzekering zou hebben gesloten; DNB mag ervan uitgaan dat de verzekeringnemer met het bedrag dat hij in een fictief faillissement had ontvangen, zou hebben getracht een nieuwe verzekeringsovereenkomst te sluiten.

Artikel 213ma

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

Op vorderingen uit de eerste categorie verzekeringen en pensioenen van werknemers, genoemd in het eerste lid, verzoekt de curator om toestemming voor het doen van een tussentijdse uitkering zonder dat daarvoor in dit artikel nadere voorwaarden worden gesteld, afgezien van de voorwaarde dat de vordering bestaat. Dit is onder woorden gebracht door te bepalen dat het «opeisbare» vorderingen moet betreffen. Wanneer de vordering reeds voorafgaand aan de faillietverklaring opeisbaar is, doet de curator het verzoek voor een tussentijdse uitkering op een in aanmerking komende vordering binnen negentig dagen na de faillietverklaring. Wanneer de vordering pas na de faillietverklaring maar voor de slotuitdeling opeisbaar wordt, doet de curator het verzoek nadat de vordering opeisbaar is geworden. Wanneer bijvoorbeeld de begunstigde de pensioengerechtigde leeftijd niet voor de slotuitdeling bereikt, is er geen aanleiding voor tussentijdse uitkeringen. De curator berekent de contante waarde van de verzekering, en zal het uit te keren bedrag in de uitdelingslijst opnemen.

Op vorderingen uit de andere categorie verzekeringen, genoemd in het eerste lid, onderdeel e, kortweg schadeverzekeringen die geen betrekking hebben op ziekte, letsel of overlijden, doet de curator slechts dan een tussentijdse uitkering indien het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt voorafgaand aan de faillietverklaring of binnen 90 dagen daarna. De gedachte hierachter is dat bij dit type verzekeringen de verzekeringnemer gemakkelijk kan overstappen naar een andere verzekeraar; het wordt redelijk geacht dat hij daarvoor een termijn van 90 dagen krijgt. Vorderingen krachtens dit type overeenkomsten komen slechts dan in aanmerking voor een tussentijdse uitkering indien zij groter dan € 12.500 zijn. Met betrekking tot kleinere bedragen kan worden verlangd dat de begunstigde wacht tot een uitkering na de verificatievergadering of dat hij het bedrag leent totdat hij een uitkering uit de boedel ontvangt. Voor levensverzekeringen, verzekeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden geldt de drempel van € 12.500 niet.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het artikel ruimte laat voor een tussentijdse uitkering indien het verzekerde risico zich voordoet na de faillietverklaring maar voor de slotuitdeling. Het zou immers ongerijmd zijn dat, indien het verzekerde risico zich voordoet voorafgaand aan de faillietverklaring tussentijdse uitkeringen wel mogelijk zijn, maar wanneer het risico zich bijvoorbeeld een maand na de faillietverklaring voordoet, de schuldeiser zou moeten wachten tot de uitdeling.

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

geval dat voor de tussentijdse uitkering toestemming van de rechter-commissaris is vereist.

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

Artikel 213mb

In artikel 213mb worden de vorderingen genoemd waarop artikel 213ma niet van toepassing is. Zij vallen wel onder de omschrijving van de in artikel 213ma genoemde vorderingen, maar zijn daarvan uitgezonderd en komen dus niet voor tussentijdse uitkering in aanmerking. Het betreft in de eerste plaats vorderingen die de schuldeiser niet alleen tegen de boedel maar ook tegen een ander geldend kunnen maken: tegen het Zorginstituut en tegen het Waarborgfonds Motorverkeer. Als voorbeeld wordt gegeven het geval waarin een schuldeiser jegens de failliete verzekeraar een recht op schadevergoeding heeft op grond van een vordering uit burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door een motorrijtuig veroorzaakte schade of een zodanige aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 3a Wam. Een vordering kleiner dan € 12.500 komt toch al niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering; een schuldeiser met een dergelijke vordering zal zich dan ook wenden tot het Waarborgfonds Motorverkeer. Een vordering groter dan € 12.500 komt weliswaar voor tussentijdse uitkering in aanmerking, maar de schuldeiser kan het recht op schadevergoeding ook tegen het Waarborgfonds Motorverkeer geldend maken. Er is daarom geen reden hem het recht op een tussentijdse uitkering uit de boedel toe te kennen. Doordat hij zich ook tot het Waarborgfonds Motorverkeer kan wenden, is hij immers niet afhankelijk van de uitkering uit de boedel.

Wanneer een schuldeiser zich heeft gewend tot het Waarborgfonds Motorverkeer of het Zorginstituut, en deze twee instellingen een vordering van een schuldeiser op de boedel aan de schuldeiser hebben voldaan, hebben deze instellingen ter zake daarvan een vordering op de boedel. Het Waarborgfonds Motorverkeer en het Zorginstituut zijn niet afhankelijk van deze vorderingen, zodat er geen reden is voor een tussentijdse uitkering.

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

Artikel 213mc

Dit artikel bepaalt wanneer de rechter-commissaris het verzoek om toestemming toewijst. Het artikel gaat uit van «ja, tenzij»: de rechter-commissaris wijst het verzoek toe, tenzij niet is voldaan aan het toewijzingscriterium. In die zin is het eerste lid, dat bepaalt wat het toewijzingscriterium is, een opmaat voor het tweede lid. De regeling van de tussentijdse uitkeringen is bedoeld om te voorkomen dat de schuldeisers die afhankelijk zijn van een uitkering lang op die uitkering geld moeten wachten, maar aan de andere kant moet worden voorkomen dat de schuldeisers te veel aan tussentijdse uitkeringen krijgen. In het laatste

geval blijft er in de boedel minder over voor de andere schuldeisers; dat is dus ongunstig voor de financieringsregeling dat aan de schuldeisers het bedrag uitkeert dat zij tekort komen. Het kan ook ongunstig zijn voor de desbetreffende schuldeiser zelf omdat te hoge verwachtingen met betrekking tot de uiteindelijke uitkering kunnen worden gewekt. Doel is, kort gezegd, dat hetgeen de verzekeringsschuldeisers met de tussentijdse uitkeringen ontvangen min of meer in overeenstemming is met hetgeen zij uiteindelijk zullen ontvangen na de verificatievergadering.

De curator moet aannemelijk maken dat het percentage dat de desbetreffende schuldeisers op hun vordering ontvangen als gevolg van de tussentijdse uitkering of de wijziging is gebaseerd op een prudente schatting van het percentage dat de schuldeisers op hun vordering zouden hebben ontvangen na de verificatievergadering indien geen tussentijdse uitkeringen waren gedaan onderscheidenlijk deze niet waren gewijzigd. Vier elementen verdienen de aandacht.

In de eerste plaats moet in het verzoekschrift een «schatting» worden opgenomen. De curator behoeft dus niet een onweerlegbare berekening over te leggen. Het gaat erom dat bij benadering wordt opgegeven wat de schuldeisers naar verwachting in totaal zullen ontvangen.

In de tweede plaats dient deze schatting «prudent» te zijn. Een schatting is per definitie approximatief, maar dat neemt niet weg dat zij van meer of minder vergaande aannames kan uitgaan. In dit geval dient de benadering aan de voorzichtige kant te zijn.

In de derde plaats moeten de tussentijds uit te keren bedragen zijn «gebaseerd» op de schatting. Dat betekent dat de schatting niet direct «een-op-een» behoeft te leiden tot een percentage dat als tussentijdse uitkering op een vordering wordt gedaan, maar dat de schatting voldoende grondslag voor dat percentage moet bieden.

Ten slotte moet de curator «aannemelijk» maken dat de tussentijdse uitkeringen ontvangen min of meer in overeenstemming zijn met hetgeen de begunstigden uiteindelijk zullen ontvangen; hij behoeft dat dus niet onomstotelijk te aan te tonen.

Artikel 213md

Het eerste lid bepaalt dat de curator de tussentijdse uitkering doet indien de rechter-commissaris daarvoor toestemming heeft gegeven. Het doel van dit artikel is tweeledig. In de eerste plaats is met dit lid beoogd tot uitdrukking te brengen dat de curator alleen dan een tussentijdse uitkering doet wanneer hij daarvoor toestemming heeft gekregen: zonder toestemming geen tussentijdse uitkering. In de tweede plaats bepaalt dit lid dat de curator de tussentijdse uitkering *moet* doen wanneer hij daarvoor toestemming van de rechter-commissaris heeft gekregen. Het is dus niet zo dat aan de curator een bevoegdheid wordt verleend en hij vervolgens zou kunnen besluiten daar al dan niet gebruik van te maken.

In het tweede lid wordt een uitzondering gemaakt op het eerste lid. Wanneer in de beginfase van het faillissement de curator nog geen toestemming van de rechter-commissaris heeft gekregen, doet hij toch een tussentijdse uitkering. Naar verwachting zal hij in de beginfase zo veel om handen hebben dat hij niet in staat is direct aan de rechter-commissaris een goed onderbouwd verzoek om toestemming voor een tussentijdse uitkering te doen, welk verzoek ook nog eens de hoogte van de tussentijdse uitkering moet omvatten. De verplichting ingevolge dit artikel rust op de curator totdat de rechter-commissaris heeft beslist op

een verzoek dat is gedaan gedurende de eerste negentig dagen na de dag van de faillietverklaring. Geeft de rechter-commissaris toestemming, dan wordt die toestemming de grondslag voor de verplichting. Weigert de rechter-commissaris toestemming, dan beëindigt de curator de tussentijdse uitkering. De verplichting om in de beginfase van het faillissement zonder toestemming van de rechter-commissaris tussentijdse uitkeringen te doen, geldt slechts voor periodieke uitkeringen. In voorkomend geval kunnen deze later nog worden verrekend met vervolguitkeringen, in tegenstelling tot een tussentijdse eenmalige uitkering. De curator keert gedurende deze periode als tussentijdse uitkering 100% uit op de vordering. Bepaald is dat de curator per periode hetzelfde bedrag betaalt als het bedrag dat de schuldeiser voorafgaand aan de faillietverklaring in eenzelfde periode ontving. Indien de schuldeiser voorafgaand aan de faillietverklaring per maand een bepaald bedrag ontving, betaalt de curator dus na de faillietverklaring per maand hetzelfde bedrag totdat de rechter-commissaris heeft beslist op een verzoek om toestemming dat is gedaan gedurende de eerste negentig dagen na de dag van de faillietverklaring. De achtergrond van deze regel is dat aan de curator een zekere termijn wordt gegeven om het percentage te berekenen dat hij opneemt in zijn verzoek aan de rechter-commissaris om toestemming voor het doen van tussentijdse uitkeringen. Bijkomend voordeel is dat de schuldeiser niet van de ene dag op de andere wordt geconfronteerd met een lagere uitkering, en gedurende deze termijn in staat wordt gesteld zijn uitgavenpatroon aan te passen. Hetgeen, naar achteraf blijkt, te veel is betaald, zal worden verrekend met de vervolguitkeringen en, indien nodig, met de definitieve uitkering die de schuldeiser ontvangt na de verificatievergadering.

Artikel 213me

Dit artikel regelt de kring van schuldeisers ten behoeve van wie de curator toestemming vraagt voor het doen van een tussentijdse uitkering. Materieel komt dit erop neer op een afbakening van de kring van personen die in aanmerking komen voor een tussentijdse uitkering. In aanmerking komen in ieder geval natuurlijke personen. In het algemeen zal het voor hen het nijpendst zijn wanneer zij tot na de verificatievergadering op een uitkering zouden moeten wachten. Het opnemen van natuurlijke personen is categorisch; niet wordt beoordeeld of in een specifiek geval een begunstigde wel of niet in de financiële problemen zou komen zonder tussentijdse uitkering. Met betrekking tot rechtspersonen moet een onderscheid worden gemaakt. Rechtspersonen die een micro-onderneming of kleine onderneming drijven, komen eveneens categorisch in aanmerking voor een tussentijdse uitkering. Bij hen wordt evenmin beoordeeld of zij het financieel wel of niet zouden kunnen volhouden tot een uitkering na de verificatievergadering. In het algemene gedeelte van de toelichting is hierop reeds ingegaan. Voor de afbakening tussen enerzijds micro-ondernemingen en kleine ondernemingen en anderzijds andere ondernemingen is verwezen naar de richtlijn 2014/34/EU en niet naar de bepaling waarmee deze richtlijn op dit punt is geïmplementeerd: artikel 395a van Boek 2 BW. De reden daarvoor is dat deze bepaling ook van toepassing is op rechtspersonen naar niet-Nederlands recht.

Rechtspersonen die een middelgrote onderneming of grote onderneming drijven komen in beginsel niet in aanmerking voor een tussentijdse uitkering. De curator doet evenwel in bijzondere gevallen aan een dergelijke rechtspersoon toch een tussentijdse uitkering, indien de rechter-commissaris daartoe beslist. De rechter-commissaris beslist daartoe indien, kort gezegd, van de schuldeiser niet kan worden verlangd dat hij moet wachten tot na de verificatievergadering. Daarbij kan in aanmerking worden genomen in welke mate de rechtspersoon behoefte

heeft aan de tussentijdse uitkering. Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie waarin de begunstigde in onoverkomelijke financiële problemen komt wanneer hij zou moeten wachten tot na de verificatievergadering, en hij voor de tussentijd het bedrag niet kan lenen. De rechter-commissaris neemt een beslissing op verzoek van de verzekeringnemer of een belanghebbende. De toevoeging «of een belanghebbende» is opgenomen teneinde rekening te houden met de situatie waarin een middelgrote of grote onderneming formeel gezien de verzekeringnemer is omdat hij partij bij de verzekeringsovereenkomst is, maar deze overeenkomst heeft gesloten ten behoeve van een ander. De onaanvaardbare gevolgen behoeven zich niet noodzakelijkerwijs voor te doen bij de verzekeringnemer zelf.

Artikel 213mf

Het is mogelijk dat de curator met betrekking tot een bepaalde vordering geen toestemming vraagt voor het doen van een tussentijdse uitkering, en dat de desbetreffende schuldeiser of verzekeringnemer meent dat de curator ten onrechte geen toestemming vraagt. In het algemene gedeelte van deze toelichting zijn reeds als voorbeelden genoemd dat de schuldeiser of verzekeringnemer en de curator het oneens zijn over het antwoord op de vraag of de vordering onder de verzekering valt, of het voor een grote onderneming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen zou hebben indien zij zou moeten wachten op een uitkering, en of de desbetreffende onderneming een kleine onderneming dan wel een grote onderneming is. In dat geval kan de schuldeiser of de verzekeringnemer zich rechtstreeks tot de rechter-commissaris wenden met het verzoek de curator te bevelen een tussentijdse uitkering te doen. De rechter-commissaris beslist binnen drie dagen, een termijn die is overgenomen uit artikel 69 Fw.

Het verzoek kan worden gedaan door een belanghebbende. Doorgaans zal dat degene zijn die uiteindelijk de tussentijdse uitkering ontvangt. Het is evenwel mogelijk dat degene die de verzekeringsovereenkomst heeft gesloten niet zelf de begunstigde is. In dat geval kan ook de verzekeringnemer zich tot de rechter-commissaris wenden.

Artikel 213mg

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

verzekerd bij de failliete verzekeraar en de andere schade bij een andere verzekeraar valt niet onder dit artikel.

In een niet-insolventie-situatie is het gebruikelijk dat een verzekeraar aan de schuldeiser vraagt of de schade niet tevens bij een andere verzekeraar is verzekerd. Er is geen reden om aan te nemen dat dat anders is wanneer de verzekeraar in staat van faillissement is verklaard. Aldus raakt de curator ervan op de hoogte of de schade door meer dan een verzekering is gedekt. Het gevolg van dit artikel is dat, wanneer de schuldeiser in weerwil van dit artikel aanspraak maakt op een tussentijdse uitkering van de failliete verzekeraar terwijl het risico ook bij een andere verzekeraar is verzekerd, hij de tussentijdse uitkering aan de boedel dient terug te betalen.

Voor de volledigheid wordt gewezen op de situatie waarin de aangesproken verzekeraar naar evenredigheid verhaal neemt op de failliete verzekeraar op grond van artikel 7:961, derde lid, eerste zin, BW. Zoals in de parlementaire geschiedenis van artikel 7:961 BW is opgemerkt, is de grondslag daarvoor niet dat de aangesproken verzekeraar zou zijn gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde. Hij heeft dan ook geen vordering die is ontstaan uit of krachtens een overeenkomst van verzekering. De verhaalsvordering van de aangesproken verzekeraar op de failliete verzekeraar is bijgevolg geen vordering die voor een tussentijdse uitkering in aanmerking komt.

Artikel 213mh

Aandacht behoeft de situatie waarin de curator een voorschot heeft voldaan, en vervolgens de polis wordt overgedragen aan een andere verzekeraar. Waarmee worden de reeds voldane voorschotten verrekend? Er zijn verschillende mogelijkheden.

Idealiter wordt een en ander in geregeld in hetgeen de curator en de overnemer overeenkomen. Daarvoor is geen specifieke wettelijke bepaling nodig. Een eerste mogelijkheid is dat een deel van de activa die tegenover de verplichtingen staan die de overnemer overneemt achterblijven in de boedel. Het deel dat achterblijft in de boedel is gelijk is aan hetgeen teveel is voldaan aan de verzekeringscrediteur. De overnemer zal slechts dan bereid zijn om minder activa over te nemen indien de door hem overgenomen verplichtingen worden verlaagd. Het eindresultaat is dat de verzekeringscrediteur hetgeen hij teveel heeft ontvangen, de facto heeft terugbetaald aan de boedel. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat wordt bepaald dat de rechtbank een machtiging kan verlenen die strekt bij de overgang op een derde van rechten en verplichtingen krachtens overeenkomst van verzekering die de verzekeraar heeft gesloten, tot wijziging van die overeenkomst van verzekering. Daarmee wordt bewerkstelligd dat recht wordt gedaan aan de positie van de verzekeringscrediteur.

Het is evenwel voorstelbaar dat op het tijdstip dat de andere verzekeraar de polis overneemt, een en ander nog niet goed kan worden berekend. In dat geval komt een tweede mogelijkheid in beeld. Die tweede mogelijkheid is dat overnemer de polissen overneemt met de inhoud die de polis heeft op het tijdstip van overdracht. De aanspraken van de verzekeringscrediteur worden opgeknipt in enerzijds aanspraken die betrekking hebben op de periode tot aan de overdracht en anderzijds aanspraken die betrekking hebben op de periode daarna. De verzekeringscrediteur had oorspronkelijk ter zake van de aanspraken een vordering op de boedel, waarvoor hij tot aan de overdracht reeds een voorschot heeft ontvangen.

Hij heeft ter zake van de aanspraken na de overdracht een vordering op de overnemer, die in termijnen zal worden voldaan. De overnemer neemt alleen de verplichtingen, al dan niet gebail-nd, over die opeisbaar worden na het tijdstip van overdracht.

Bij de vaststelling ten behoeve van de verificatievergadering van de vorderingen die op de boedel moeten worden verhaald – en waarvoor al een voorschot is voldaan – zal de curator moeten berekenen wat de hoogte is van de vordering van de verzekeringscrediteur tot aan het tijdstip van overdracht. Hetgeen de verzekeringscrediteur aan voorschotten heeft ontvangen, wordt verrekend met het bedrag dat de curator heeft berekend ten behoeve van de verificatievergadering. Aangezien de curator op grond van het voorgestelde artikel 213md, tweede lid, gedurende de eerste negentig dagen 100% uitkeert van periodieke uitkeringen die reeds voorafgaand aan de faillietverklaring waren gedaan, is er een gerede kans dat over deze periode te veel aan voorschotten is voldaan. Wanneer de curator en de overnemer een en ander niet hebben betrokken in hun overeenkomst, is de mogelijkheid dat dit kan worden verrekend met de aanspraak die de verzekeringscrediteur, zoals achteraf berekend, op de boedel heeft tot aan het tijdstip van overdracht, zeer gering. De verzekeringscrediteur heeft immers op de boedel geen aanspraak meer op uitkeringen met betrekking op de toekomst, aangezien deze zijn overgedragen aan een andere verzekeraar. Zonder nadere regeling zou een en ander tot gevolg hebben dat de verzekeringscrediteur, naar achteraf blijkt, te veel heeft ontvangen zonder dat de curator dit kan verrekenen met een uitkering aan de verzekeringscrediteur op basis van de contante waarde van de polis; deze is immers al overgedragen. Indien niet zou kunnen worden verrekend, gaat dat ten koste van andere schuldeisers; er bestaat geen rechtvaardiging voor dat de verzekeringscrediteur mag behouden wat hij te veel heeft ontvangen. De onmogelijkheid om te verrekenen zou niet zijn ontstaan ingeval, onder overigens gelijke omstandigheden, de polis niet was overgedragen aan een andere verzekeraar aangezien in dat geval de verzekeringscrediteur een grotere vordering op de boedel had gehad. De verzekeringscrediteur dient te worden beschermd, maar die bescherming gaat niet zo ver dat hij zou mogen behouden wat hij te veel heeft gekregen. Daarom wordt een regeling voorgesteld op grond waarvan het bedrag dat de curator had kunnen verrekenen indien de polis niet was overgedragen, uiteindelijk alsnog ten laste komt van de verzekeringscrediteur. Van de verzekeringscrediteur kan evenwel niet worden gevergd dat hij een bedrag rechtstreeks ineens aan de boedel voldoet. Het verdient daarom voor hem de voorkeur dat hij het teveel aan voorschotten ontvangen bedrag in termijnen kan voldoen. Aan de andere kant is het ongewenst dat de boedel niet relatief snel kan worden afgewikkeld doordat de curator nog gedurende een bepaalde periode in termijnen bedragen van de verzekeringscrediteur tegoed heeft. Daarom is ten eerste bepaald dat de curator het bedrag dat hij had kunnen verrekenen ingeval de polis niet zou zijn overgedragen, kan terugvorderen van de overnemer. In de tweede plaats is bepaald dat de overnemer dit bedrag in mindering kan brengen op de uitkeringen die hij aan de verzekeringscrediteur dient uit te keren. Het gegeven dat de overnemer een bedrag ineens aan de boedel dient te voldoen dat hij slechts in termijnen door middel van verrekening terugkrijgt van de verzekeringscrediteur, is voor de overnemer een prikkel om over een en ander overeenstemming met de curator te trachten te bereiken.

De overnemer moet net zoveel aan de boedel voldoen als hetgeen hij in termijnen aan de verzekeringscrediteur in mindering kan brengen op de door hem te betalen uitkeringen. Daardoor behoeft de kans dat deze bepaling tot toepassing komt, niet in beschouwing te worden genomen bij

de vaststelling van de mate waarin de vordering van de verzekeringsschuldhouder wordt gewijzigd op grond van artikel 213mh. Het hangt af van de omstandigheden van het concrete geval over hoeveel termijnen de overnemer de vermindering verspreidt.

In deze oplossing dient nog een correctie te worden aangebracht. De overnemer kan op de uitkeringen niet een groter bedrag in mindering brengen dan het bedrag aan uitkeringen zelf. Anders gezegd: in het voor de verzekeringsschuldhouder ongunstigste geval wordt zijn vordering op de overnemer gereduceerd tot nihil, maar een en ander kan niet ertoe leiden dat de verzekeringsschuldhouder een schuld krijgt aan de overnemer. In dit verband wordt erop gewezen artikel 213mi hetzelfde bepaalt met betrekking tot verrekening van de vordering van de boedel op de verzekeringsschuldhouder met de vordering van de verzekeringsschuldhouder op de boedel. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat de overnemer een groter bedrag aan de boedel dient te voldoen dan het bedrag dat hij kan verhalen op de verzekeringsschuldhouder. Artikel 213mh is zo geredigeerd, dat een en ander wordt geregeld. Hetgeen de curator wel had kunnen verrekenen indien geen overgang op de overnemer had plaatsgevonden, maar als gevolg van die overgang nu juist niet meer kan worden verrekend, kan de curator in rekening brengen bij de overnemer. Ingeval geen overgang zou hebben plaatsgevonden, had de verrekening door de curator in het uiterste geval ertoe geleid dat de verzekeringsschuldhouder geen vordering meer op de boedel had, en, indien de curator nog een restantvordering op de verzekeringsschuldhouder zou hebben gehad, was die vordering niet langer afdwingbaar geweest. Het bedrag waarmee hij de vordering van de verzekeringsschuldhouder in dat geval op nihil had kunnen stellen, is het maximale bedrag dat hij in rekening aan de overnemer kan brengen. Voor het bedrag dat de boedel misloopt indien er nog een restantvordering zou zijn, kan de financieringsregeling worden aangewend: artikel 3A:138, derde lid, onderdeel b.

Artikel 213mi

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

Artikel 213mj

Zoals reeds opgemerkt, is de curator verplicht een tussentijdse uitkering waarvoor de rechter-commissaris toestemming heeft gegeven, te doen. Met betrekking tot periodieke uitkeringen is het voorstelbaar dat de curator tot de conclusie komt dat een wijziging nodig is. Zo is het mogelijk dat hij een beter zicht heeft gekregen op de omvang of de verplichtingen van de boedel, waardoor het passend is een uitkering te verhogen of juist te verlagen. In dat geval behoeft hij de toestemming van de rechter-commissaris. Toestemming van de rechter-commissaris bij een verlaging is ter bescherming van de schuldeiser, terwijl een verhoging zou kunnen bewerkstelligen dat de overige schuldeisers minder ontvangen. Daarom is in dit artikel bepaald dat de curator met toestemming van de rechter-commissaris een tussentijdse periodieke uitkering kan beëindigen, of de hoogte of de frequentie daarvan kan wijzigen.

Artikel 213mk

Dit artikel regelt de rechtsmiddelen tegen een beslissing van de rechter-commissaris waarbij toestemming is gegeven, geweigerd of gewijzigd. Op een dergelijke beslissing is slechts beperkt beroep mogelijk. Indien lange procedures mogelijk zouden zijn met betrekking tot een gegeven toestemming zou onzekerheid kunnen bestaan omtrent de vraag of de tussentijdse uitkeringen niet wel hadden mogen worden gedaan. Dat is ongewenst voor zowel de curator als de schuldeiser. Een lange procedure met betrekking tot een weigering van toestemming is ongunstig voor in het bijzonder de schuldeiser: hij zal snel willen weten waar hij aan toe is. Op een dergelijk beroep is artikel 67 Fw van toepassing: beroep staat open bij de rechtbank gedurende vijf dagen, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven. Beroep staat alleen open voor degene wiens uitkering het betreft. Net als in artikel 213md, kan dat zowel de begunstigde zijn als degene die de verzekeringsovereenkomst heeft gesloten ten behoeve van een ander dan zichzelf. Andere schuldeisers kunnen niet in beroep bij de rechtbank. Voorts staat de mogelijkheid van beroep open voor de curator en DNB. De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbende, de curator en DNB. Het ligt voor de hand dat, wanneer niet de schuldeiser maar een andere belanghebbende, in het bijzonder de verzekeringnemer, beroep bij de rechtbank heeft ingesteld, de rechtbank deze belanghebbende hoort of oproept; de tekst van het artikel laat daarvoor ruimte. Ook wanneer niet de curator of DNB beroep hebben ingesteld, dienen zij te worden gehoord of opgeroepen.

Tegen de beslissing van de rechtbank kan niet hoger beroep, noch cassatieberoep worden ingesteld, om de hierboven genoemde reden: langdurige procedures zijn ongewenst.

ARTIKEL V. Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht

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

Deze regeling geldt thans reeds voor de relevante bepaling in het hoofdstuk over de afwikkeling van banken.

ARTIKEL VI tot en met IX

Het betreft hier het schrappen van verwijzingen in diverse wetten naar de noodregeling. Ten aanzien van de wijzigingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling wordt nog het volgende opgemerkt. Thans staan deze wetten in de weg aan een pensioenoverdracht aan een pensioenverzekeraar waarop de noodregeling van toepassing is. De noodregeling vervalt. Het ligt echter in de rede om thans te bepalen dat waardeoverdracht niet is toegestaan aan een verzekeraar in afwikkeling. In beide gevallen geldt immers dat de verzekeraar niet langer aan de relevante wettelijke eisen voldoet waardoor een waardeoverdracht ongewenst is.

Hetzelfde geldt voor de regeling inzake afkoop waar de verwijzing naar de noodregeling wordt vervangen door een verwijzing naar afwikkeling op grond van hoofdstuk 3A.2 Wft.

Artikel X

Onderdeel A

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de noodregeling te laten vervallen. Artikel 31, eerste lid, van de Zorgverzekeringswet is hiermee in overeenstemming gebracht.

Onderdeel B

Een besluit tot afwikkeling is een alternatief voor de aanvraag van het faillissement en wordt genomen in het belang van polishouders. Het heeft als doel om verzekeringscontracten te continueren mits dit voordelen oplevert voor de betreffende polishouders ten opzichte van de aanvraag van het faillissement. In artikel 6, eerste lid, onderdeel a, van de Zorgverzekeringswet is bepaald dat een zorgverzekering van rechtswege eindigt in geval van wijziging of intrekking van de vergunning waardoor de verzekeraar geen zorgverzekeringen meer mag aanbieden. Dat zou een besluit tot afwikkeling zinloos maken. Daarom wordt voorgesteld artikel 6, eerste lid, onderdeel a, buiten toepassing te verklaren in geval van afwikkeling. In het algemeen deel van de toelichting is reeds uiteengezet dat dan ook de acceptatieplicht van artikel 3 van de Zorgverzekeringswet niet zal gelden voor de betrokken zorgverzekeraar of een overbruggingsverzekeraar die zorgverzekeringen voert.

ARTIKEL XI

Op grond van artikel 25, eerste lid, aanhef en onderdeel d, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) kan een benadeelde, wanneer er een burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door een motorrijtuig veroorzaakte schade bestaat, een recht op schadevergoeding tegen het Waarborgfonds Motorverkeer geldend maken in geval van onvermogen van de verzekeraar. Toepassing van artikel 3A:100 (de verplichting wordt als voldaan beschouwd ter hoogte van het verminderde bedrag) van het wetsvoorstel kan in samenhang met artikel 25 van de WAM vragen oproepen. De bedoeling is dat het Waarborgfonds Motorverkeer de schade vergoedt omdat de verzekeraar die schade niet kan vergoeden wegens onvermogen. Een juridische fictie dat de vordering is voldaan, is geen voldoening van de schade van de benadeelde zoals de WAM dat beoogt. Immers de vordering wordt geacht te zijn voldaan op grond van artikel 3A:100, alhoewel er niets is uitgekeerd. De toevoeging

aan artikel 25, onderdeel d, verduidelijkt dat het fonds een bedrag aan de benadeelde moet uitkeren zonder toepassing van de fictie van artikel 3A:100. Daarbij geldt vanzelfsprekend dat indien de verzekeraar na toepassing van het instrument van bail-in een gedeelte van de vordering van de benadeelde vergoedt het fonds enkel het restant uitkeert. Er kan dus niet meer worden uitgekeerd door verzekeraar en fonds samen dan het bedrag dat de verzekeraar zou uitkeren in de situatie dat geen bail-in zou hebben plaatsgevonden. In die situatie is evenmin noodzakelijk dat het fonds eerst het gehele bedrag uitkeert en vervolgens een regresvordering verkrijgt op de verzekeraar in afwikkeling.

Artikel XII

In dit artikel wordt bepaald ten aanzien van het opvanginstrument, het overdrachtsplan en het faillissement van een verzekeraar dat deze maatregelen indien zij worden toegepast op een verzekeraar voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit voorstel, deze maatregelen worden voortgezet op basis van het geldend recht voor inwerkingtreding van dit voorstel. Indien ten aanzien van een bank of verzekeraar voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit voorstel de noodregeling wordt uitgesproken, wordt deze afgewikkeld op basis van het geldend recht voor inwerkingtreding van dit voorstel. Het betreft aldus de regeling van de eerbiedigende werking.

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra