

No.W06.16.0444/III

's-Gravenhage, 19 mei 2017

Bij Kabinetsmissive van 4 januari 2017, no.2016002321, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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, met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in uitbreiding van het instrumentarium voor de afwikkeling van verzekeraars. Daartoe wordt een nieuw hoofdstuk opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Daarnaast wordt voorzien in enkele nadere bepalingen in de Faillissementswet (Fw) om de faillissementsprocedure beter toe te snijden op verzekeraars. De belangrijkste vernieuwing die het voorstel biedt, is de introductie van afwikkelingsplannen, zodat ingeval de verzekeraar faalt de afwikkeling daarvan op een beheerste wijze kan plaatsvinden.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over het instrument afwikkelingsplan en over de voorwaarden voor toepassing van het afwikkelingsinstrumentarium in het licht van het Europese recht. De toepassing van het instrument afwikkelingsplan heeft mogelijk consequenties voor de eigendomsrechten van verzekeraars, zoals beschermd door artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM. Daarom dienen de aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de afwikkelingsplannen dragend te worden gemotiveerd en dient het voorstel zo nodig op dit punt te worden aangevuld. Verder kunnen bij een afwikkeling de rechten van aandeelhouders worden doorbroken. Vooral nog bestaan onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat het toepassingsbereik van de afwikkelingsinstrumenten in overeenstemming met het Unierecht is. Gelet op het ontbreken van een Europeesrechtelijk kader voor afwikkeling van verzekeraars en de jurisprudentie van het Hof van Justitie adviseert de Afdeling om het wetsvoorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat over dit wetsvoorstel met de Europese Commissie in overleg is getreden. Bovendien acht zij op onderdelen een aanvulling van de motivering en aanpassing van het voorstel aangewezen.

1. Inleiding

AAN DE KONING

De financiële crisis heeft aangetoond dat er een tekort aan adequate instrumenten bestond om doeltreffend te kunnen omgaan met zwakke of falende banken. Het nieuwe Europese herstel- en afwikkelingskader dat in 2015 voor banken en beleggingsinstellingen is vastgesteld (hierna: BRRD)¹ voorziet inmiddels in een afwikkelingsinstrumentarium.

De financiële crisis maakte zichtbaar dat ook verzekeraars een systeemkritische rol in het financiële stelsel kunnen vervullen; als onderdeel van financiële conglomeraten, maar ook door bijvoorbeeld belegging van premies van langlopende verzekeringen (bijv. levensverzekeringen), herverzekeringsstructuren en activiteiten op secundaire markten voor (verpakte) verzekeringen. Met name levensverzekeraars behalen thans al enige tijd, mede als gevolg van langdurige lage rentestand, lage rendementen, terwijl hoge verplichtingen uit verzekeringsovereenkomsten bestaan. Daarnaast drukken de woekerpolisaffaires op de resultaten. De schadeverzekeringssector staat eveneens onder druk. Volgens de toezichthouder, De Nederlandsche Bank (DNB), dienen verzekeraars hun verandervermogen te versterken en succesvol te innoveren, en zullen verzekeraars die daarin niet slagen, op zoek moeten naar alternatieven, bijvoorbeeld door een overname of door afbouw van de activiteiten zoals de overnames van Vivat door Anbang en van Delta Lloyd door Nationale-Nederlanden.²

Hoewel verzekeraars in veel opzichten op banken lijken, is het verzekeringsbedrijf in bepaalde opzichten wezenlijk anders dan het bankbedrijf. Zo is van zichtbare tijdsdruk die bij (dreiging van) insolventie van een bank tot een *bank run* kan leiden en tot redding van de instelling kan noodzaken, bij verzekeraars geen sprake. Voor verzekerden worden de gevolgen van een acute insolventie van bijvoorbeeld levensverzekeraars slechts op termijn, soms pas na jaren merkbaar. Ook kennen verzekeraars geen stelsel dat vergelijkbaar is met het depositogarantiestelsel voor banken. Bij (de dreiging van) insolventie kan grote schade optreden voor polishouders, verzekerden en begunstigten van verzekeringen (hierna: polishouders), en kunnen de maatschappelijke gevolgen groot zijn, bijvoorbeeld bij levensverzekeringen die voorzien in uitkeringen voor levensonderhoud.³ Zoals de toelichting vermeldt, zal in verband met de

¹ Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014, L 225, blz. 1), en 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 de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PB 2014, L 173, blz. 190), zoals geïmplementeerd in de Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (Stb. 2015, 431 en 435).

² DNB, jaarverslag 2016, 29 maart 2017, blz. 60.

³ Zoals levensverzekering, overeenkomsten van schadeverzekering betreffende uitkeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden en pensioenen, toegezegd aan

specifieke kenmerken van verzekeraars bij insolventie van een verzekeraar veelal niet zozeer het voortbestaan van de instelling, als wel het behoud van waarde van polissen (bescherming van de polishouders) van primair belang worden geacht.

Er bestaat thans naast het reguliere faillissement (dat bij verzekeraars alleen door DNB kan worden aangevraagd) een aantal bijzondere wettelijke interventieregelingen. Deze zijn echter onvoldoende consistent opgebouwd, en geven onvoldoende ruimte voor maatwerk. Het gaat om de overdrachtsregeling, de noodregeling, en de opvangregeling voor levensverzekeraars.⁴ Met de voorgestelde herordering en stroomlijning van de huidige interventieregelingen in de Wft en de Faillissementswet waarin het wetsvoorstel voorziet, wordt beoogd te komen tot een meer voorspelbaar en beter hanteerbaar kader voor ordentelijke afwikkeling of faillissement, waarbij adequaat rekening kan worden gehouden met de bijzondere kenmerken van verzekeraars en dat erop is gericht het belang van de polishouders te beschermen. Daarbij worden ook enkele knelpunten in het huidige instrumentarium aangepakt die naar voren zijn gekomen bij recente praktijkervaringen.⁵ Het voorstel heeft in dat verband vooral toegevoegde waarde door te voorzien in niet alleen het opstellen van crisisplannen maar ook in het opstellen van afwikkelingsplannen, zodat verzekeraars beter op crisissituaties zijn voorbereid, en ingeval de verzekeraar faalt, de afwikkeling daarvan op een beheerste wijze kan plaatsvinden.

Anders dan bij banken is geen Europeesrechtelijk kader voor de afwikkeling van verzekeraars tot stand gebracht. Dit heeft gevolgen voor de mate waarin de met het wetsvoorstel geïntroduceerde instrumenten in internationale verhoudingen kunnen worden toegepast. Wel hebben de Financial Stability Board (FSB), de International Association of Insurance Supervisors (IAIS) en de Europese autoriteit voor de verzekeringssector en de bedrijfspensioensector (EIOPA) aanbevelingen opgesteld, waaraan het wetsvoorstel, naast de interventiemogelijkheden die Europeesrechtelijk voor banken zijn vastgelegd in de BRRD, inspiratie ontleent.⁶

2. Afwikkelingsplannen

Een belangrijk element van het voorstel betreft de zogenoemde afwikkelingsplannen. DNB vervult bij het voorkomen van insolventie momenteel al, mede ter uitvoering van de Europese regels voor

werknemers van de verzekeraar en hun nabestaanden.

⁴ Zie paragraaf 1 en 2 van de Memorie van toelichting. De verschillende regelingen overlappen ten dele en sommige maatregelen zijn in bepaalde procedures wel, en andere niet of maar beperkt mogelijk. De opvangregeling levensverzekeraars is daarnaast niet toereikend voor grotere levensverzekeraars; terwijl die juist systeemkritisch van aard kunnen zijn. Ook is het huidige instrumentarium niet ingericht op de grote aantallen polissen en polishouders die sommige verzekeraars hebben.

⁵ Zo is het bij een regulier faillissement van een verzekeraar thans onmogelijk om voorafgaand aan de verificatievergadering uitkeringen uit levensverzekeringen te doen, ook al kunnen die noodzakelijk zijn voor levensonderhoud van de polishouder.

⁶ Zie Memorie van toelichting, paragraaf 1.

verzekeraars (Solvency II),⁷ een centrale rol. Het voorstel bouwt daarop voort met regels inzake crisisplannen en afwikkelingsplannen. Als prudentiële toezichthouder verkrijgt DNB reeds zogenoemde 'voorbereidende crisisplannen'⁸ van grote verzekeringsgroepen, waarin de verzekeraar jaarlijks vermeldt welke herstelstappen genomen kunnen worden in het geval de solvabiliteitseisen dreigen te worden doorbroken. Dit heeft een belangrijke invloed op een beheerste bedrijfsvoering en goed risicomanagement. Het wetsvoorstel codificeert deze verplichting.⁹ Daarnaast wordt voorgesteld dat DNB periodiek zogenoemde afwikkelingsplannen vaststelt, waarin wordt vastgelegd welke afwikkelingsinstrumenten en -bevoegdheden toegepast kunnen worden als er sprake is van onomkeerbare financiële problemen. DNB beoordeelt zo op voorhand de afwikkelbaarheid van de verzekeraar. Indien DNB meent dat er wezenlijke belemmeringen zijn die aan een geordende afwikkeling in de weg zullen staan, stelt DNB de verzekeraar in de gelegenheid die belemmeringen naar eigen inzicht weg te nemen. Als de door de verzekeraar voorgestelde maatregelen niet voldoende zijn, kan DNB de instelling daartoe gerichte aanwijzingen geven.¹⁰ De voorgestelde regeling voor afwikkelingsplannen voor verzekeraars sluiten nauw aan bij de afwikkelingsplannen die worden voorgeschreven op grond van het Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, en die voor verzekeraars worden voorgesteld in het kader van EIOPA, de FSB en de IAIS.

De toegevoegde waarde van het voorstel is naar het oordeel van de Afdeling niet zozeer gelegen in de herordening en vervolmaking van de bestaande afwikkelings- en faillissementsinstrumenten, maar vooral in de opdracht aan de verzekeraar om vooraf zijn bedrijfsstructuur zodanig in te richten dat, ingeval de verzekeraar faalt, afwikkeling op een beheerste wijze kan plaatsvinden. Dat is van belang omdat zo verschillende onderdelen waar nodig snel van elkaar kunnen worden losgemaakt en afzonderlijk kunnen worden afgewikkeld. Ook kan onder omstandigheden wellicht worden voorkomen dat de bijzondere instrumenten van hoofdstuk 6 Wft (zoals onteigening) moeten worden ingezet ten aanzien van een gehele verzekeraar, terwijl de problematiek die aanleiding geeft tot de toepassing van die instrumenten slechts een bepaald onderdeel betreft. Verder kunnen hiermee de binnenlandse activiteiten van de buitenlandse worden gescheiden, hetgeen van belang is omdat harmonisatie van afwikkelingsinstrumenten niet heeft plaatsgevonden,¹¹ waardoor de effectuering van die instrumenten in internationaal verband niet is verzekerd. Afwikkelingsplannen zijn dan ook van belang om ook in de

⁷ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency II).

⁸ Deze plannen worden ook voor banken voorgeschreven in artikelen 5-9 van Richtlijn 2014/59/EU en worden daar 'herstelplannen' genoemd.

⁹ Artikel 3:288i1 Wft (nieuw).

¹⁰ Artikelen 3A:81 e.v. Wft (nieuw).

¹¹ Anders dan de coördinatie van saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures in titel IV van Solvency II.

beperkte internationale regelingscontext te kunnen komen tot een beheerste afwikkeling van verzekeraars.

Tegelijkertijd moet worden onderkend dat aanwijzingen om belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van een verzekeraar weg te nemen aanzienlijke invloed kunnen hebben op de bedrijfsvoering van de desbetreffende verzekeraar.

De Afdeling merkt in dit verband het volgende op.

a. *Inmenging in eigendomsrecht*

De toelichting gaat in op de verhouding van de in het voorstel geïntroduceerde afwikkelingsinstrumenten tot artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.¹² Daarbij wordt evenwel geen aandacht besteed aan de verenigbaarheid van de aanwijzingen die DNB aan verzekeraars kan geven in het kader van de afwikkelbaarheid met de in deze artikelen gewaarborgde rechten.

Aanwijzingen die diep kunnen ingrijpen in de structuur en bedrijfsvoering van verzekeraars, vormen een inmenging in de eigendomsrechten van die verzekeraars. Deze inmenging kan worden aangemerkt als een regulering van eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Dit betekent dat moet worden beoordeeld of de inmenging is voorzien bij wet, of de inmenging legitieme doelstellingen in het algemeen belang heeft en of er een behoorlijk evenwicht is tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de verzekeraar ('fair balance'). Kortom, voor de concreet gegeven aanwijzingen dient een legitiem doel te bestaan en de maatregel dient noodzakelijk, geschikt en proportioneel te zijn.

Waar het bij de toepassing van afwikkelingsinstrumenten een afweging betreft tussen de belangen van polishouders, het voorkomen van ingrijpende maatschappelijke gevolgen en significante nadelige gevolgen voor de financiële markten en de economie enerzijds en die van aandeelhouders en andere belanghebbenden anderzijds, gaat het bij afwikkelingsplannen om een andere afweging. Dan gaat het om de afweging van enerzijds het belang van een beheerste afwikkeling in het onverhoopte geval van het falen van een verzekeraar, en anderzijds het belang van de verzekeraar bij een ongestoorde bedrijfsvoering en de wijze waarop de verzekeraar bedrijfsmatig is ingericht.

De Afdeling onderkent dat het voorstel enkele voorzieningen bevat die kunnen bijdragen aan de benodigde proportionaliteit van een aanwijzing. Zo volgt uit artikel 3A:81, vijfde lid, Wft dat DNB kan afzien van het opstellen van een afwikkelingsplan indien zij van oordeel is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep reeds afdoende is gewaarborgd. Daarvan zal bijvoorbeeld vaak sprake zijn bij de verzekeraars die kleiner van omvang zijn en die slechts schade verzekeren. Daarnaast bepaalt het voorgestelde

¹² Toelichting, paragraaf 6.

artikel 3A:83, tweede en derde lid, Wft dat het primair aan de verzekeraar zelf is om maatregelen te treffen, indien DNB heeft vastgesteld dat sprake is van wezenlijke belemmeringen voor de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep; pas wanneer DNB van oordeel is dat de door de verzekeraar zelf voorgestelde maatregelen de belemmeringen niet in voldoende mate wegnemen, kan DNB dienaangaande een aanwijzing geven.

De Afdeling heeft in de toelichting evenwel een motivering gemist waarom de regering van oordeel is dat ook bij de aanwijzingen over de afwikkelbaarheid wordt voldaan aan de uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende voorwaarden en dat het voorstel in die zin voldoende in waarborgen voorziet om de proportionaliteit van aanwijzingen te verzekeren.¹³ In die afweging van belangen spelen overigens niet alleen een rol de consequenties van een aanwijzing voor de verzekeraar zelf, onder andere voor diens concurrentiepositie indien buitenlandse verzekeraars niet met (de gevolgen van) vergelijkbare maatregelen worden geconfronteerd, maar ook voor verschillende bij die verzekeraar betrokken belanghebbenden, zoals aandeelhouders, werknemers en polishouders, voor zover zij – al dan niet rechtstreeks – worden geraakt door de aanwijzing. Voorts merkt de Afdeling in dit verband op dat de toelichting weliswaar een voorbeeld¹⁴ geeft van aanwijzingen die in dit verband kunnen worden gegeven, maar niet nader ingaat op de aard van de afzonderlijke aanwijzingen die ingevolge het vijfde lid van artikel 3A:83 Wft kunnen worden gegeven en op de aspecten die bij die afweging voor het al dan niet geven van een aanwijzing zullen moeten worden betrokken.

De Afdeling adviseert in de toelichting de aanwijzingsbevoegdheden in het kader van de afwikkelingsplannen dragend te motiveren in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, en zo nodig het voorstel op dit punt aan te vullen.

b. *Rechtsbescherming*

De besluiten van DNB waarin belemmeringen voor de afwikkelbaarheid worden vastgesteld, die van de beoordeling van voorgestelde maatregelen om die belemmeringen weg te nemen en de eventuele aanwijzingen daarover, zijn bedoeld om de verzekeraar te bewegen, en zo nodig te dwingen wijzigingen in de structuur of bedrijfsvoering aan te brengen. Blijkens de toelichting staan de normale bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open tegen dergelijke besluiten.¹⁵ Deze rechtsmiddelen schorsen de werking van dergelijke besluiten niet.¹⁶ Vanwege het ingrijpende en mogelijk onomkeerbare karakter van de te treffen maatregelen kan het aangewezen zijn dat bezwaar en beroep tegen deze besluiten automatisch schorsende

¹³ Overigens mist de Afdeling in paragraaf 7 van het algemeen deel van de toelichting, over de verhouding tot het Unierecht, ook een toets aan het proportionaliteitscriterium.

¹⁴ Paragraaf 3, onderdeel b.

¹⁵ Paragraaf 3, onderdeel d.

¹⁶ Artikel 6:16 van de Algemene wet bestuursrecht.

werking heeft.¹⁷ In het algemeen zal ook geen sprake zijn van spoedeisendheid bij de uitvoering van deze besluiten; de toelichting maakt daar ook geen vermelding van.

De Afdeling adviseert de voor- en nadelen van automatische schorsende werking van bezwaar en beroep nader af te wegen, daar in de toelichting op in te gaan en, indien nodig, het voorstel aan te passen.

3. Voorwaarden voor besluit tot afwikkeling

Algemeen

In het voorgestelde artikel 3A:84 Wft zijn de doelstellingen voor het toepassen van de afwikkelingsinstrumenten opgesomd: bescherming van polishouders, het voorkomen van grote maatschappelijke gevolgen, het voorkomen van significante nadelige gevolgen voor de financiële markten of de economie, of het voorkomen van de inzet van staatssteun.

Een besluit tot afwikkeling wordt ingevolge artikel 3A:85 Wft genomen indien de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen en niet te verwachten is dat met alternatieve maatregelen falen kan worden voorkomen, terwijl de afwikkeling in het algemeen belang is. Indien aan deze cumulatief gestelde voorwaarden is voldaan, moet een besluit tot afwikkeling worden genomen. Een 'algemeen belang' is ingevolge artikel 3A:85, derde lid, Wft aanwezig wanneer afwikkeling noodzakelijk is om één of meer van de doelstellingen van artikel 3A:84 Wft te bereiken en dit via faillissement niet of niet in dezelfde mate mogelijk is. Indien niet aan de voorwaarden voor het toepassen van afwikkelingsinstrumenten wordt voldaan, kunnen de afwikkelingsinstrumenten niet worden toegepast¹⁸ en is het aan DNB om het faillissement aan te vragen.

Het tijdstip waarop DNB de instrumenten kan toepassen is voor afwikkeling en faillissement gelijk: het moment waarop de verzekeraar faalt of waarschijnlijk zal falen en het redelijkerwijs niet valt te verwachten dat alternatieve maatregelen binnen een afzienbaar tijdsbestek het falen zouden voorkomen.¹⁹ Dit betekent dat DNB in die situatie voor de keuze staat tussen het toepassen van het afwikkelingsinstrumentarium of het in gang zetten van de faillissementsprocedure. Andere alternatieven zijn er voor DNB in die fase niet meer.

De Afdeling gaat hierna in op de verhouding van de afwikkelingsinstrumenten tot het Unierecht en op het afwegingskader voor de toepassing van die instrumenten.

a. *De verhouding tot het Unierecht*

¹⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld aangesloten worden bij artikel 35 van de Wet toezicht Trustkantoren, of artikel 48h of 48r van de Wet toezicht effectenverkeer 1995.

¹⁸ Artikel 3A:92 Wft (nieuw).

¹⁹ Artikel 3A:85, eerste lid, onderdelen a en b, Wft. Artikel 213a bis, eerste lid, van de Faillissementswet verwijst naar artikel 3A:85, eerste lid, Wft. Daarbij is van belang dat alleen DNB het faillissement van een verzekeraar kan aanvragen (artikel 213a bis, derde lid, van de Faillissementswet).

Het Unierecht biedt minimumbescherming van aandeelhouders en crediteuren ten aanzien van het kapitaal van vennootschappen. Deze bescherming strekt zich uit tot de aandeelhouders van verzekeraars voor zover zij in de vorm van een vennootschap zijn opgericht.²⁰ Met de uitoefening van afwikkelingsbevoegdheden worden de rechten van aandeelhouders en de vergadering van aandeelhouders doorbroken.²¹ In het bijzonder wijst de Afdeling in dit verband op het instrument van 'bail-in', waarbij DNB zonder instemming van de aandeelhouders het bedrag van de uitgegeven eigendomsinstrumenten kan verminderen of deze instrumenten kan intrekken, alsmede nieuwe eigendomsinstrumenten kan uitgeven (hetgeen leidt tot verwatering van de aandelen).²²

In de vennootschapsrichtlijn ontbreekt een uitzondering op de minimumbescherming van aandeelhouders bij sanering of faillissement. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel is het bereik van deze richtlijn echter grosso modo beperkt tot situaties waarin de onderneming op een normale wijze aan het economisch verkeer deelneemt; zij betreft de normale werking van de vennootschap. Op het moment dat een bank of verzekeraar zich in een 'gone concern'-situatie bevindt en om bepaalde redenen van algemeen belang wordt gesaneerd, is deze richtlijn niet meer van toepassing, aldus de toelichting.²³

Deze motivering overtuigt vooralsnog niet.

Ten aanzien van banken heeft het Hof van Justitie van de EU eerder geoordeeld dat de insolventie van één enkele bank geen rechtvaardiging biedt om de in vennootschapsrichtlijn neergelegde aandeelhoudersrechten te doorbreken met eenvoudige saneringsmaatregelen, ook al dienen die te verzekeren dat de vennootschap overleeft en zijn de aandeelhouders en de normale organen van de vennootschap tijdelijk van hun rechten ontheven.²⁴ Recent heeft het Hof van Justitie weliswaar geoordeeld dat de bescherming van de richtlijn niet geldt voor uitzonderlijke saneringsmaatregelen die erop zijn gericht ontbinding en liquidatie van een bank te voorkomen. Deze uitzondering geldt evenwel slechts indien de maatregelen zijn getroffen in het kader van een situatie waarin de economie en het financiële stelsel van een lidstaat ernstig worden bedreigd en die maatregelen een einde beogen te maken aan een systemische bedreiging van de financiële stabiliteit van de Unie die voortvloeit uit het feit dat de betrokken vennootschap onvoldoende eigen vermogen heeft.²⁵ Het gaat dan om méér dan de

²⁰ 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.

²¹ Dit komt tot uitdrukking in het voorgestelde artikel 3A:80 Wft.

²² Het voorgestelde artikel 3A:93.

²³ Toelichting, blz. 96 en 117.

²⁴ Arrest van 12 maart 1996, C-441/93, Pafitis, EU:C:1996:92, punten 57, 58 en 59.

²⁵ Arrest van 8 november 2016, C-41/15, Dowling, ECLI:EU:C:2016:836, m.n. punten 50, 53 en 54.

(dreigende) insolventie van één enkele bank: het moet gaan om systemische bedreiging van de financiële stabiliteit van de Unie.

De artikelen 3A:84 en 3A:85 Wft in onderlinge samenhang gelezen kennen evenwel een ruimer toepassingsbereik dan enkel de situatie van systemische bedreiging van de stabiliteit van het financiële stelsel. De artikelen gaan niet uit van de hiervoor genoemde jurisprudentie, maar zijn geënt op de artikelen 14 en 18 van Verordening 806/2014 inzake de afwikkelingsinstrumenten ten aanzien van banken (alsmede op de eerdergenoemde initiatieven die in het kader van EIOPA, de FSB en de IAIS voor verzekeraars worden ontplooid). In dat afwikkelingskader is voor banken een doorbreking voorzien van de rechten zoals die voortvloeien uit de genoemde vennootschapsrichtlijn.²⁶

De Afdeling heeft begrip voor de wens om een wettelijke regeling tot afwikkeling te treffen. Zoals in de toelichting is uiteengezet, staat met name de levensverzekeringssector onder druk en is het doel van het wetsvoorstel primair het behoud van de waarde van polissen en daarmee de bescherming van de belangen van polishouders, waaronder velen met een levensverzekeringsspolis.²⁷ Evenzeer heeft de Afdeling begrip voor de keuze om daarbij aansluiting te zoeken bij het voor banken bestaande afwikkelingskader, aangezien verzekeraars in veel opzichten lijken op banken.²⁸ Een vergelijkbaar Europees afwikkelingskader voor verzekeraars ontbreekt evenwel, zodat het Unierecht niet voorziet in een uitzondering op de minimumbescherming van aandeelhouders. Weliswaar houdt het voorstel rekening met de belangen van aandeelhouders doordat afwikkelingsinstrumenten ingevolge artikel 3A:85, eerste lid, Wft pas kunnen worden ingezet als de verzekeraar faalt of zal falen en geen alternatieven meer voorhanden zijn om falen te voorkomen. Als enig alternatief voor het toepassen van afwikkelingsinstrumenten resteert dan faillissement. Bovendien waarborgt artikel 3A:88 Wft uitdrukkelijk dat schuldeisers door de toepassing van afwikkelingsinstrumenten geen grotere verliezen mogen lijden dan waarvan sprake zou zijn geweest bij faillissement.

Het valt echter niet met zekerheid te zeggen dat het Hof van Justitie met betrekking tot de voorgestelde afwikkelingsinstrumenten tot een vergelijkbaar oordeel komt als met betrekking tot banken en daarbij bovendien ruimte laat voor een ruimer toepassingsbereik daarvan. Naar het oordeel van de Afdeling bestaan in het licht van de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie voornamelijk onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de voorgestelde aanpak in overeenstemming is met het Unierecht.

²⁶ Zie artikel 123 van Richtlijn 2014/59/EU en artikel 45, derde lid, van richtlijn 2012/30/EU.

²⁷ Daarmee is het wetsvoorstel in lijn met de bijzondere bescherming van polishouders in geval van faillissement, zie met name overweging 127 en artikel 275 van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvency II).

²⁸ Zie paragraaf 1 hiervoor.

De Afdeling acht het daarom noodzakelijk om over het voorgestelde afwikkelingskader voor verzekeraars in overleg te treden met de Europese Commissie. Daarbij zou dan tevens de totstandkoming van een Europees afwikkelingskader voor verzekeraars kunnen worden bepleit. Duidelijk is overigens dat het uiteindelijke oordeel ligt bij het Hof van Justitie.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de uitkomsten van het overleg met de Commissie alvorens het voorstel in te dienen bij de Tweede Kamer. Voorts adviseert de Afdeling, mede aan de hand van die uitkomsten, de voorwaarden voor toepassing van de afwikkelingsinstrumenten opnieuw in overweging te nemen, mede in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling nog het volgende op.

b. Afwegingskader

Zoals ook de toelichting vermeldt,²⁹ is van belang dat met de voorgestelde artikelen een adequaat evenwicht wordt bereikt tussen het belang dat met de toepassing van de bijzondere afwikkelingsinstrumenten wordt gediend en de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op rechten van verschillende bij de verzekeraar betrokken partijen, in het bijzonder aandeelhouders. Met de formulering dat een besluit tot afwikkeling wordt genomen indien afwikkeling in het 'algemeen belang' is, wordt, zo kan worden afgeleid uit de toelichting,³⁰ beoogd daartoe een drempel op te werpen. De faillissementsprocedure is de hoofdregel, afwikkeling door DNB is alleen aan de orde indien is voldaan aan de in artikel 3A:85 Wft neergelegde voorwaarden.

Naar het oordeel van de Afdeling dient in het voorstel en de toelichting in ieder geval zeker te worden gesteld dat de toepassing van deze bijzondere afwikkelingsinstrumenten slechts in uitzonderlijke omstandigheden plaatsvindt als daartoe een dringende noodzaak bestaat, gelet op de grote maatschappelijke gevolgen, de stabiliteit van de financiële markten of de economie. Dit vergt een stelsel dat voorziet in strikte waarborgen en voorwaarden om te bewerkstelligen dat van geval tot geval een adequate afweging wordt gemaakt tussen de inbreuk op aandeelhoudersrechten en de belangen die met de toepassing van het afwikkelingsinstrument worden behartigd. De Afdeling is er nog niet van overtuigd dat in de voorgestelde artikelen 3A:84 en 3A:85 Wft een voldoende uitgebalanceerd stelsel wordt bereikt.

De Afdeling wijst in dit verband in het bijzonder op het volgende:

1°. De drempel voor het voldoen aan het 'algemeen belang'-criterium is relatief laag, nu het voorstel bepaalt dat de enkele omstandigheid dat afwikkeling voor polishouders beter uitpakt dan faillissement reeds voldoende is om tot de toepassing van afwikkelingsinstrumenten te

²⁹ Toelichting, paragraaf 3, onder c.

³⁰ Toelichting, paragraaf 10.

besluiten. Tegen deze achtergrond vraagt de Afdeling of het belang van de bescherming van polishouders op zichzelf voldoende rechtvaardiging vormt voor de toepassing van afwikkelingsinstrumenten, of dat het in de rede ligt om aanvullende voorwaarden te stellen waaraan tevens moet zijn voldaan, om zo meer recht te doen aan het onconventionele en ingrijpende karakter van de bijzondere afwikkelingsinstrumenten ten opzichte van het faillissement.

2°. Het dwingende karakter van het afwegingskader in het voorgestelde artikel 3A:85, eerste lid, aanhef, Wft leidt ertoe dat de toezichthouder niet de mogelijkheid heeft om in een concreet geval, binnen de gestelde randvoorwaarden, de relevante betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. Ook kan problematisch zijn dat de formulering van artikel 3A:85 Wft ertoe leidt dat de bijzondere afwikkelingsinstrumenten moeten worden toegepast, terwijl de Minister van Financiën overweegt een bijzondere maatregel betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel op grond van hoofdstuk 6.1 Wft (zoals onteigening) toe te passen. Indien aan de voorwaarden is voldaan, is DNB gehouden de bijzondere afwikkelingsinstrumenten toe te passen. Het is volgens de Afdeling de vraag of daarmee voldoende recht gedaan kan worden aan de complexe beoordeling en afweging die in ieder concreet geval zal moeten worden gemaakt.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het vorenstaande aan te passen.

4. Financieringsregeling

Het voorgestelde artikel 3A:138 Wft regelt dat ten behoeve van de financiering van de afwikkeling van verzekeraars bijdragen kunnen worden geheven van (de overige) verzekeraars. Ook hier neemt het wetsvoorstel de methodiek van afwikkelingsfinanciering bij banken tot uitgangspunt, waar een dergelijk financieringsfonds wordt gevuld met bijdragen van banken die door DNB worden geheven.³¹

De middelen worden onder andere aangewend om uitkeringen te doen aan houders van eigendomsinstrumenten indien de toepassing van afwikkelingsinstrumenten heeft geleid tot grotere verliezen dan bij faillissement het geval zou zijn geweest ("no creditor worse off"-beginsel). De financieringsregeling levert voorts bijdragen aan de operationele kosten ten behoeve van een effectieve toepassing van de afwikkelingsinstrumenten, en bij vergoeding van het verschil dat kan optreden indien bij faillissement de hoogte van tussentijdse uitkeringen voor levensonderhoud leidt tot lagere definitieve uitkeringen dan zonder die tussentijdse uitkeringen het geval zou zijn geweest.

Wanneer de verliezen groter zijn dan het geval zou zijn geweest in faillissement, maar ook groter zijn dan wanneer DNB andere keuzes zou hebben gemaakt bij de toepassing van de verschillende beschikbare

³¹ Voor banken geregeld in paragraaf 3a.2.7.1 Wft, artikel 3A:71 Wft.

afwikkelingsinstrumenten – of wanneer DNB daarbij ‘fouten’ maakt³² – is het maar de vraag of het omslaan van dergelijke kosten over verzekeraars niet onevenredig bezwarend zou zijn. Dat klemmt temeer, omdat DNB slechts beperkt aansprakelijk is voor ‘fouten’ die bij dergelijke keuzes gemaakt worden. Daarbij komt, dat in het voorgestelde artikel 3A:138 Wft geen maximum aan de bijdrage is gesteld. In de artikelsgewijze toelichting wordt niet op artikel 3A:138 Wft ingegaan. Gelet op het vorenstaande bestaat daartoe wel aanleiding.

Voorts merkt de Afdeling op dat de financieringsregeling ook wordt toegepast voor het bijdragen aan operationele kosten ten behoeve van een effectieve toepassing van de afwikkelingsinstrumenten. Zoals de toelichting terecht stelt, kan de afwikkeling van een verzekeraar een langdurig traject zijn, van soms wel jaren.³³ Indien daarna alsnog tot een doorstart van de verzekeraar wordt besloten, kan de vraag rijzen of deze had kunnen plaatsvinden zonder de bijdragen uit de financieringsregeling. Als blijkt dat een doorstart niet had kunnen plaatsvinden zonder extra financiering, ligt het niet voor de hand dat dergelijke financiering ten laste van de andere verzekeraars komt.

De Afdeling adviseert artikel 3A:138 Wft in het licht van het vorenstaande dragend te motiveren en zo nodig aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

³² Zie paragraaf 10 van de Memorie van toelichting onder ‘financiering’; in de consultatie wordt gesproken van ‘fouten’ die leiden tot bovenmatige uitkeringen, te vroeg ingrijpen of een verkeerde ex ante waardering.

³³ Zie artikelsgewijze toelichting, artikel 3A:90 Wft (nieuw).