



NautaDutilh

Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars

28 november 2018

FCS Financial Law

Op 27 november 2018 is de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars (de "**Wet**") door de Eerste Kamer aangenomen. Als gevolg van de Wet worden Nederlandse verzekeraars, na de komst van Solvency II, opnieuw geconfronteerd met grote toezichtrechtelijke veranderingen. De Wet roept een versterkt wettelijk kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars in het leven. Hoewel er nog geen inwerkingtredingsdatum bekend is gemaakt verwachten wij dat de Wet, tezamen met het besluit ter nadere uitwerking van de Wet, op 1 januari 2019 in werking zal treden. In deze nieuwsbrief zullen wij ingaan op een aantal van de belangrijkste wijzigingen die de Wet en het besluit met zich meebrengen. Deze nieuwsbrief bouwt voort op onze eerdere nieuwsbrief van 2 september 2016 over de consultatieversie van de Wet.

BELANGRIJKSTE PUNTEN

- Een nieuw herstel- en afwikkelingskader voor Nederlandse verzekeraars, met nieuwe verplichtingen voor verzekeraars en afwikkelingsbevoegdheden voor DNB.
- Geen Europeesrechtelijke basis, maar geïnspireerd door het herstel- en afwikkelingskader voor banken (BRRD/SRM).
- Alle verzekeraars die onder prudentieel toezicht van DNB staan, en verschillende groepsentiteiten, vallen onder het nieuwe kader.
- De Wet onderscheidt twee fases: herstel- en afwikkelingsplanning (de voorbereidingsfase) en afwikkeling door DNB (de afwikkelingsfase).
- Voor afwikkeling van een verzekeraar wordt in principe eerst de bestaande interventieladder uit Solvency II doorlopen.
- DNB krijgt de volgende afwikkelingsinstrumenten: (i) bail-in; (ii) overgang van de onderneming; (iii) overbruggingsinstelling; (iv) afsplitsing van activa en passiva. Deze maatregelen kwalificeren als 'saneringsmaatregel' onder Solvency II, en hebben zodoende ook werking in andere EEA lidstaten.
- De Wet voorziet in bepaalde waarborgen voor aandeelhouders en schuldeisers (waaronder polishouders). Zo mogen aandeelhouders en schuldeisers door afwikkeling geen grotere verliezen leiden dan dat zij zouden hebben geleden mocht de verzekeraar in faillissement zijn geliquideerd (het beginsel van *no creditor worse off*).
- Van alle verzekeraars zal een *ex-post* bijdrage voor een financieringsregeling kunnen worden geheven.
- Anders dan BRRD/SRM voor banken: geen mogelijkheid tot bail-in van kapitaalinstrumenten voorafgaand aan een afwikkelingsprocedure; geen verplichte minimale hoeveelheid 'bail-inbaar' kapitaal (MREL); geen verplichte opname van een bail-in clause ingeval een verzekeraar een niet-EEA contract aangaat.
- Tot slot, de noodregeling zal voor zowel banken als verzekeraars komen te vervallen, maar de onteigeningsmogelijkheid uit deel 6 Wft blijft bestaan. Een aantal bevoegdheden op grond van de noodregeling wordt overgebracht naar de Faillissementswet en toegekend aan de curator in faillissement.

1. Achtergrond

Volgens de memorie van toelichting bij de Wet ("MvT") is een effectief en efficiënt kader voor de ordentelijke afwikkeling van een verzekeraar wenselijk. 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. De MvT concludeert dat het huidige kader uit de Wet op het financieel toezicht ("Wft") niet volstaat. De Wet voorziet daarom in een nieuw herstel- en afwikkelingskader waarmee bepaalde verplichtingen aan verzekeraars worden opgelegd en afwikkelingsbevoegdheden aan De Nederlandsche Bank ("DNB") worden toegekend.

Voor deze Wet bestaat geen Europeesrechtelijke basis. De wetgever heeft echter inspiratie opgedaan bij aanbevelingen van de Financial Stability Board (FSB) en de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) voor het herstel en de afwikkeling van verzekeraars. Bij het opzetten van het herstel- en afwikkelingskader voor verzekeraars is bovendien aangesloten bij het al bestaande instrumentarium voor herstel en afwikkeling van banken, dat met de komst van de Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) en het Single Resolution Mechanism (SRM) is geïntroduceerd. Hoewel is aangesloten bij het bestaande instrumentarium voor banken, is de wetgever zich blijkens de MvT wel bewust van de verschillen tussen het bankbedrijf en het verzekeringsbedrijf alsmede van de verschillen tussen verschillende type verzekeraars. Het is volgens de wetgever aan DNB om de juiste bevoegdheden uit het herstel- en afwikkelingskader toe te passen, onder andere rekening houdend met het type verzekeraar, de marktstandigheden en of de verzekeraar *gone concern* of *going concern* wordt afgewikkeld.

Het nieuwe herstel- en afwikkelingskader stelt de polishouders voorop. Van DNB wordt verwacht dat zij de instrumenten toepast waar de polishouders het meest bij gebaat zijn. Het is echter niet uitgesloten dat ook polishouders verliezen zullen moeten absorberen in geval van een afwikkeling van een verzekeraar.

2. Wijzigingen bestaand interventiekader

In de Wet is ervoor gekozen om de bestaande overdrachtsregeling (uit hoofde van de Interventiewet), de noodregeling (ook ten aanzien van banken) en de opvangregeling voor levensverzekeraars af te schaffen en te vervangen door het nieuwe herstel- en afwikkelingskader. Daarbij geldt dat bepaalde elementen uit die bestaande maatregelen wel weer terugkomen in het nieuwe herstel- en afwikkelingskader.

Hierdoor komt een groot deel van de uit de Interventiewet afkomstige regelgeving te vervallen. Slechts de bevoegdheden van de minister van Financiën uit hoofde van deel 6 Wft blijven bestaan, waaronder de bevoegdheid om vermogensbestanddelen of effecten uitgegeven door of met medewerking van verzekeraars of andere financiële ondernemingen (alsmede moedermaatschappijen daarvan) te onteigenen.

Een aantal bevoegdheden op grond van de noodregeling die nu nog toekomen aan de bewindvoerder zijn overgebracht naar de Faillissementswet en toegekend aan de curator, zoals de bevoegdheid om met machtiging van de rechter over te gaan tot overdracht aan een

derde van verzekeringsovereenkomsten en een gelijktijdige wijziging van die overeenkomsten.

3. Reikwijdte

De volgende in Nederland gelegen entiteiten zullen worden onderworpen aan het nieuwe herstel- en afwikkelingskader:

- Alle verzekeraars die onder prudentieel toezicht van DNB staan, waaronder alle levensverzekeraars, schadeverzekeraars (inclusief zorgverzekeraars), herverzekeraars en natura-uitvaartverzekeraars.
- Verzekeringsholdings, gemengde financiële holdings en gemengde verzekeringsholdings die onderdeel uitmaken van een verzekeringsgroep (een 'groep' in de zin van Solvency II).
- Bijkantoren van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is (een niet-EEA verzekeraar), niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang (zogenoemde 'Solvency II Basic'-verzekeraars).
- Andere ondernemingen die deel uitmaken van een verzekeringsgroep, voor zover zij diensten verrichten die van kritiek belang zijn voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten van verzekeraars.

In het geval sprake is van een groep waarvan zowel een verzekeraar als een bank deel uitmaakt (een financieel conglomeraat) zullen de bevoegdheden uit het herstel- en afwikkelingskader alleen worden toegepast op de verzekeringsonderdelen van die groep, terwijl de bevoegdheden uit hoofde van de BRRD/het SRM worden toegepast op de bankonderdelen.

Wanneer een entiteit onder het bereik van zowel het afwikkelingsregime voor banken als voor verzekeraars valt (bijv. een gemengde financiële holding), zal het afwikkelingsregime voor banken voorrang krijgen vanwege de Europeesrechtelijke grondslag van dat regime.

Indien sprake is van een grensoverschrijdende verzekeringsgroep, kunnen de in de Wet voorziene bevoegdheden alleen ten aanzien van de in Nederland gelegen ondernemingen worden uitgeoefend.

Omdat de Wet beperkt blijft tot verzekeraars die onder prudentieel toezicht van DNB staan (en bepaalde gelieerde ondernemingen) vallen de allerkleinste Nederlandse verzekeraars niet onder het nieuwe herstel- en afwikkelingskader. Dit zijn de schade- en natura-uitvaartverzekeraars die niet meer dan EUR 12.500 mogen verzekeren en aan bepaalde andere eisen voldoen.

4. Herstel- en afwikkelingsinstrumentarium: voorbereidingsfase

De Wet onderscheidt twee fases: de fase waarin aan verzekeraars en DNB verplichtingen worden opgelegd in het kader van herstel- en afwikkelingsplanning (de voorbereidingsfase) en de fase waarin aan DNB bevoegdheden worden toegekend die herstel en afwikkeling van verzekeraars moet bewerkstelligen (de afwikkelingsfase).

De voorbereidingsfase draait als gezegd om herstel- en afwikkelingsplanning. Om direct maatregelen te kunnen nemen wanneer een verzekeraar in financiële problemen raakt, zal een verzekeraar een voorbereidend crisisplan op moeten stellen en zal DNB ten aanzien van die verzekeraar een afwikkelingsplan op moeten stellen.

[Vorbereidend crisisplan op te stellen door de verzekeraar](#)

Het voorbereidend crisisplan voor verzekeraars en holdings met zetel in Nederland is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met het door banken op te stellen herstelplan. In het voorbereidend crisisplan zal de verzekeraar inzichtelijk moeten maken welke maatregelen genomen kunnen worden die de verzekeraar in staat stellen zijn financiële positie te herstellen als deze aanzienlijk verslechtert. Welke herstel mogelijkheden zijn er bijvoorbeeld ingeval de solvabiliteitsvereisten uit hoofde van Solvency II (de SCR of MCR) worden doorbroken of dreigen te worden doorbroken? Nadere regels omtrent onder andere de indiening en de inhoud van het voorbereidend crisisplan worden neergelegd in het Besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars.

Dit voorbereidend crisisplan wordt door de verzekeraar of holding opgesteld in financieel gezonde tijden en gaat vooraf aan het al in de Wft opgenomen herstelplan voor verzekeraars en het financieel kortetermijnplan, die beide pas aan de orde komen als de verzekeraar daadwerkelijk niet meer voldoet aan de solvabiliteitsvereisten. Het ligt echter voor de hand dat bij het opstellen van een eventueel herstelplan en financieel kortetermijnplan kan worden geput uit het voorbereidend crisisplan.

Solvency II Basic-verzekeraars en bijkantoren van niet-EEA verzekeraars zijn uitgezonderd van de eis een voorbereidend crisisplan op te stellen. Indien een holding een voorbereidend crisisplan heeft ingediend, vervalt voor de afzonderlijke verzekeraar eveneens de verplichting om een dergelijk plan op te stellen.

[Afwikkelingsplan op te stellen door DNB](#)

DNB dient in de voorbereidingsfase in beginsel voor elke verzekeraar die geen onderdeel is van een groep of voor een groep een afwikkelingsplan op te stellen en deze periodiek (ten minste eens per drie jaar) te evalueren. Ook na een materiële verandering in de juridische of organisatiestructuur, de bedrijfsactiviteiten of de financiële positie van de verzekeraar of de groep dient DNB het afwikkelingsplan te evalueren. In dat kader rust ook op de verzekeraar de verplichting om DNB van dergelijke veranderingen onverwijld op de hoogte te brengen.

Het afwikkelingsplan beschrijft onder andere de mogelijkheden om de afwikkelingsinstrumenten- en bevoegdheden toe te passen. Daarbij omschrijft DNB de strategie voor de afwikkeling, welke instrumenten daarbij worden gebruikt en de belangrijke kenmerken van de verzekeraar die relevant zijn bij afwikkeling (zoals het bestaan van derivatencontracten en beleggingsverzekeringen). De eisen die aan het afwikkelingsplan worden gesteld en welke onderdelen daarin moeten worden opgenomen worden uitgewerkt in het Besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars.

In het geval DNB op basis van het afwikkelingsplan op wezenlijke belemmeringen voor afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep stuit, kan zij de verzekeraar of een entiteit in de groep verplichten specifieke maatregelen te treffen om deze belemmeringen weg te nemen. Die maatregelen kunnen ingrijpend zijn. Onder andere kan DNB maatregelen voorschrijven die strekken tot het overdragen van bepaalde activa, het staken of beperken van bepaalde bestaande of voorgestelde bedrijfsactiviteiten of het wijzigen van de juridische of operationele structuur.

Van de verplichting tot het opstellen van een afwikkelingsplan kan door DNB alleen worden afgezien indien zij van mening is dat de afwikkelbaarheid van de verzekeraar of groep afdoende is gewaarborgd.

Ten aanzien van Solvency II Basic-verzekeraars en bijkantoren van niet-EEA verzekeraars is, net als ten aanzien van het voorbereidend crisisplan, afgezien van de eis een afwikkelingsplan op te stellen. Dit betekent dat Solvency II Basic-verzekeraars en bijkantoren van niet-EEA verzekeraars, voor zover zij niet tot een verzekeringsgroep behoren, in feite niet onder de voorbereidingsfase vallen.

5. Herstel- en afwikkelingsinstrumentarium: afwikkelingsfase

[Herstel mogelijkheden](#)

Alvorens het besluit kan worden genomen om tot afwikkeling over te gaan, zal in beginsel eerst de interventieladder uit Solvency II worden doorlopen. Onderdeel daarvan zijn het herstelplan en het financieel kortetermijnplan. Een uitzondering hierop geldt als op voorhand duidelijk zou zijn dat de financiële situatie van de verzekeraar hierdoor niet zal verbeteren.

[Voorwaarden voor afwikkeling](#)

DNB zal tot afwikkeling van een verzekeraar besluiten indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. de verzekeraar faalt of zal waarschijnlijk falen;
2. het valt redelijkerwijs niet te verwachten dat met betrekking tot de verzekeraar te nemen alternatieve maatregelen binnen een afzienbaar tijdsbestek het falen zouden voorkomen; en
3. afwikkeling is in het algemeen belang.

Voor het besluit tot afwikkeling van een verzekeringsgroep of van een bijkantoor van een niet-EEA verzekeraar gelden aanvullende vereisten. De aan DNB toegekende bevoegdheid om een afwikkelingsmaatregel toe te kunnen passen indien alleen de holding van een groep zich in Nederland bevindt is naar aanleiding van de reacties op de consultatieversie van de Wet komen te vervallen.

De Wet werkt bovenstaande voorwaarden nader uit. Wij volstaan hierin met de opmerking dat volgens de MvT in ieder geval aan voorwaarden 1. en 2. zal zijn voldaan indien het financieel kortetermijnplan uit Solvency II niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Als aan deze voorwaarden is voldaan dient DNB vervolgens te kiezen voor het aanvragen van het faillissement, of voor afwikkeling ingevolge het herstel- en afwikkelingskader. Hierbij is de bescherming van de polishouders een van de doelstellingen die kan bijdragen aan de keuze voor afwikkeling in plaats van faillissement. DNB zal tot afwikkeling *moeten* overgaan indien ook aan voorwaarde 3. wordt voldaan, oftewel wanneer afwikkeling in het algemeen belang is.

[Afwikkelingsinstrumenten](#)

DNB heeft ingeval van de afwikkeling van een verzekeraar of verzekeringsgroep de volgende instrumenten tot haar beschikking, die afzonderlijk of in combinatie kunnen worden toegepast:

- bail-in;
- overgang van de onderneming;
- overbruggingsinstelling;

- afsplitsing van activa en passiva.

[Bail-in](#)

Door toepassing van bail-in kan DNB vorderingen van kapitaalverschaffers of andere schuldeisers (waaronder polishouders) op de verzekeraar afschrijven of omzetten in eigendomsinstrumenten (zoals aandelen) van die verzekeraar, haar moedermaatschappij of een overbrugginstelling. Anders dan bij banken, wordt hierbij door de wetgever geen onderscheid gemaakt tussen afschrijving en omzetting van kapitaalinstrumenten (door de wetgever afgekort tot 'AFOMKI') en de bail-in van overige passiva. De gehele passiefzijde van de balans van de verzekeraar valt in beginsel onder het bereik van het bail-in instrument.

Bepaalde schulden, zoals het gedeelte van schulden die zijn geborgd door een zekerheidsrecht (bijvoorbeeld via pand, hypotheek of financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht), zijn echter uitgezonderd van bail-in. Daarnaast kan DNB in bepaalde gevallen besluiten om vorderingen die in beginsel wel voor bail-in in aanmerking komen, toch uit te zonderen. De wetgever noemt daarbij het voorbeeld van een derivatenpositie die een risico afdekt waarbij het continueren daarvan de voorkeur kan hebben boven het onderwerpen van de eventuele negatieve waarde van die derivatenpositie aan bail-in. Bovendien bepaalt de Wet dat bail-in pas op een verplichting uit hoofde van een derivatenpositie kan worden toegepast nadat de derivatenpositie gesloten is, en bovendien slechts op een netto basis in overeenstemming met een eventueel verrekeningsbeding (oftewel na *close-out netting*).

Toepassing van bail-in gebeurt in omgekeerde volgorde van die waarin vorderingen in faillissement voor vergoeding uit de boedel in aanmerking zouden komen. Oftewel, waar aandeelhouders in faillissement als laatste in aanmerking komen voor een uitkering uit de boedel, worden zij als eerste aan de toepassing van bail-in onderworpen. Hierbij wordt dus ook rekening gehouden met de bevoorrechte positie van bepaalde polishouders in faillissement, die hierdoor meestal pas als laatste aan bail-in zouden kunnen worden onderworpen.

De wetgever merkt in de MvT op dat de bail-in veelal niet gericht zal zijn op het voortzetten van de verzekeraar als geheel, maar op het voortzetten van een portefeuille verzekeringsovereenkomsten van die verzekeraar. Het voortzetten van een verzekeringsovereenkomst zou, zelfs na bail-in, in de regel voordeliger zijn voor de polishouder dan een uitkering uit de faillissementsboedel (uitzonderingen daargelaten). Het voortzetten van een portefeuille verzekeringsovereenkomsten kan ingeval van een afwikkeling worden bereikt door een herstart van de verzekeraar met behulp van bail-in (*going concern*) of door de verzekeringsovereenkomsten over te dragen aan een derde via één van onderstaande overdrachtsinstrumenten (al dan niet in combinatie met bail-in; *gone concern*).

[Overdrachtsinstrumenten: overgang van onderneming, overbruggingsinstelling of afsplitsing van activa en passiva](#)

Uit hoofde van de instrumenten van (i) de overgang van de onderneming of (ii) de overbruggingsinstelling kan DNB bewerkstelligen dat eigendomsinstrumenten uitgegeven door of met medewerking van de verzekeraar, of de activa of passiva van die verzekeraar, onder commerciële voorwaarden overgaan op een private partij respectievelijk overbruggingsinstelling. Het instrument van de afsplitsing van activa en

passiva is hiermee vergelijkbaar, zij het beperkt tot de activa of passiva van een verzekeraar. Dit instrument mag uitsluitend in combinatie met een ander afwikkelingsinstrument worden toegepast teneinde een onterecht concurrentievoordeel te vermijden. De toepassing van een overdrachtsinstrument op in aanmerking komende passiva zou overigens niet alleen op bail-in van die passiva kunnen volgen maar zou daar ook aan vooraf kunnen gaan.

[Waardering](#)

Voordat DNB kan besluiten om tot afwikkeling over te gaan, dient eerst een waardering plaats te vinden van alle activa en passiva van de verzekeraar of groep. Op basis van deze zogenoemde *ex ante* waardering wordt bepaald of voldaan is aan het criterium 'faalt of zal waarschijnlijk falen'. Tevens dient de *ex ante* waardering als grondslag voor het besluit tot toepassing van een of meer afwikkelingsinstrumenten wanneer aan de voorwaarden voor afwikkeling is voldaan. Omdat de afwikkeling van een verzekeraar een langdurig traject kan zijn dient DNB er voor te zorgen dat de *ex ante* waardering periodiek wordt geactualiseerd.

Nadat DNB een afwikkelingsbesluit heeft genomen, dient een *ex post* waardering plaats te vinden zodra de afwikkeling in belangrijke mate is afgerond en vaststaat welke verliezen schuldeisers hebben geleden. Het doel hiervan is te verifiëren of de aandeelhouders of de schuldeisers na toepassing van de afwikkelingsinstrumenten geen grotere verliezen hebben geleden dan wanneer de verzekeraar of groep in faillissement zou zijn geliquideerd (zie hierna onder '*No creditor worse off*').

Een complicerende factor bij de waardering van vorderingen in een (fictief) faillissement van een verzekeraar is dat deze vorderingen in principe geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van een onzekere en toekomstige gebeurtenis. De wetgever heeft daarom besloten om nadere regels te stellen waarin uitgangspunten worden geformuleerd die bij die waardering in acht moeten worden genomen. Deze nadere regels worden naar verwachting opgenomen in het Besluit waardering verzekeringsovereenkomsten in faillissement (dit besluit bevindt zich nog in de ontwerpfasen).

[Bijzondere bevoegdheden DNB](#)

Naast bovengenoemde afwikkelingsinstrumenten en bijbehorende bevoegdheden kent de Wet aan DNB een aantal bijzondere bevoegdheden toe, waaronder de bevoegdheid om:

- de zeggenschap over een verzekeraar in afwikkeling over te nemen;
- een bijzondere bestuurder aan te stellen die de zeggenschap overneemt;
- de rechtsvorm van de verzekeraar te wijzigen, indien noodzakelijk om het instrument van bail-in toe te kunnen passen;
- een overeenkomst waarbij een verzekeraar in afwikkeling partij is te beëindigen of te wijzigen.

[Uitsluiting, beperking en opschorting contractuele rechten](#)

De Wet schrijft voor dat door de wederpartij van (i) de verzekeraar in afwikkeling of, in bepaalde gevallen, (ii) een dochteronderneming van die verzekeraar, bepaalde contractuele rechten (bijvoorbeeld tot beëindiging of verrekening) of rechten uit hoofde van een zekerheidsrecht niet kunnen worden uitgeoefend indien het betreffende recht is ontstaan als

gevolg van een maatregel ingevolge het herstel- of afwikkelingskader of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt. Dit geldt echter slechts voor zover de verzekeraar in afwikkeling aan haar kernverplichtingen, zoals betalings- en leveringsverplichtingen en het verstrekken van zekerheden, blijft voldoen. Rechten ontstaan als gevolg van een gebeurtenis die geen dergelijke maatregel of een daarmee rechtstreeks verband houdende gebeurtenis betreft, worden niet aangetast.

Daarnaast kan DNB besluiten bepaalde betalings- of leveringsverplichtingen van de verzekeraar in afwikkeling of bevoegdheden van een wederpartij tot beëindiging van een overeenkomst of tot uitoefening van een zekerheidsrecht op te schorten en/of te beperken. De opschorting van beëindigingsbevoegdheden is echter alleen mogelijk indien de verzekeraar in afwikkeling aan haar kernverplichtingen jegens haar wederpartij blijft voldoen.

[Waarborgen](#)

De Wet voorziet in bepaalde waarborgen voor aandeelhouders en schuldeisers (waaronder polishouders) van een verzekeraar in afwikkeling.

No creditor worse off

Het beginsel van *no creditor worse off* houdt in dat een aandeelhouder of schuldeiser ingevolge de toepassing van een afwikkelingsinstrument geen grotere verliezen mag leiden dan dat hij zou hebben geleden mocht de verzekeraar onmiddellijk voorafgaand aan het besluit tot afwikkeling in faillissement zijn geliquideerd. Ten aanzien van bijvoorbeeld levensverzekeringen, periodieke uitkeringen of een anderszins reeds verschuldigde uitkeringen uit hoofde van een schadeverzekering kan een korting door toepassing van bail-in gunstiger zijn voor een polishouder dan een faillissement van de betreffende verzekeraar. In dat geval is bail-in dus mogelijk.

DNB dient dit beginsel bij het nemen van het afwikkelingsbesluit in acht te nemen. Dit betekent overigens niet dat schuldeisers met gelijke rang gelijk zouden moeten worden behandeld, mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat en zij allen nog steeds beter af zijn dan in het scenario dat de verzekeraar in faillissement zou zijn geliquideerd. Na de afwikkeling zal een *ex post* waardering worden verricht om vast te stellen of er aandeelhouders of schuldeisers '*worse off*' zijn. Die personen hebben in dat geval recht op vergoeding van het verschil ten laste van de financieringsregeling (zie hoofdstuk 7).

[Gedeeltelijke overgang van activa of passiva, of wijziging van overeenkomsten](#)

De Wet voorziet daarnaast in de bescherming van gekoppelde activa en passiva - denk aan activa en passiva die onderworpen zijn aan een verrekeningsregeling - in het geval dat deze activa en/of passiva slechts gedeeltelijk overgaan. Deze hoofdregel is in de Wet uitgewerkt door te bepalen dat de rechten die voortvloeien uit bepaalde overeenkomsten of regelingen "niet worden aangetast" (dat wil zeggen: onverminderd kunnen worden uitgeoefend) door een besluit tot overgang van een gedeelte van de activa en/of passiva, het beëindigen of wijzigen van een overeenkomst waarvan een van de partijen de verzekeraar in afwikkeling is, of door het vervangen van de verzekeraar in afwikkeling als partij bij een overeenkomst. Dit geldt ten aanzien van rechten die voortvloeien uit (i) financiëlezekerheidsovereenkomsten (bijvoorbeeld een GMRA,

GMSLA of CSA bij een ISDA Master Agreement), (ii) gedekte obligaties, (iii) gestructureerde financieringsregelingen, (iv) salderingsovereenkomsten (zoals opgenomen in de ISDA Master Agreement), (v) verrekeningsovereenkomsten en (vi) zekerheidsregelingen.

Daarnaast is in de Wet opgenomen dat DNB bij een besluit tot overgang van activa of passiva, tot beëindiging of wijziging van een overeenkomst of tot het vervangen van de verzekeraar in afwikkeling als partij bij een overeenkomst:

- activa of passiva uit hoofde van onder andere een financiëlezekerheidsovereenkomst, verrekeningsovereenkomst of salderingsovereenkomst alleen gezamenlijk zal overdragen;
- rechten en verplichtingen die worden beschermd uit hoofde van een dergelijke overeenkomst (zoals een recht van verrekening) zal beëindigen noch wijzigen;
- de verkrijger van activa of passiva niet in de plaats zal stellen als partij bij een dergelijke overeenkomst;
- zekerheidsregelingen niet op bepaalde wijze zal mogen aantasten, bijvoorbeeld door activa onder een zekerheidsregeling over te dragen zonder ook de daarmee gedekte verplichting en "het voordeel van de zekerheid" over te dragen, of door dergelijke regelingen te wijzigen of te beëindigen als gevolg waarvan de verplichtingen niet langer zouden zijn gedekt.

Wanneer gekoppelde activa en passiva toch niet gezamenlijk zijn overgegaan of DNB anderszins van bovengenoemde regeling is afgeweken, leidt dit echter niet tot vernietigbaarheid of nietigheid van de overgang, beëindiging of wijziging, maar kunnen de rechten uit de eerder opgesomde type overeenkomsten en regelingen niet worden aangetast. Dit betekent bijvoorbeeld dat de rechten die voortvloeien uit verrekeningsovereenkomsten en financiëlezekerheidsovereenkomsten kunnen worden uitgeoefend ondanks een gedeeltelijke of gesplitste overgang.

[Actio Pauliana](#)

Evenmin kan volgens de Wet de overgang van eigendomsinstrumenten uitgegeven door of met medewerking van een verzekeraar, of de activa of passiva van die verzekeraar, aan een andere entiteit door toepassing van een overdrachtsinstrument op grond van de *actio Pauliana* worden aangetast.

[Systemen](#)

Ook systemen in de zin van de Finaliteitsrichtlijn worden in de Wet beschermd. Die bescherming komt erop neer dat een afwikkelingsmaatregel er niet toe kan leiden dat een eenmaal in een systeem ingevoerde opdracht zou moeten worden teruggedraaid. Dergelijke opdrachten moeten met andere woorden worden uitgevoerd ondanks een afwikkelingsmaatregel. In dat verband is ook geregeld dat de mogelijke uitsluiting of opschorting van contractuele rechten (zie hiervoor) niet kan worden toegepast op de werking of regels van systemen in de zin van de Finaliteitsrichtlijn.

[Andere lidstaten en derde landen](#)

Indien sprake is van een grensoverschrijdende verzekeringsgroep kunnen de in de Wet voorziene maatregelen alleen ten aanzien van de in Nederland gelegen ondernemingen worden uitgeoefend. Dit neemt niet

weg dat maatregelen voortvloeiend uit het herstel- en afwikkelingskader ook gevolgen zouden kunnen hebben in andere lidstaten, of zelfs derde landen. Het herstel- en afwikkelingskader voldoet volgens de MvT namelijk aan de definitie van saneringsmaatregel uit Solvency II, hetgeen in ieder geval erkenning en werking binnen de EEA tot gevolg heeft. Met betrekking tot de werking van herstel- en afwikkelingsmaatregelen ten aanzien van derde landen wijst de MvT erop dat er geen bepalingen in de Wft zijn die verhinderen dat DNB vermogensbestanddelen in derde landen in de afwikkeling betreft. Of door DNB genomen maatregelen ook buiten de EEA werken blijft echter afhankelijk van het antwoord op de vraag of het desbetreffende derde land die werking op zijn grondgebied erkent.

6. Rechtsbescherming

De rechtsbescherming bij afwikkelingsmaatregelen voor verzekeraars sluit aan bij het reguliere systeem van rechtsbescherming in de Wft. Voor wat betreft het afwikkelingsbesluit is echter een uitzondering gemaakt door rechtstreeks beroep open te stellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Hiermee is de mogelijkheid om eerst bezwaar te maken bij DNB uitgesloten. Voor het instellen van beroep geldt een verkorte termijn van 10 dagen. Het CBb zal vervolgens binnen 14 dagen na het instellen van beroep uitspraak moeten doen. Overigens schorst een beroep niet de werking van het afwikkelingsbesluit, behoudens de mogelijkheid hangende het beroep het CBb te verzoeken een voorlopige voorziening te treffen.

7. Financieringsregeling

Voor de financiering van de afwikkeling van verzekeraars is door de wetgever in een financieringsregeling voorzien. Een belangrijk onderscheid met de financieringsregeling voor 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. Het belangrijkste doel waarvoor de financieringsregeling wel kan worden gebruikt is de compensatie van schuldeisers uit hoofde van het *no creditor worse off*-beginsel.

Van alle verzekeraars met zetel in Nederland, en van alle bijkantoren in Nederland van verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is (niet zijnde van verzekeraars met beperkte risico-omvang), zal een bijdrage voor de financieringsregeling worden geheven. Opvallend is dat de allerkleinste verzekeraars, die zijn uitgesloten van de toepassing van het herstel- en afwikkelingskader, naar de letter van de Wet ook zouden moeten bijdragen aan de financieringsregeling.

De grondslag van de heffing wordt nader uitgewerkt in het Besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars waaruit volgt dat de hoogte van de bijdrage wordt bepaald op basis van de omvang van de technische voorzieningen van de verzekeraar. Verder blijkt uit de MvT dat het een ex post bijdrage betreft wat inhoudt dat er geen fonds gevormd zal worden (zoals wel het geval is onder de BRRD/SRM).

8. Wijzigingen Faillissementswet

De Wet past ook de Faillissementswet aan. Zo zal een curator in faillissement gehouden worden om aan polishouders die natuurlijke personen, micro-ondernemingen of kleine ondernemingen zijn in bepaalde gevallen een uitkering te doen onder een verzekering nog voordat de slotuitdeling heeft plaatsgevonden. De uitkering zal vervolgens na de verificatievergadering bij de slotuitdeling worden verrekend met het bedrag waartoe zij uiteindelijk gerechtigd blijken te zijn. Tevens zijn de criteria voor het uitspreken van een faillissement van een verzekeraar gewijzigd teneinde aan te sluiten bij de afwikkelingsvoorwaarden genoemd in hoofdstuk 5 onder 1. en 2. Tot slot wordt een vergoeding van de schade van de polishouder in (faillissements)rang verhoogd.

9. Afsluiting

Ter afsluiting stippen wij hieronder een aantal zaken aan die ons opvielen met betrekking tot de Wet en de MvT.

- De Wet voorziet niet in vroegtijdige interventie maatregelen die wel in het vergelijkbare herstel- en afwikkelingskader voor banken zijn opgenomen, zoals bijvoorbeeld de eventuele benoeming van een bijzondere curator (als vervolgstap op de benoeming van de ook voor verzekeraars reeds bestaande 'stille' curator) of het kunnen bijeenroepen van een algemene vergadering. Volgens de wetgever zijn dergelijke *early intervention* maatregelen in aanvulling op het herstel- en afwikkelingskader van verzekeraars in de fase van *going concern* niet nodig en verhouden zij zich daarbij ook niet tot het regime van Solvency II dat deze fase volledig heeft geharmoniseerd, zo blijkt uit het consultatieverslag.
- In het herstel- en afwikkelingskader voor banken geldt dat de Europese Commissie gedelegeerde verordeningen kan vaststellen (die directe werking in Nederland hebben) ter nadere uitleg van bepaalde voorschriften uit de BRRD of het SRM. Hoewel een aantal van die voorschriften zijn overgenomen in het onderhavige herstel- en afwikkelingskader voor verzekeraars, volgt uit het consultatieverslag dat de zogenoemde level 2 en 3 regelgeving opgesteld in het kader van de BRRD door DNB kan worden gebruikt als inspiratiebron voor de toepassing van haar bevoegdheden.
- Derivaten hebben als gezegd een bijzondere positie in het geval van bail-in (zie hoofdstuk 5). De Wft kent echter geen definitie van 'derivaten' en ook in de Wet is nagelaten een definitiebepaling op te nemen. De reikwijdte van deze regeling is dan ook onduidelijk. Het ligt voor de hand dat ter zake, vergelijkbaar met het herstel- en afwikkelingskader voor banken, aansluiting kan worden gezocht bij een definitie van derivaten uit Europese regelgeving.
- Opmerkelijk is dat de MvT bij de bevoegdheid van DNB om overeenkomsten van de verzekeraar in afwikkeling te beëindigen of te wijzigen stelt dat de aanpassing van een verzekeringsovereenkomst ook kan bestaan uit het aanpassen van die elementen die zo'n overeenkomst maken tot een verzekering die in de volksmond wel 'woekerpolis' wordt genoemd. Volgens de wetgever is dit van belang omdat hiermee een eventuele overgang naar een andere derde-verzekeraar aanmerkelijk kansrijker wordt.

- De Wet voorziet niet in een instrument vergelijkbaar met de AFOMKI die op banken van toepassing kan zijn. DNB heeft zodoende niet de bevoegdheid om voorafgaand aan een afwikkelingsprocedure al de kapitaalinstrumenten van een verzekeraar aan bail-in te onderwerpen. Tevens voorziet de Wet niet in een voorschrift vergelijkbaar met de MREL (de verplichting een minimale hoeveel eigen vermogen en in aanmerking komende passiva aan te houden; met andere woorden een verplicht minimaal 'bail-inbaar' vermogen). Tot slot, terwijl de BRRD voorziet in de verplichting van banken om, ingeval zij contracteren onder niet-EEA recht, een zogenoemde contractuele afwikkelbaarheidsclausule overeen te komen waarmee – kort gezegd – de schuldeiser de mogelijke toepassing van gevolgen van bail-in bij voorbaat erkent, ontbreekt dit in de Wet.

Key contacts



Larissa Silverentand

Partner

T +31 20 71 71 716

M +31 6 53 95 93 61

E Larissa.Silverentand@nautadutilh.com



Frans van der Eerden

Partner

T +31 20 71 71 697

M +31 6 51 86 97 12

E Frans.vanderEerden@nautadutilh.com



Sven Uiterwijk

Senior Associate

T +31 20 71 71 595

M +31 6 20 21 05 70

E Sven.Uiterwijk@nautadutilh.com



Eveline Vermeulen

Professional Support Lawyer

T +31 20 71 71 567

M +31 6 46 92 92 05

E Eveline.Vermeulen@nautadutilh.com

More information

www.nautadutilh.com