

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het consultatiedocument:

Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars

1. ALGEMEEN

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: **GCV**) heeft kennisgenomen van de consultatie inzake een Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars, bestaande uit een concept Voorstel van Wet en een concept Memorie van Toelichting (het **Concept**).

De GCV heeft een aantal opmerkingen over het Concept, onderverdeeld in een aantal kernpunten (opgenomen in onderdeel A) en diverse overige bemerkingen (onderdeel B).

2. KANTTEKENINGEN BIJ HET CONCEPT

Onderdeel A Kernpunten

1. Reikwijdte (1)

Het Concept bevat ingrijpende aanpassingen in de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet om afwikkeling van (Nederlandse) verzekeraars en de groepen waarvan zij deel uitmaken mogelijk te maken. Het valt op dat de noodzaak voor de ingrijpende aanpassingen summier en eigenlijk alleen voor de levensverzekeraars (in par. 1 van de Memorie van Toelichting) wordt toegelicht. De vraagtekens over nut en de geldigheid van de bestaande maatregelen, doen zich ook alleen voor bij de levensverzekeraars (in verband met de opvangregeling, waarvan kan worden betwijfeld of (i) de Europese staatssteunregels geen beperking op de inzetbaarheid inhouden, en (ii) het middel wel geschikt is voor het opvangen van grotere verzekeraars, vanwege de omslagsystematiek). Voor zorgverzekeraars wordt met zelfs zoveel woorden aangegeven dat er eigenlijk geen noodzaak bestaat voor het voorgestelde regime (in par. 3 onder a, p. 27-29), met de kanttekening dat het niet ‘ondenkbaar’ is dat afwikkeling voor schadeverzekeraars (inclusief zorgverzekeraars) volgens de nieuwe systematiek in bepaalde gevallen toch de voorkeur zou kunnen hebben boven een (regulier) faillissement. De GCV vraagt zich dan ook af of er voor de verzekeringssector, buiten de levensverzekeraars, voldoende aanleiding is voor het invoeren van een alternatief afwikkelingssysteem naast het (beproeft) faillissementsregime. Voor zover aan de GCV bekend zijn in het verleden schadeverzekeraars zonder noemenswaardige problemen en zonder er dat er geconstateerd is dat het bestaande regime tekort zou schieten, met de bestaande middelen afgewikkeld. De GCV geeft dan ook in overweging om het voorstel te beperken tot de levensverzekeringssector, althans nader te overwegen of er voldoende zwaarwegende redenen zijn om dit nationale regime ook voor andere verzekeraars (dan de levensverzekeraars) in te voeren. In het verlengde hiervan wijst de GCV erop dat er diverse internationale initiatieven lopen die nog niet tot een afronding zijn gekomen en waar het Concept in feite een voorschot op neemt. Dat geldt in het bijzonder voor een initiatief van de IAIS (de International Association of Insurance Supervisors) om in de loop van dit jaar nog een consultatie te houden voor principes en standaarden die zouden moeten gelden

bij herstel en afwikkeling van verzekeraars. Mede gelet op deze ontwikkelingen (met de uitkomsten waarvan rekening gehouden moet worden), geeft de GCV in overweging het voorstel te beperken tot noodzakelijke aanpassingen en een eventueel bredere dan strikt noodzakelijke aanpak te laten afhangen van de uitkomsten van deze internationale afstemming.

2. Reikwijdte (2)

Zoals in het Concept terecht wordt opgemerkt, is voor herstel en afwikkeling van verzekeraars het ontbreken van een Europese basis een groot verschil met de huidige herstel- en afwikkelregeling voor banken¹. Met juistheid wordt dan ook genoteerd in de toelichting (in par. 3 onder a, par. 1 en 7) dat de regeling alleen kan gelden voor de in Nederland gevestigde verzekeraar (waarop DNB toezicht uitoefent) en andere groepsonderdelen die binnen de reikwijdte vallen, namelijk; (i) bepaalde houdsters en (ii) van kritiek belang zijnde andere onderdelen van de groep waartoe de verzekeraar behoort.² De beoordeling van het voorbereidend crisisplan, het afwikkelplan, de beoordeling van de afwikkelbaarheid en een uiteindelijke afwikkeling kunnen derhalve logischerwijs alleen het Nederlandse deel van de betreffende verzekeringsgroep betreffen. Diverse Nederlandse (levens-) verzekeraars maken onderdeel uit van een grensoverschrijdende groep en bovendien mag verwacht worden dat Nederlandse verzekeraars grensoverschrijdende financierings- en derivatencontracten hebben gesloten. Aan de territoriale beperking van de voorgestelde regeling wordt in de toelichting nauwelijks aandacht besteed. Toch laat zich aanzien dat zich hier problemen kunnen voordoen. De GCV noemt er een aantal:

- a) Door DNB 'afgeboekte' vorderingen³ kunnen bij gebrek aan internationale erkenning van deze maatregelen, mogelijk door crediteuren worden verhaald op niet Nederlandse bezittingen van de betreffende verzekeraar/debiteur;
- b) De doorwerking van afwikkelingsbesluiten van DNB in contracten die niet door Nederlands recht worden beheerst is ten minste onzeker. Tegen die achtergrond bevat de BRRD in artikel 55 (zie artikel 3A:13 Wft) een voorschrift om in contracten die door vreemd recht worden beheerst een afwikkelbaarheidsclausule op te nemen; een dergelijke bepaling ontbreekt in het Concept.
- c) Denkbaar is 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). Bijvoorbeeld: het verminderen van (i) buitenlandse exposure of (ii) het aangaan van grensoverschrijdende contracten als niet kan worden voorzien in doorwerking van een Nederlandse afwikkeling. Een dergelijk effect zou een belemmering vormen voor de bedrijfsvoering van Nederlandse verzekeraars. Uit de toelichting wordt niet duidelijk of dit risico is onderkend en hoe het zal worden beheerst.

3. Governance DNB

Net als bij banken voor het afwikkelregime op basis van de BRRD en de SRMVo⁴, wordt DNB⁵ aangewezen als resolutie-/afwikkelautoriteit. Opvallend is dat de governance waarborgen binnen DNB, vanwege de gecombineerde rol van reguliere toezichthouder en resolutie autoriteit, die in het kader van de BRRD/SRMVo noodzakelijk zijn geacht (zie artikel 12a en 12b Bankwet), in het Concept ontbreken. Zonder toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom voor verzekeraars niet, net als voor banken, van belang is om te voorzien in operationele onafhankelijkheid van de afwikkel functie ten opzichte van de toezichtsfunctie binnen DNB. Een goede governance binnen DNB zou voorts dienen om er in te voorzien dat belangenconflicten voor zover ze niet kunnen worden voorkomen, worden beheerst en dat er waarborgen bestaan voor onafhankelijke besluitvorming van de twee uiteenlopende functies.

4. Samenloop BRRD/SRMVo

¹ Inclusief bepaalde beleggingsondernemingen.

² Aldus het voorgestelde artikel 3A:78 Wft.

³ Zie artikel 3A:100 Wft.

⁴ Bank Recovery and Resolution Directive, richtlijn 2014/59/EU en de Single Resolution Mechanisme Regulation, verordening 806/2014.

⁵ In het kader van de BRRD/SRMVo, voor de gevallen waar de Europese resolutie autoriteit, de Afwikkelingsraad, geen bevoegdheid heeft.

Op verschillende manieren kan zich een samenloop voordoen van het afwikkelregime voor banken en het voorgestelde regime voor verzekeraars:

- a) Gemengde financiële holdings vallen onder beide systemen (artikel 3A:2 onder d en artikel 3A:78 onder d Wft);
- b) In een groep met een Nederlandse verzekeraar kan ook een (Nederlandse of buitenlandse) bank zitten; mogelijk (maar niet per se) is er dan ook een (Nederlandse) gemengde financiële holding.

Naar de letter van artikel 3A:2 en 3A:78 Wft zijn in dergelijke gevallen beide systemen tegelijkertijd van toepassing, hetgeen in de praktijk eigenlijk niet goed denkbaar is. Volgens de toelichting (in par. 3 onder a) gaat in al deze gevallen (het huidige) hoofdstuk 3A:1 voor, gelet op de communautaire achtergrond. De GCV meent dat deze samenloop in ieder geval in de wet verankerd zou moeten worden door in artikel 3A:78 Wft in de aanhef toe te voegen 'en tenzij hoofdstuk 3A:2 Wft toepassing vindt'.

Een volgende vraag is dan voor welke Nederlandse verzekeringsgroepen het Concept nog van belang is. Voor zover aan de GCV bekend, geldt in ieder geval voor de grootste Nederlandse verzekeraars/verzekeringsgroepen dat zij een bank in hun groep hebben⁶) en dus (per saldo) niet onder de reikwijdte van het Concept zullen vallen. De opmerking in de toelichting in par. 1 (dat ten minste alle significante⁷ verzekeraars binnen de reikwijdte vallen), verdient dan ook nuance.

Overigens zou uit het voorgaande de conclusie moeten worden getrokken dat (ook) groepen met een overwegend verzekeringskarakter volgens de 'bankenregels' moeten worden afgewikkeld. De vraag kan gesteld worden of dit een wenselijke uitkomst is.

5. *Het belang van de waarderingen*

Voor de bewaking van het uitgangspunt dat een afwikkeling nimmer mag leiden tot een crediteur (inclusief de polishouders) die slechter af is dan in een faillissement ('no creditor worse off'), voorziet het Concept in diverse waarderingen, voorafgaand aan het nemen van een afwikkelingsbesluit (artikel 3A:89), periodiek (artikel 3A:90) en na het nemen van een afwikkelingsbesluit (artikel 3A:91 Wft). Het Concept voorziet niet in het bepalen van een grondslag voor deze waarderingen: op welke basis moet de desbetreffende onafhankelijke persoon tot waardering van 'de activa en passiva van de entiteit over gaan'? De toelichting vermeldt (slechts), op p. 62, dat moet worden uitgegaan van een liquidatie in faillissement. Dat zal bij juiste toepassing van de criteria voor afwikkeling kunnen kloppen voor de verzekeraar zelf en mogelijk de moederonderneming (artikel 3A:86, maar weer niet in de situatie van lid 2), maar zeker niet zonder meer voor de andere onderdelen van de groep die in de afwikkeling kunnen worden meegenomen (artikel 3A:86 lid 1 en 2 Wft; zie voor lid 3 opmerking II hieronder), zonder dat deze onderdelen zelf in de problemen verkeren. Een dergelijk 'geconsolideerde' afwikkeling/quasi faillissement voor een hele groep, zou hiermee (alleen al vanwege een te sombere waardering van de vennootschappen die in de afwikkeling worden meegenomen zonder dat daarvoor op *stand alone* basis een aanleiding bestaat) crediteuren kunnen benadelen. Overigens is 'liquidatie in faillissement' geen eenduidige aanwijzing voor een taxateur, omdat zich ook na een faillietverklaring diverse scenario's (zoals een doorstart) kunnen voordoen.

6. *De bail-in voor verzekeraars*

Terecht wordt in het Concept geconstateerd dat na afschrijving/afwaardering van eigendomsinstrumenten en achtergestelde vorderingen op verzekeraars, de polishouders in beeld zouden komen voor een bail-in. Anders dan bij de beschermde deposito's, is er voor polishouders (behoudens de voorrang op grond van de wettelijke rangregeling van artikel 3:198 lid 3 Wft en artikel 213m lid 3 Fw.) geen bescherming tegen een dergelijke bail-in. Uitdrukkelijk is voorzien dat de bail-in op dit niveau ertoe zou leiden dat de rechten van de polishouders geconverteerd worden naar een positie als aandeelhouder. De GCV vraagt zich af, in het bijzonder ten aanzien van particuliere polishouders, of dit een wenselijke route is. Een dergelijke niet-verkozen investering in het kapitaal van een verzekeraar kan nauwelijks gelden als alternatief voor de verzekeringsbescherming die door de polishouder was beoogd. Mede gelet op de complexiteit van de bail-in regeling, meent dat de GCV dat dit

⁶ Dit geldt bijvoorbeeld voor Nationale-Nederlanden, Aegon en ASR.

⁷ Een wat verwarrende term; kennelijk worden er hier alle verzekeraars mee bedoeld, behalve verzekeraars met een beperkte risico omvang. In de bankensector is deze term echter gereserveerd voor (kort gezegd) de grootste banken in een bepaalde lidstaat.

instrument voor verzekeraars heroverweging verdient. De GCV merkt hierbij nog op dat het bail-in instrument bij banken een andere werking lijkt te hebben dan bij verzekeraars. Bij banken zal immers door bail-in een herkapitalisatie (kunnen) plaatsvinden, waardoor de bank het bankbedrijf kan voortzetten, terwijl bij verzekeraars veelal geen sprake zal zijn van een oogmerk tot het in stand houden van de verzekeraar als zodanig, maar naar een voortzetting van de portefeuille, al dan niet na korting van rechten van polishouders.

Onderdeel B Overige opmerkingen

I. Artikel 17 lid 5 MAR⁸ is niet van toepassing op verzekeraars.

Ten onrechte wordt in de toelichting in par. 1 c, onder ‘Geen verplichting melden voorwetenschap’ opgemerkt dat geen bijzondere uitstelregeling nodig is voor publicatie van koersgevoelige informatie door beursgenoteerde verzekeraars omdat artikel 17 lid 5 MAR daar al in voorziet. Dat is onjuist: deze regeling geldt alleen voor kredietinstellingen en (andere) financiële instellingen. Verzekeraars vallen hier niet onder. Voor verzekeraars (en de houdsters van verzekeraars) is alleen de ‘gewone’ uitstelregeling van artikel 17 lid 4 MAR beschikbaar. Het is dan ook niet juist dat het niet ‘nodig’ is om een uitstelmogelijkheid zoals beschikbaar voor banken te regelen voor verzekeraars, zoals de toelichting concludeert. Overigens zou bij het alsnog overwegen van een op verzekeraars toegespitste uitzondering op de openbaarmakingsplicht van artikel 17 lid 1 MAR (ervan uitgaande dat er een dergelijke afwijkmogelijkheid is, hetgeen de GCV overigens betwijfelt) naar de mening van de GCV een alternatief criterium moeten worden overwogen in vergelijking met het huidige lid 3. Het handhaven van de stabiliteit van het financiële stelsel als reden voor geheimhouding zal bij afwikkeling van verzekeraars niet snel aan de orde zijn.

II. Artikel 3A:86 lid 3 sluit niet aan bij artikel 3A:78 en de opzet van het Concept

Volgens de systematiek van artikel 3A:78 Wft (via de definitie van ‘groep’, die inhoudt dat er steeds een Nederlandse verzekeraar als bedoeld in artikel 3A:78 onder a betrokken moet zijn) staat er steeds een Nederlandse verzekeraar centraal. Het valt dan ook niet goed in te zien waarom DNB op grond van artikel 3A:86 lid 3 Wft ook zou moeten kunnen ingrijpen als er geen Nederlandse verzekeraar, maar een buitenlandse verzekeraar in de problemen is, mede gelet op de financiering die ten laste van de Nederlandse sector komt (afdeling 3A:3.7).

III. Het ingrijpen in verzekeringscontracten

Blijkens de toelichting (op p. 7, onderaan en ook op p. 44) wordt overwogen om in de Faillissementswet een regeling op te nemen op grond waarvan een bewindvoerder bij een portefeuilleoverdracht de rechten van polishouders mag wijzigen, of (ongeacht of er een portefeuilleoverdracht plaatsvindt) de looptijd van de verzekering mag verkorten. Deze regeling is thans nog niet opgenomen in het Concept. De GCV beveelt aan om bij het alsnog tot stand brengen van deze regeling ervoor zorg te dragen dat een dergelijke aanpassing alleen na rechterlijke toetsing tot stand wordt gebracht en dat ook de verkorting van de looptijd alleen zal kunnen plaatsvinden indien noodzakelijk om een portefeuilleoverdracht mogelijk te maken.

IV. Het opzij zetten van effectenrechtelijke regels en bescherming

In het kader van afwikkeling van verzekeraars (hoofdstuk 3A.3) worden in artikel 3A:80 lid 2 Wft onder andere de voorschriften van het financieel toezicht opzij gezet. Blijkens de toelichting wordt hiermee onder meer beoogd dat bij een aandelenemissie geen vereiste zal gelden om een (goedgekeurd) prospectus te publiceren. In artikel 3A:103 Wft worden de voorschriften inzake een verklaring van geen bezwaar (vereist voor het houden van een gekwalificeerde deelneming in een verzekeraar) – tijdelijk – opzij gezet. De GCV meent dat in dit kader nader overwogen zou moeten worden of de Europese regels die aan deze verplichtingen ten grondslag liggen, dergelijke uitzonderingen wel toelaten. De GCV betwijfelt dit.

V. Toepasselijkheid van de regeling op andere ondernemingen dan verzekeraars en houdsters

De toevoeging in artikel 3A:78 onder d (andere ondernemingen die deel uitmaken van een groep, voor zover zij diensten verrichten die van kritiek belang zijn voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten daarvan) ontbreekt bij banken (artikel 3A:2 Wft). De GCV vraagt zich af waarom voor deze uitbreiding is gekozen. Nu de afwikkelbaarheid wordt beoordeeld vanuit de verzekeraar en de houdster, en zich uitstrekt over alle partijen

⁸ Market Abuse Regulation, verordening 596/2014.

waarmee banden bestaan (ongeacht of dit groepsonderdelen zijn), is deze uitbreiding naar de mening van de GCV niet nodig.

VI. Rechtsopvolging toegangsrechten, artikel 3A:111 Wft

Onduidelijk is of de wetgever werkelijk meent dat door middel van een bepaling in de Nederlandse financiëletoezichtswetgeving in de praktijk afgedwongen kan worden dat lidmaatschappen van Nederlandse verzekeraars en door DNB geselecteerde opvolgers tot internationale betalings-, clearing- en afwikkelssystemen en gereguleerde markten, kunnen worden gereguleerd en dat op deze wijze aan DNB de bevoegdheid kan worden gegeven om te bepalen dat een verkrijger niet aan de lidmaatschapsvoorwaarden (van bijvoorbeeld NYSE Euronext) hoeft te voldoen. Dit is uiteraard anders bij een regel als artikel 3A:116 Wft, omdat het daar gaat om vergunningverlening die tot de bevoegdheid van DNB behoort.

Ook op andere punten moet worden getwijfeld aan de effectiviteit, in het bijzonder bij contracten die niet door Nederlands recht worden beheerst (waarvan de Concept regeling na het van kracht worden deel zou uitmaken):

- a) De beëindiging door DNB van derivatencontracten en het sluiten van posities als het desbetreffende contract hier niet in voorziet (artikel 3A:102 Wft);
- b) Het beëindigen/wijzigen van iedere overeenkomst waarbij de verzekeraar/houdster partij is (artikel 3A:122 Wft);
- c) De opschorting van leverings- en betalingsverplichtingen (artikel 3A:123 Wft);
- d) Beperking van rechten van schuldeisers (artikel 3A:124 Wft);
- e) Het opschorten van de bevoegdheid tot beëindiging van een overeenkomst (artikel 3A:125 Wft);
- f) De kwalificatie van een opschorting of beperking niet als een niet-nakoming (artikel 3A:126 Wft);
- g) De uitsluiting van contractuele voorwaarden (artikel 3A:128 Wft).

Dit haakt aan bij de hierboven onder A.2 gemaakte opmerking over de reikwijdte van de voorgestelde regeling buiten Nederland. Voor een goede beoordeling van de in het Concept voorgestelde regeling dient rekening te worden gehouden met mogelijke gebrekkige afdwingbaarheid met name in grensoverschrijdende verhoudingen.

Den Haag, 8 september 2016

Bijlage: samenstelling GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olffen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,
Prof. mr. B. (Barbara) Bier, notaris-lid, of counsel Stibbe, Amsterdam,
Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,
Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,
Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam,
Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,
Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,
Prof. mr. C.W.M. (Kitty) Lieveise, advocaat Loyens & Loeff, Amsterdam,
Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,
Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,
Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,
Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl