

Sanering en liquidatie van verzekeraars

Lavrijssen, N.

Published in:
Tijdschrift voor Financieel Recht

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Lavrijssen, N. (2011). Sanering en liquidatie van verzekeraars: Bestaande voorzieningen en mogelijke verbeterpunten. *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 13(4), 87-94.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Sanering en liquidatie van verzekeraars: bestaande voorzieningen en mogelijke verbeterpunten

Mw. mr. N. Lavrijssen¹

1. Inleiding

Verzekeraars vervullen een belangrijke rol in de maatschappij. Zij nemen tegen (premie)betaling financiële risico's van verzekerden over. Verzekerden zijn daarmee in hoge mate afhankelijk van verzekeraars. Komt een verzekeraar in financiële problemen, dan kan dit grote consequenties hebben voor de verzekerden. Het is daarom belangrijk dat dit zo veel mogelijk voorkomen wordt. Daarvoor heeft de Nederlandse wetgever een aantal saneringsmaatregelen in de wet opgenomen ter voorkoming van een eventueel faillissement van verzekeraars. Het gaat hierbij onder andere² om de opvangregeling en de noodregeling.³ Deze saneringsmaatregelen bieden echter geen 100% garantie dat een verzekeraar niet failliet zal gaan. Vanwege het bijzondere karakter van verzekeringsondernemingen heeft de wetgever regels opgenomen in de Faillissementswet met betrekking tot het faillissement van verzekeraars.

In deze bijdrage zullen de opvangregeling en noodregeling in kaart worden gebracht (paragraaf 3, 4 en 5), alsook de bijzondere regels die gelden wanneer een verzekeraar in staat van faillissement wordt verklaard (paragraaf 6). Daarnaast zullen mogelijke knel- c.q. verbeterpunten in de huidige regelgeving worden beschreven. Waar mogelijk zal tevens worden aangegeven waar de Solvency II richtlijn tot wijzigingen van deze regelgeving zou kunnen leiden. In paragraaf 7 zal in worden gegaan op de verhouding van de opvangregeling tot een eventueel in te voeren verzekeringscompensatiestelsel. Paragraaf 8 sluit deze bijdrage af.

2. Europese ontwikkelingen

De nationale regelgeving op het terrein van preventieve maatregelen ter voorkoming van het faillissement van een verzekeraar en de bijzondere regels die gelden indien een verzekeraar failliet wordt verklaard, worden in belangrijke mate beïnvloed door Europese richtlijnen. De meest recente richtlijn – de Solvency II richtlijn - dateert van 25 november 2009. Hoewel deze richtlijn zelf bepaalt dat deze vóór 1 november 2012 in de nationale wetgeving moet zijn geïmplementeerd, heeft de Europese Commissie aangekondigd dat dit vóór 1 januari 2013 het geval moet zijn.

De Solvency II richtlijn richt zich voornamelijk op een grondige herziening van het solvabiliteitstoezicht.⁴ Daarnaast herschikt de Solvency II richtlijn de veertien bestaande verzekeringsrichtlijnen, waaronder de richtlijn van 19 maart 2001⁵ (hierna te noemen: "winding up directive"). Met name de winding up directive is van invloed geweest op de regels rondom de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen. De Solvency II richtlijn neemt de bepalingen op dit punt grotendeels over. De implementatie van de Solvency II richtlijn zal dan ook niet tot grote veranderingen in de Nederlandse wetgeving met betrekking tot de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen leiden.

¹ De auteur is als docent en onderzoeker werkzaam bij het departement Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg.

² Op het gebied van het prudentieel toezicht heeft De Nederlandsche Bank een aantal bevoegdheden, waaronder het opvragen van een herstelplan, saneringsplan of financieringsplan. Zie hierover nader: W.M.A. Kalkman, J.J. Rijkels en R. Tielenburg, "Verzekeraars", in: D. Busch e.a., *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 304-305.

³ Voor de noodregeling geldt dat deze zowel gericht kan zijn op sanering van de verzekeringsonderneming als op liquidatie van de verzekeringsonderneming. De noodregeling is daarmee niet uitsluitend een saneringsmaatregel. Zie hierover nader paragraaf 4.2 van deze bijdrage.

⁴ De implementatie van de Solvency II richtlijn in de Nederlandse wetgeving zal leiden tot veranderingen in de toezichtbepalingen in de Wft. De precieze consequenties worden beschreven door D.M. Pos in: "Solvency II – een overzicht", in: *TFR* 2009, nr. 5/6, p. 192-209.

⁵ Richtlijn nr. 2001/17/EG, *PbEG* 20 april 2001, L110. Deze richtlijn heeft betrekking op de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen.

3. Opvangregeling

3.1 Doel

De opvangregeling is één van de saneringsmaatregelen voor verzekeraars. Deze voorziening geldt uitsluitend voor levensverzekeraars, en dus niet voor schadeverzekeraars. De opvangregeling beoogt de continuïteit van de verzekeraar c.q. de verzekeringsportefeuille zo goed mogelijk te waarborgen, zodat kan worden voorkomen dat er moet worden gekort op de rechten van verzekerden. Een dergelijke korting komt vaak voor wanneer de noodregeling wordt toegepast.⁶

De opvangregeling is in het leven geroepen na de ondergang van levensverzekeraar Vie d'Or. Omdat er moest worden gekort op de rechten van verzekerden, ontstond het idee om een instrument te ontwikkelen op basis waarvan een verzekeraar in problemen kan worden verplicht tot een portefeuilleoverdracht, voordat een korting op de rechten van verzekerden noodzakelijk is. Daaruit is het idee van een opvangregeling voortgekomen, welk idee is uitgewerkt in een rapport van het Verbond van Verzekeraars en de Verzekeringskamer.⁷ Naar aanleiding van dit rapport is de opvangregeling uiteindelijk per 22 december 2001 opgenomen in de - toentertijd van toepassing zijnde - Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.^{8 9} De opvangregeling heeft daarmee geen Europese grondslag. Sterker nog: Nederland is het enige Europese land dat een opvangregeling kent.¹⁰

3.2 Procedurele aspecten

De opvangregeling is geregeld in de artt. 3:149-158 Wft. De toepassing ervan kan worden verzocht bij de rechtbank door de toezichthouder, De Nederlandsche Bank (hierna te noemen: "DNB"). Dit zal DNB alleen doen als de verzekeringsportefeuille nog overlevingskansen heeft. Of de verzekeringsportefeuille overlevingskansen heeft, is afhankelijk van de vraag of deze portefeuille in de toekomst winstgevend zal zijn.¹¹ Er wordt hierbij gekeken of de door de verzekeraar gekozen uitgangspunten bij de berekening van de verzekeringspremies realistisch zijn geweest. Met andere woorden: heeft de verzekeraar de toekomstige ontwikkelingen op het terrein van het rendement van de beleggingen, het verzekeringsrisico et cetera zodanig ingecalculeerd, dat er winst op de verzekeringsportefeuille kan worden behaald?

De aanloopfase naar de opvangregeling vindt zo veel mogelijk in stilte plaats, om negatieve publiciteit te voorkomen. Negatieve publiciteit zou namelijk de continuïteit - die juist wordt beoogd met de opvangregeling - in gevaar kunnen brengen. Geeft de Rechtbank toestemming voor toepassing van de opvangregeling, dan deelt DNB dit – samen met het daarbij behorende opvangplan¹² – mede aan de levensverzekeraar in kwestie en de opvanginstelling.¹³ De opvanginstelling vormt een onmisbare schakel binnen de opvangregeling. Deze opvanginstelling is een naamloze vennootschap die speciaal wordt opgericht om een levensverzekeraar op te vangen die in financieel zwaar weer verkeert. De opvanginstelling heeft tot doel ervoor te zorgen dat de solvabiliteitsmarge¹⁴ weer op het vereiste niveau wordt gebracht.

⁶ Zie hierover nader paragraaf 4.2 van deze bijdrage.

⁷ Verbond van Verzekeraars en Verzekeringskamer, *Rapport van de Werkgroep Opvangregeling*, PVK Studies nr. 10, Apeldoorn: Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer, december 1996.

⁸ *Stb.* 2001, 73.

⁹ De Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 is per 1 januari 2007 ingetrokken, en vervangen door de Wet op het financieel toezicht.

¹⁰ Zie rapport Oxera, *Insurance guarantee schemes in the EU*, november 2007, te downloaden via http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/guarantee_schemes_en.pdf

¹¹ *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 705, nr. 3, p. 4.

¹² Bij het opstellen van het opvangplan wordt de vertrouwenscommissie om advies gevraagd. Zie art. 3:151 lid 3 Wft.

¹³ Zie art. 3:151 lid 4 Wft.

¹⁴ De solvabiliteitsmarge is de wettelijk vastgestelde financiële armslag die een verzekeraar moet hebben om in de toekomst aan zijn verplichtingen uit de gesloten verzekeringsovereenkomsten te kunnen voldoen. Zie hierover nader paragraaf 4.2 van deze bijdrage.

Hiervoor staat DNB twee instrumenten ter beschikking.¹⁵ In de eerste plaats is er het instrument van de verplichte herverzekering door de opvanginstelling. Hiermee wordt de voortzetting van de *levensverzekeringsonderneming* beoogd. Dit instrument zal worden gebruikt wanneer er voldoende vertrouwen bestaat in het management van de levensverzekeraar. Ten tweede staat DNB het instrument van de verplichte overdracht van de verzekeringsportefeuille aan de opvanginstelling ter beschikking. Hiermee wordt de voortzetting van de *verzekeringsportefeuille* beoogd. Dit instrument zal worden ingezet wanneer het vertrouwen in het management van de levensverzekeraar ontbreekt. Hiervoor is een rechterlijke machtiging vereist, welke achter gesloten deuren wordt verleend.¹⁶ Pas nadat de portefeuille is overgedragen, wordt dit aan de polishouders medegedeeld. Hierbij verdient opmerking dat het niet mogelijk is om slechts een deel van de verzekeringsportefeuille over te dragen.¹⁷

De kosten van de opvangregeling worden voorgeschoten door het Verbond van Verzekeraars, en vervolgens omgeslagen over de levensverzekeraars waar DNB toezicht op houdt. DNB bepaalt welk bedrag levensverzekeraars in een voorkomend geval moeten bijdragen. Deze bijdragen worden deels in de vorm van een achtergestelde lening aan de opvanginstelling verstrekt, en deels verkrijgen de levensverzekeraars aandelen in de opvanginstelling in ruil voor hun bijdragen.¹⁸ Het gaat hier in wezen om tijdelijke kapitaalsverschaffing. DNB stelt – met advies van de vertrouwenscommissie – een vergoedingsplan op.¹⁹

Het is niet de bedoeling dat de verzekeringsportefeuille permanent bij de opvanginstelling blijft; uiteindelijk probeert de opvanginstelling de portefeuille op commerciële basis te verkopen. In plaats van verkoop van de portefeuille kan er ook voor worden gekozen om de aandelen van de opvanginstelling te verkopen. Normaliter is dit enkel mogelijk met toestemming van de aandeelhouders (in dit geval de bijdragende levensverzekeraars), omdat zij daartoe beschikkingsbevoegd zijn. Echter, op grond van art. 2:87a BW kunnen de statuten van de naamloze vennootschap (in dit geval de opvanginstelling) een verplichting tot aanbidding bevatten. Mede omdat de statuten van de opvanginstelling op grond van art. 3:152 lid 4 Wft voorafgaande instemming van DNB behoeven, ligt het voor de hand dat de statuten van de opvanginstelling een dergelijke verplichting bevatten. Deze verplichting tot aanbidding lijkt ook te stroken met de gedachte dat de door andere levensverzekeraars gedane bijdragen zo spoedig mogelijk worden terugbetaald.

De uiteindelijke netto opbrengst - dat wil zeggen: de opbrengst die resulteert na aftrek van de kosten van de opvangregeling en het terugbetalen van de bijdragen van de levensverzekeraars - komt de oorspronkelijke verzekeraar toe. DNB bepaalt wanneer de opvangregeling eindigt, nadat DNB hierover advies heeft gevraagd van de vertrouwenscommissie.²⁰

3.3 Scheiding van bevoegdheden

Uit het voorgaande blijkt dat DNB in wezen de uitvoerder van de opvangregeling is. Het is immers DNB die toepassing van de opvangregeling verzoekt bij de Rechtbank, het is DNB die een opvangplan opstelt en het is DNB die bepaalt wanneer de opvangregeling eindigt. Het is de vraag of deze bevoegdheden van DNB - naast haar bevoegdheden als toezichthouder - met de implementatie van de Solvency II richtlijn kunnen worden gehandhaafd. In overweging 119 van de Solvency II richtlijn staat namelijk dat er een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de bevoegde autoriteiten in verband met de sanerings- en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen, en de autoriteiten in verband met het uitoefenen van toezicht op verzekeringsondernemingen: “*A distinction should be made between the competent authorities for the*

¹⁵ Zie art. 3:152 lid 1 Wft.

¹⁶ Zie art. 3:154 lid 1 en 3 Wft.

¹⁷ *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 705, nr. 3, p. 5.

¹⁸ Zie art. 3:158 lid 5 Wft.

¹⁹ Zie art. 7 lid 1 van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft.

²⁰ Zie art. 3:158 lid 1 Wft.

purposes of reorganisation measures and winding-up proceedings and the supervisory authorities of the insurance undertakings.”

Anderzijds verdient opmerking dat een expliciete richtlijnbevestiging op dit punt ontbreekt. Wel bevat art. 270 van de Solvency II richtlijn een informatieplicht van de sanerende autoriteit ten opzichte van de toezichthoudende autoriteit, zodra er een beslissing ten aanzien van een saneringsmaatregel is genomen. Uit deze bepaling kan indirect de scheiding van bevoegdheden worden afgeleid.

4. Noodregeling

4.1 Doel

Heeft toepassing van de opvangregeling geen zin, heeft de opvangregeling niet tot het gewenste resultaat geleid of gaat het om een schadeverzekeraar, dan kan DNB de noodregeling aanvragen bij de Rechtbank. De noodregeling heeft tot doel het faillissement van de verzekeraar in kwestie te voorkomen, en kan gericht zijn op sanering of liquidatie van de verzekeringsonderneming.

4.2 Procedurele aspecten

De noodregeling is geregeld in de artt. 3:160-201 Wft. Het criterium voor het uitspreken van de noodregeling is dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van het bedrijf een bijzondere voorziening vordert.²¹ Wordt de noodregeling uitgesproken, dan worden er een of meerdere bewindvoerders benoemd²² en zijn de bestuurders, commissarissen en vertegenwoordigers van de verzekeraar niet langer handelingsbevoegd.²³

Bij of na het uitspreken van de noodregeling geeft de Rechtbank een machtiging af. De Rechtbank heeft de keuze uit een machtiging tot *sanering* van de verzekeringsonderneming, een machtiging tot *liquidatie* van de verzekeringsonderneming of een combinatie van beide machtigingen.²⁴ Met een machtiging tot sanering wordt de *overdracht* van een deel of de hele verzekeringsportefeuille beoogd, met een machtiging tot liquidatie een gedeeltelijke of gehele *vereffening* van de verzekeringsportefeuille.

Welk doel wordt nagestreefd is afhankelijk van de financiële positie van de verzekeraar. In dat kader zijn twee begrippen relevant, en wel de technische voorzieningen en de solvabiliteitsmarge. De technische voorzieningen vormen de belangrijkste passiefpost op de balans van een verzekeringsonderneming. Hiermee wordt het vermogen aangeduid dat de verzekeringsonderneming naar verwachting nodig zal hebben om alle lopende verzekeringsverplichtingen te kunnen voldoen. Deze post vertegenwoordigt dus de voorziening voor de (nog niet opeisbare) vorderingen van alle verzekerden. De solvabiliteitsmarge is de wettelijk vastgestelde reserve die een verzekeraar moet hebben, zodat alle aangegane verzekeringsverplichtingen in de toekomst - ook bij een eventuele ongunstige wijziging van het beleggingsrendement, de sterftcijfers et cetera - kunnen worden nagekomen door verzekeraars. De solvabiliteitsmarge is derhalve bedoeld als een soort “buffervermogen” om eventuele tegenslagen mee op te kunnen vangen.

Wanneer er “slechts” sprake is van een te lage solvabiliteitsmarge, zal overdracht van een deel of de hele portefeuille aan een andere verzekeraar meestal eenvoudiger te realiseren zijn dan wanneer er sprake is van een tekort ten aanzien van de technische voorzieningen. In zo'n geval is er nog steeds voldoende vermogen om de lopende verzekeringsverplichtingen te kunnen voldoen, en bestaat er slechts een tekort op de wettelijk vereiste reserve. De verzekeringsportefeuille kan in zo'n geval zonder kapitaalinjectie worden overgedragen aan een verzekeraar met een hogere solvabiliteitsmarge dan wettelijk voorgeschreven; de overnemende verzekeraar blijft dan – ondanks de overdracht – voldoen aan de wettelijke solvabiliteitsmarge, omdat de reserves van de verzekeringsonderneming groter zijn dan wettelijk vereist. Hierbij verdient opmerking dat dit feitelijk ook kan worden gezien als een kapitaalinjectie. De hogere solvabiliteitsmarge komt in zo'n geval immers ten goede aan de overgedragen portefeuille.

²¹ Zie art. 3:161 Wft.

²² Zie art. 3:162 lid 4 Wft.

²³ Zie art. 3:175 lid 1 Wft.

²⁴ Zie art. 3:163 lid 1 Wft.

Wanneer er sprake is van een tekort ten aanzien van de technische voorzieningen bij de over te nemen verzekeringsportefeuille, zal een overdracht van de portefeuille moeilijker te realiseren zijn. De over te dragen verzekeringspolissen worden in dat geval immers niet meer (geheel) gedekt door de technische voorzieningen. Met andere woorden: er is in zo'n geval onvoldoende vermogen aanwezig om alle lopende verzekeringsverplichtingen te kunnen voldoen. Dit betekent dat de overnemende verzekeraar er geld op toe zou leggen als de verzekeringsportefeuille in ongewijzigde vorm wordt overgedragen. De verzekeraar zal er in dat geval immers voor moeten zorgen dat de technische voorzieningen worden aangevuld; alleen dan kunnen alle lopende verzekeringsverplichtingen in de toekomst worden nagekomen. Een overnemende verzekeraar zal hier niet mee akkoord gaan²⁵, wanneer hij de portefeuille wenst over te nemen om er zelf financieel beter van te worden. Dit zal anders zijn voor een verzekeraar die bij de overname niet-financiële belangen heeft.

Om de saneringsmogelijkheden van de bewindvoerders in geval van een tekort ten aanzien van de technische voorzieningen te vergroten, kan de rechtbank de bewindvoerders op grond van art. 3:195 lid 1 Wft een bijzondere machtiging verlenen met betrekking tot het wijzigen van verzekeringen²⁶ of tot het verkorten van de duur van verzekeringen. Daarmee kan de verzekeringsportefeuille verkoopbaar worden gemaakt. Er geldt wel een belangrijke beperking: de wijziging mag de verzekeringnemers niet meer verplichtingen opleggen dan de verplichtingen waar de verzekeringnemers bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst voor getekend hebben.²⁷ Dat betekent dat de premies niet verhoogd kunnen worden.

4.3 Gecombineerde machtiging

Gelet op het voorgaande is het praktisch gezien niet mogelijk om de verzekeringsonderneming tegelijkertijd te saneren *en* te liquideren. De uitgangspositie is in beide gevallen immers een andere: sanering komt in beeld wanneer de *solvabiliteitsmarge* ontoereikend is, terwijl liquidatie in beeld komt wanneer de *technische voorzieningen* ontoereikend zijn. Dit doet de vraag rijzen waarom art. 3:163 lid 1 sub c Wft de mogelijkheid biedt aan de Rechtbank om een gecombineerde machtiging tot sanering en liquidatie af te geven, te meer nu de Wft geen bepalingen bevat waaruit kan worden afgeleid wanneer deze gecombineerde machtiging aan de orde zou kunnen komen.

Bovendien is een duidelijke afbakening van de sanering versus de liquidatie van een verzekeringsonderneming voor DNB relevant in verband met het intrekken van de vergunning van de verzekeraar. Art. 1:104 lid 2 sub b Wft bepaalt dat de vergunning van een verzekeraar moet worden ingetrokken zodra voor de eerste keer activa van de onderneming te gelde worden gemaakt. Dit doelt op liquidatie van de verzekeringsonderneming. Bij een gecombineerde machtiging is het voor DNB op voorhand niet duidelijk of de bewindvoerder over zal gaan tot sanering of liquidatie van de verzekeringsonderneming, en - als de bewindvoerder overgaat tot liquidatie - wanneer dit precies het geval is.

Het gemaakte onderscheid tussen sanering en liquidatie dient er tevens voor om te zorgen dat DNB meer controle heeft over het saneringsproces, dat er nauwer wordt aangesloten bij de bestaande regelgeving inzake insolventie van andere schuldenaren dan kredietinstellingen en verzekeraars, en dat wordt voorkomen dat te snel tot liquidatie wordt overgegaan.²⁸ Deze doelstellingen worden in mijn optiek niet bereikt door de mogelijkheid van een gecombineerde machtiging op grond van art. 3:163 lid 1 sub c Wft. Er kan immers op eenvoudige wijze over worden gegaan tot liquidatie van de verzekeringsonderneming. Dit terwijl in de Faillissementswet een uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de sanering van een onderneming aan de hand van een surséance van betaling²⁹ en de liquidatie van een onderneming aan de hand van een faillissement.³⁰ Ook is het voor DNB bij zo'n

²⁵ Voor overdracht van de verzekeringsportefeuille is wel instemming van de overnemende verzekeraar vereist; een verzekeraar kan niet verplicht worden om een verzekeringsportefeuille over te nemen.

²⁶ Denk hierbij bijvoorbeeld aan een wijziging met betrekking tot de hoogte van de uitkering.

²⁷ Zie art. 3:195 lid 2 Wft.

²⁸ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 297, nr. 3, p. 11.

²⁹ Zie art. 214-283 Fw.

³⁰ Zie art. 1 e.v. Fw.

gecombineerde machtiging niet duidelijk of er door de bewindvoerders wordt getracht te saneren of te liquideren. Van echte controle over het saneringsproces kan in dat geval niet worden gesproken. Men zou aan de andere kant kunnen betogen dat een gecombineerde machtiging de flexibiliteit ten goede komt, zeker in situaties waarin op voorhand onduidelijk is of de verzekeringsonderneming in kwestie uiteindelijk gesaneerd of geliquideerd moet worden. De vraag is of deze flexibiliteit noodzakelijk is, gelet op het feit dat omzetting van de procedure mogelijk is op grond van art. 3:164 lid 1 Wft. Weliswaar is voor omzetting een rechterlijke uitspraak nodig, maar op grond van art. 3:164 lid 4 dient de rechter – nadat DNB haar mening over de verzochte omzetting kenbaar heeft gemaakt – het verzoek tot omzetting met de meeste spoed te behandelen. Art. 3:164 lid 1 Wft geldt thans slechts voor de omzetting van een machtiging tot sanering naar een gecombineerde machtiging. Wellicht verdient deze bepaling aanpassing, in die zin dat de bepaling zo wordt vormgegeven dat een machtiging tot sanering kan worden omgezet naar een machtiging tot liquidatie en vice versa. Een dergelijke opzet zou zowel de duidelijkheid als de flexibiliteit ten goede kunnen komen.

4.4 Overlap opvangregeling en noodregeling

Daarnaast kan men zich afvragen waarom zowel de opvangregeling als de noodregeling hetzelfde middel kennen om de verzekeringnemers te beschermen, namelijk de verplichte overdracht van de verzekeringsportefeuille. Deze overlap heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de opvangregeling specifiek in het leven is geroepen voor levensverzekeraars, en niet voor andere verzekeraars. Zou overdracht van de verzekeringsportefeuille alleen mogelijk zijn bij toepassing van de opvangregeling, dan zou dit betekenen dat een verplichte overdracht van de verzekeringsportefeuille niet kan worden gerealiseerd voor een schadeverzekeraar.

Is het terecht dat de opvangregeling enkel kan worden toegepast op levensverzekeraars? Voortzetting van het bedrijf van de verzekeraar of de verzekeringsportefeuille lijkt op het eerste gezicht in het belang van alle verzekerden, of het nu gaat om een levensverzekeraar of een schadeverzekeraar. Uit onderzoek blijkt dat schadeverzekeraars een groter belang hebben bij herverzekering dan levensverzekeraars, omdat schadeverzekeraars meer moeilijk in te calculeren risico's lopen dan levensverzekeraars.³¹ Verplichte herverzekering is een instrument dat alleen kan worden toegepast in het kader van de opvangregeling, en niet in het kader van de noodregeling. Dit gegeven pleit mogelijk vóór het openstellen van de opvangregeling voor andere verzekeraars dan levensverzekeraars.

Zou de opvangregeling worden opengesteld voor alle verzekeraars, dan zou de noodregeling mogelijk kunnen worden afgeschaft. Bij beide instrumenten kan een verplichte overdracht van de verzekeringsportefeuille worden gerealiseerd. Daarnaast beschikt DNB bij de opvangregeling over de mogelijkheid om een willekeurige verzekeraar te verplichten tot herverzekering, hetgeen als gezegd van groter belang is voor schadeverzekeraars dan voor levensverzekeraars. De noodregeling als liquidatieprocedure heeft hetzelfde doel als een faillissement, zodat de opvangregeling een goed - of zelfs beter - alternatief zou kunnen zijn voor de noodregeling. De afschaffing van de noodregeling zou de overzichtelijkheid van het scala aan maatregelen ter voorkoming van het faillissement van verzekeraars in mijn ogen ten goede komen. Wel dient in dat geval overwogen te worden om een wijzigingsmogelijkheid - zoals opgenomen in art. 3:195 lid 1 Wft ten behoeve van de noodregeling – in het leven te roepen ten behoeve van de opvangregeling. Er zullen immers situaties denkbaar zijn waarin overdracht van de verzekeringsportefeuille zonder korting op de rechten van verzekerden niet haalbaar is.

Aan de andere kant zou kunnen worden betoogd dat er nog steeds belang is bij de noodregeling als aanvulling op de opvangregeling, omdat overdracht van de verzekeringsportefeuille binnen de opvangregeling enkel mogelijk is aan de opvanginstelling. Er kan dus niet aan een willekeurige andere verzekeringsonderneming worden overgedragen. Naar mijn mening gaat deze redenering niet op, omdat het in het kader van de opvangregeling niet de bedoeling is dat de verzekeringsportefeuille in handen van de opvanginstelling blijft. Het uiteindelijke doel is om de verzekeringsportefeuille te

³¹ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Rapport van de Studiegroep Opvangregeling Schadeverzekeringen*, Apeldoorn: Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer 2000, p. 37.

verkopen aan een andere verzekeraar, of de aandelen van de opvanginstelling aan een ander te verkopen.

5. Schematisch overzicht opvangregeling versus noodregeling

In de voorgaande twee paragrafen zijn de opvangregeling en noodregeling beschreven. Om de overeenkomsten en verschillen met betrekking tot beide regelingen nog wat explicieter en inzichtelijker te maken, heb ik de belangrijkste aspecten naast elkaar gezet in de onderstaande tabel:

	Opvangregeling	Noodregeling
Waar geregeld?	artt. 3:149-158 Wft	artt. 3:160-201 Wft
Welke verzekeraars?	Levensverzekeraars	Alle soorten verzekeraars
Ingangsvoorwaarde?	Verzekeringsportefeuille heeft nog overlevingskans	Belang gezamenlijke schuldeisers vordert bijzondere voorziening
Instrumenten?	<p><u>1. Verplichte herverzekering</u></p> <p><i> criterium: voldoende vertrouwen in management;</i></p> <p><i> Doel: voortzetting levensverzekeringsbedrijf</i></p> <p><u>2. Verplichte overdracht verzekeringportefeuille</u></p> <p><i> criterium: vertrouwen in management ontbreekt</i></p> <p><i> Doel: voortzetting verzekeringportefeuille</i></p>	<p><u>1. Gehele/gedeeltelijke overdracht verzekeringportefeuille</u></p> <p><i> criterium: te lage solvabiliteitsmarge</i></p> <p><i> Doel: sanering verzekeringbedrijf</i></p> <p><u>2. Gehele/gedeeltelijke vereffening verzekeringportefeuille</u></p> <p><i> criterium: tekort ten aanzien van technische voorzieningen</i></p> <p><i> Doel: liquidatie verzekeringbedrijf</i></p>
Uitvoerder?	DNB	Bewindvoerder

6. Faillissement levensverzekeraar

6.1 Inleiding

Ondanks het bestaan van verschillende preventieve maatregelen, kan een verzekeraar uiteindelijk toch in staat van faillissement komen te verkeren. Voor deze situatie kent de Faillissementswet een aantal bijzondere bepalingen, opgenomen in afdeling 11B. Bij twee van deze bijzondere bepalingen zal worden stil gestaan: de faillietverklaring en de preferentieregeling.

6.2 Faillietverklaring

Afdeling 11B bevat een bijzondere regel met betrekking tot de faillietverklaring van een verzekeraar, en wel in art. 213f lid 1 Fw. De formulering van art. 213f lid 1 Fw doelt op de aanwezigheid van een solvabiliteitsprobleem. Solvabiliteit geeft aan in welke mate een onderneming aan haar toekomstige betalingsverplichtingen kan voldoen. Met andere woorden: het ziet op de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen. Toegespitst op de verzekeringsbranche gaat het bij solvabiliteit van een verzekeraar om de vraag of de verzekeraar voldoende financiële middelen heeft om op langere termijn aan zijn verzekeringsverplichtingen te voldoen. Is dit niet het geval, dan kan een verzekeraar op grond van art. 213f lid 1 Fw in staat van faillissement worden verklaard.

De formulering van het artikel laat - voor wat betreft de leesbaarheid ervan - te wensen over. De bepaling begint namelijk met de zinsnede "*Nadat de rechtbank een noodregeling als bedoeld in artikel 3:161 van de Wet op het financieel toezicht heeft uitgesproken, kan zij in afwijking van artikel 1 ...*". Dit kan de indruk wekken dat voor een faillietverklaring van een verzekeraar op grond van art. 213f lid 1 Fw vereist is dat de noodregeling eerst moet zijn uitgesproken. Pas na lezing van overweging 6 van de winding up directive – welke overweging in vergelijkbare bewoordingen wordt herhaald in overweging 122 van de Solvency II-richtlijn – wordt duidelijk dat een liquidatieprocedure niet noodzakelijkerwijs vooraf hoeft te worden gegaan door een saneringsprocedure. Met andere woorden: het is mogelijk dat het faillissement van een verzekeraar wordt uitgesproken op grond van art. 213f lid 1 Fw, zonder dat eerst de noodregeling is toegepast. Wel dient DNB te worden gehoord, alvorens het faillissement op grond van art. 213f lid 1 Fw kan worden uitgesproken.

Daarnaast zou de vraag kunnen worden gesteld of een verzekeraar failliet kan worden verklaard op grond van art. 1 lid 1 Fw, ondanks het feit dat expliciet van deze bepaling wordt afgeweken in art. 213f lid 1 Fw. Het criterium in het kader van art. 1 lid 1 Fw is dat de schuldenaar verkeert in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Dit doelt op de aanwezigheid van een liquiditeitsprobleem. Liquiditeit geeft aan in welke mate een onderneming aan haar lopende betalingsverplichtingen kan voldoen. Omdat de aard van de liquiditeits- en solvabiliteitsproblemen zo verschillend is, kan ik niet anders concluderen dan dat art. 1 lid 1 Fw nog steeds een functie heeft naast art. 213f lid 1 Fw. Het criterium van art. 1 lid 1 Fw – het hebben opgehouden te betalen – heeft immers betrekking op de liquiditeit van een onderneming. Lopende betalingsverplichtingen worden niet langer voldaan wanneer een schuldenaar heeft opgehouden te betalen. Dit criterium zegt in feite niets over het al dan niet kunnen nakomen van toekomstige verplichtingen. Met andere woorden: wanneer een levensverzekeraar te kampen heeft met liquiditeitsproblemen, waardoor hij schuldeisers onbetaald laat, dan kan het faillissement van de levensverzekeraar in kwestie worden verzocht op grond van art. 1 lid 1 Fw (het "normale" faillissement). Is er geen sprake van liquiditeitsproblemen, maar wel van solvabiliteitsproblemen, dan kan het faillissement worden verzocht op grond van art. 213f lid 1 Fw, al dan niet voorafgegaan door de noodregeling.

6.3 Preferentieregeling

Afdeling 11B Fw kent daarnaast een bijzondere preferentieregeling. Deze is opgenomen in art. 213m Fw.³² De boedelschulden vormen op grond van lid 1 deze bepaling de eerste preferente vorderingen in de rangorderegeling, gevolgd door de vorderingen die door pand of hypotheek worden gedekt.³³ Voor het vervolg van de preferentieregeling geldt dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen schadeverzekeraars en levensverzekeraars. De volgorde van de voorrechten van (oud-)werknemers en diens nabestaanden en de rechten van (oud-)polishouders van schadeverzekeraars is opgenomen in art. 213m lid 2 Fw. Voor levensverzekeraars is deze volgorde opgenomen in art. 213m lid 3 Fw. Hierbij valt op dat bepaalde aanspraken van werknemers vóór gaan op aanspraken van verzekerden. Aan art. 213m Fw³⁴ ligt art. 10 van de winding up directive ten grondslag. Dit artikel heeft de lidstaten twee keuzemogelijkheden geboden ten aanzien van de rangorderegeling. De eerste optie houdt in dat lidstaten kunnen bepalen dat uitsluitend verzekeringsvorderingen met voorrang kunnen worden verhaald op de activa die dienen ter dekking van de technische voorzieningen. Bij toepassing van de

³² Deze bijzondere preferentieregeling geldt ook in het kader van de noodregeling. Zie art. 3:198 Wft.

³³ Zie lid 2 en 3 van art. 213m Fw.

³⁴ En ook art. 3:198 Wft in het kader van de noodregeling.

tweede optie geldt dat verzekeringsvorderingen en enkele andere, specifiek genoemde vorderingen (waaronder vorderingen van werknemers van de verzekeraar) met voorrang kunnen worden verhaald op *alle* activa van de verzekeringsonderneming.³⁵ Deze keuzemogelijkheid blijft ook onder de Solvency II richtlijn in stand.³⁶

Nederland heeft bij de implementatie van de winding up directive gekozen voor de tweede mogelijkheid.³⁷ In de eerste plaats omdat werknemers in de oude regelgeving³⁸ ook bescherming genoten. Op deze manier is er geen sprake van een breuk met het verleden. In de tweede plaats is aangevoerd dat bescherming van werknemers van een verzekeraar wenselijk is vanwege de afhankelijkheid van werknemers van hun loonvordering. Werknemers zouden afhankelijker zijn van hun loonvordering dan dat andere crediteuren afhankelijk zijn van hun vorderingen.³⁹ Om die reden is de loongarantieregeling van art. 61 Ww in het leven geroepen.⁴⁰ De beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan de loongarantieregeling, dient in de ogen van de wetgever te worden doorgetrokken naar de rangorderegeling van de failliete verzekeraar. Bovendien zou het ontbreken van de extra bescherming tot onrust onder het personeel kunnen leiden, hetgeen de continuïteit van het bedrijf van de verzekeraar niet ten goede zou komen. Tenslotte wordt opgemerkt dat de tweede mogelijkheid een lastenverlichting voor de verzekeraar oplevert. De verzekeraar hoeft in dat geval namelijk geen register bij te houden waaruit blijkt welke activa dienen ter dekking van de technische voorzieningen, welke speciaal zijn gereserveerd voor schuldeisers uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst en arbeidsovereenkomst.⁴¹ Een dergelijke registerplicht zou er wel zijn wanneer de Nederlandse wetgever zou hebben gekozen voor de eerste mogelijkheid.

Is het terecht dat vorderingen van werknemers vóór gaan op die van verzekerden? Ook verzekerden zijn in belangrijke mate afhankelijk van hun vordering op de failliete verzekeraar. Daar komt bij dat het bij verzekerden ook vaak gaat om de zwakkere partij van de overeenkomst gaan. Het belangrijkste verschil tussen beide schuldeisers is dat werknemers zich met hun vordering op de failliete verzekeraar kunnen melden bij het UWV. Het UWV geeft werknemers in zo'n geval een uitkering wegens betalingsonmacht van de werkgever op grond van art. 61 Werkloosheidswet. Het UWV neemt daarmee de loonbetalingsverplichting van de verzekeraar in kwestie gedurende een bepaalde periode over.⁴² Het gaat hier om een garantieregeling die ten laste komt van werkgevers en werknemers. Werkgevers en werknemers betalen immers normaliter⁴³ Ww-premie, waarvan onder andere uitkeringen wegens betalingsonmacht van werkgevers worden betaald.

De verzekeringsbranche kent geen garantieregeling voor verzekerden; als reden hiervoor wordt vaak het bestaan van de grote hoeveelheid preventieve maatregelen ter voorkoming van een faillissement van verzekeraars genoemd. Maar ook werknemers van verzekeraars profiteren van deze preventieve maatregelen, in die zin dat een verzekeringsonderneming daardoor minder snel failliet zal worden verklaard dan een niet-financiële onderneming waarvoor dergelijke preventieve maatregelen niet bestaan. Waarom zouden werknemers van een verzekeraar op grond van art. 61 Werkloosheidswet recht hebben op een uitkering van het UWV, en tegelijkertijd op grond van art. 213m Fw een voorrecht op alle activa van de verzekeringsonderneming dat in rang veelal⁴⁴ vóór gaat op het voorrecht van verzekerden van deze verzekeraar? Een omgekeerde rangorderegeling zou in mijn

³⁵ Zie overweging 15 van richtlijn 2001/17/EG d.d. 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen.

³⁶ Zie art. 275 van de Solvency II richtlijn.

³⁷ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29297, nr. 3, p. 9.

³⁸ Deze oude regelgeving is terug te vinden in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) 1993.

³⁹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29297, nr. 3, p. 10.

⁴⁰ Met deze loongarantieregeling wordt (mede) uitvoering gegeven aan richtlijn 2008/94/EG betreffende de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever.⁴⁰

⁴¹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29297, nr. 3, p. 10.

⁴² Voor welke periode het recht op uitkering geldt, is bepaald in art. 64 Ww.

⁴³ De Ww-premie voor werknemers is – met het oog op de kredietcrisis – tijdelijk afgeschaft.

⁴⁴ Met uitzondering van het voorrecht ten aanzien van periodieke uitkeringen uit schadeverzekeringen ter zake van ziekte, letsel of overlijden. Zie art. 213m lid 2 sub a Fw.

optiek beter zijn, in die zin dat de rechten van verzekerden in alle gevallen in rang vóór de rechten van werknemers van de verzekeraar gaan. Dit zou meer recht doen aan de gelijke, afhankelijke positie van werknemers en verzekerden.

7. Verzekeringscompensatiestelsel

In het kader van de liquidatie van een verzekeringsonderneming kan nog worden opgemerkt dat er op Europees niveau plannen bestaan om een verzekeringscompensatiestelsel in het leven te roepen. Sommige landen binnen de Europese Unie kennen geen garantiestelsel ten behoeve van de verzekeringsbranche. Andere landen kennen een dergelijk stelsel wel, maar de onderlinge verschillen met betrekking tot het beschermingsbereik, de financiering en de procedure zijn groot. Om gelijke consumentenbescherming te bereiken en concurrentievervalsing te voorkomen, heeft de Europese Commissie het “*White Paper on Insurance Guarantee Schemes*” opgesteld.⁴⁵ Het betreft een consultatiedocument⁴⁶, waaruit onder andere blijkt dat de Europese Commissie van plan is om het verzekeringscompensatiestelsel op te nemen in een door de lidstaten te implementeren richtlijn.

Hoe verhoudt een eventueel verzekeringscompensatiestelsel zich tot de reeds bestaande opvangregeling? Het verschil tussen een garantieregeling en een opvangregeling is dat een garantieregeling gehele of gedeeltelijke compensatie biedt aan polishouders nadat de verzekeraar failliet is gegaan, terwijl de opvangregeling juist een preventief karakter heeft en is gericht op het voorkomen van een faillissement.⁴⁷ Het een sluit het ander daarmee niet uit. Wel wordt vaak betoogd dat de noodzaak van een garantieregeling voor de verzekeringsbranche afneemt vanwege het bestaan van de opvangregeling; door de opvangregeling wordt de kans op een eventueel faillissement van een verzekeraar verkleind.⁴⁸ Hierbij verdient opmerking dat deze stelling in het huidige stelsel enkel op gaat voor levensverzekeraars, omdat alleen voor hen de opvangregeling geldt. Bovendien wordt de kans op een faillissement door de opvangregeling slechts verkleind, en dus niet uitgesloten. Ik ben daarom van mening dat een verzekeringscompensatiestelsel een goede aanvulling zou vormen op de opvangregeling.

8. Afsluiting

De Nederlandse wetgeving rondom financiële instellingen, waaronder verzekeraars, is onder invloed van Europese richtlijnen continu in beweging. Er zijn diverse instrumenten beschikbaar om een eventueel faillissement van verzekeraars te voorkomen. En wanneer een faillissement onafwendbaar is, worden de belangen van verzekerden eveneens (gedeeltelijk) beschermd. De systematiek van deze instrumenten is nog niet eerder geëvalueerd, in die zin dat de verschillende maatregelen met elkaar vergeleken zijn om te bezien of het systeem verder geoptimaliseerd kan en moet worden. Voorts ontbreekt in belangrijke mate de theorievorming achter dit wettelijk systeem. Dit terwijl de maatschappij erg afhankelijk is van verzekeringsondernemingen.

In deze bijdrage heb ik getracht in grote lijnen weer te geven hoe de Nederlandse wettelijke regeling met betrekking tot de sanering en liquidatie van verzekeraars er op dit moment uit ziet, en op welke punten het systeem mogelijk verbeterd kan worden, uiteraard zonder daarbij afbreuk te doen aan de Europese regelgeving op dit terrein. De precieze invulling hiervan behoeft als gezegd nader onderzoek. Door gerezen knelpunten weg te nemen zal het wettelijk kader hopelijk meer bescherming gaan bieden aan verzekerden, zodat grote financiële problemen voor deze kwetsbare groep in de toekomst nog beter voorkomen kunnen worden.

⁴⁵ Zie http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/whitepaper-on-igs/whitepaper_en.pdf.

⁴⁶ Lidstaten en andere belanghebbenden konden tot 30 november 2010 input leveren naar aanleiding van het Witboek. Nederland heeft dat gedaan bij brief van 8 oktober 2010 van de minister van Financiën. Zie *Kamerstukken II* 2010-2011, 22 112, nr. 1071.

⁴⁷ G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 366-367.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1998-1999, 26705, nr. 3, p. 9.