

Vergaderjaar 2023–2024

36 442

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet toezicht trustkantoren 2018 en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2024)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 8 februari 2023 en het nader rapport d.d. 28 september 2023, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 25 november 2022, nr. 2022002551, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 februari 2023, nr. W06.22.00173/III, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 25 november 2022, no. 2022002551, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging op het financieel toezicht, de Wet toezicht trustkantoren 2018 en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2024), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bevat diverse wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en enige andere wetten.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over het voorgestelde wettelijk tuchtrecht voor verzekeraars. De noodzaak en proportionaliteit van het voorstel is onduidelijk. Ook roept de vormgeving van wat «tuchtrecht» wordt genoemd, wezenlijke vragen op. De Afdeling adviseert daarom dit onderdeel te schrappen.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Tevens adviseert de Afdeling om het verscherpt toezicht op verzekeraars nader te motiveren en in te gaan op de toegevoegde waarde van het wetsvoorstel. Tot slot maakt de Afdeling opmerkingen over het Unierecht in relatie tot de voorgestelde maatregelen voor verzekeraars in verband met het vrije verkeer en de (verdergaande) harmonisatie van regelgeving voor verzekeraars op Europees niveau.

In verband met deze opmerkingen dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Motivering wettelijk tuchtrecht

Het wetsvoorstel voorziet in een wettelijke verplichting voor verzekeraars met zetel in Nederland om zich te onderwerpen aan tuchtrecht.² De Nederlandsche Bank (DNB) zal erop toezien of een verzekeraar is onderworpen aan een tuchtrechtelijke regeling. Daarbij zal de verdere invulling en organisatie van de tuchtrechtelijke regeling primair aan de verzekeraar of verzekeringssector zelf zijn.³

a. Aanleiding

Het voorstel komt mede voort uit de wens om (het vertrouwen in) de afhandeling van letselschade door verzekeraars te versterken en, waar nodig, te verbeteren. Doel is dan ook om de kwaliteit van letselschadeafhandeling door verzekeraars en het vertrouwen in verzekeraars en de verzekeringssector in den brede te borgen en te verbeteren, aldus de toelichting.

De Universiteit Utrecht heeft onderzoek verricht naar de oorzaken van langlopende letselschadezaken.⁴ Volgens de onderzoekers is het niet mogelijk om één dominante omstandigheid te benoemen als het kenmerk van een langlopend letselschadedossier. Tijdens een debat in de Tweede Kamer over dit onderzoek is een motie aangenomen die het kabinet verzoekt te zorgen voor wettelijk verankerd non-hiërarchisch tuchtrecht en een tuchtraad voor alle «professionals» betrokken bij het afhandelen van letselschadezaken.⁵

b. Noodzaak

Binnen de verzekeringsbranche is reeds decennialang sprake van privaatrechtelijk tuchtrecht. De leden van het Verbond van Verzekeraars zijn contractueel overeengekomen dat zij zich aan het tuchtrecht binden. Meer dan 95% van de schade- en levensverzekeraars in Nederland is lid van het Verbond van Verzekeraars.⁶ De branche bepaalt het reglement en het is ook de branche die een maatregel oplegt. De Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantiën) adviseert hierin.

² Artikel I, onderdeel P (artikel 3:17d Wft).

³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.

⁴ Utrecht Centre for Accountability and Liability Law, «Langlopende Letselschadezaken. Een empirisch-juridisch onderzoek naar kenmerken van letselschadezaken die niet binnen twee jaar zijn afgesloten», 10 juli 2020.

⁵ Zie de motie van het lid Kuiken c.s. (Kamerstukken II 2020/21, 33 552, nr. 77) met het verzoek aan de regering te zorgen voor wettelijk verankerd non-hiërarchisch tuchtrecht en een tuchtraad voor alle professionals betrokken bij het afhandelen van letselschadezaken. Bij letselschadezaken zijn onder meer verzekeraars, advocaten, medisch adviseurs, medische experts (artsen), arbeidsdeskundigen en ergotherapeuten betrokken.

⁶ <https://www.verzekeraars.nl/over-het-verbond/lid-worden>

De Afdeling wijst er op dat het noodzakelijk is dat duidelijkheid bestaat over de vraag welk probleem aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt en op welke wijze het voorstel in een oplossing voorziet voor het gestelde probleem. Dat een verplichting voor verzekeraars om zich te onderwerpen aan tuchtrecht bijdraagt aan het vertrouwen van consumenten vloeit niet voort uit het onderzoek naar langlopende letselschadeafhandeling. Daarbij is onduidelijk waarom ondanks de constatering dat veel professionals bij letselschadezaken reeds binnen hun eigen beroepsgroep onder een vorm van tuchtrecht vallen, toch versterking van de rol van het tuchtrecht voor verzekeraars nodig wordt geacht.⁷

Bovendien ziet dit onderzoek op de letselschadepraktijk. Deze praktijk kent een eigen, specifieke problematiek, terwijl het voorstel voorziet in tuchtrecht dat voor alle verzekeraars gaat gelden. Ook wijst de Afdeling er op dat er al prudentiële regels en gedragsnormen zijn om het belang van de consument beter te beschermen.⁸ Dit roept de vraag op of de voorgestelde invoering van een wettelijk verplicht tuchtrecht noodzakelijk en proportioneel is.

c. Vorm

Bij bestaande regelingen van tuchtrecht voor bijvoorbeeld advocaten, notarissen, accountants en artsen,⁹ ziet de tuchtregeling op de desbetreffende beroepsbeoefenaren, de natuurlijke personen zelf, en niet de organisaties waartoe zij eventueel behoren. Ook bij het tuchtrecht dat ingevolge de Wft geldt bij banken is dat het geval.¹⁰

Het voorgestelde wettelijk tuchtrecht voor verzekeraars is evenwel niet gericht op individuele medewerkers van de desbetreffende verzekeraars, maar op de verzekeraars. De Afdeling merkt op dat de introductie van tuchtrecht bij organisaties in plaats van de in die organisaties werkzame personen wezensvreemd is aan de aard van tuchtrechtelijke regels. Die zijn immers gericht op de nakoming door beoefenaren van bepaalde beroepen van (vooraf) voor die beroepsgroep vastgestelde gedragsnormen.¹¹ Voorts is onduidelijk hoe dit tuchtrecht zich verhoudt tot het prudentieel- en het gedragstoezicht dat op grond van de Wft op verzekeraars wordt uitgeoefend. Gelet hierop roept de vormgeving van wat «tuchtrecht» wordt genoemd wezenlijke vragen op.

d. Conclusie

Gelet op het voorgaande kunnen vraagtekens worden gezet bij de noodzaak en proportionaliteit van het onderhavige voorstel. Ook de vorm van het voorgestelde tuchtrecht en de afwijking tot andere, bestaande tuchtrechtregelingen roepen vragen op. In de huidige vorm is het voorstel derhalve nog niet rijp voor verdere behandeling. De Afdeling adviseert daarom dit onderdeel te schrappen.

⁷ Zie Kamerstukken II 2020/21, 33 552, nr. 82 en 84.

⁸ Bijvoorbeeld een verzekeraar dient een adequaat beleid te hebben ten behoeve van integere bedrijfsuitoefening en ook te voorzien in klachtrecht met verplichte aansluiting bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (artikelen 3:10 en 4:17 Wft).

⁹ Artikel 46 Advocatenwet, artikel 93 Wet op het notarisambt, artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep, artikel 47 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

¹⁰ Artikel 3:17c Wft.

¹¹ Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 5 juni 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 11. De Afdeling wees op wettelijk geregeld tuchtrecht. Een delegatiegrondslag als in onderhavig voorstel is dan ook ongepast.

1. Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven door de voorgestelde verankering van het tuchtrecht voor verzekeraars te laten vervallen. Het verankeren van het tuchtrecht op zichzelf kan weliswaar bijdragen aan (versterking van) het vertrouwen in verzekeraars maar zal naar verwachting niet direct bijdragen aan een oplossing voor de in het onderzoek naar de oorzaken van langlopende letselschadezaken geconstateerde problemen bij de schade-afhandeling. Uit dit onderzoek blijkt immers dat in de meeste zaken verschillende omstandigheden debet zijn aan de lange duur van afhandeling, zoals het nog niet vaststaan van de medische eindtoestand, de benodigde tijd voor re-integratie in het arbeidsproces en de onduidelijkheid over de door het ongeval ontstane beperkingen. Het verankeren van het tuchtrecht voor verzekeraars brengt hierin geen verandering. Daarbij geldt dat tuchtrecht primair is gericht op het tegengaan van uitwassen en daarmee op het in stand houden van de eer en goede naam van de groep en niet zozeer op het beschermen van consumenten bij termijnoverschrijding in een individueel geval.

Voormeld onderzoek naar de oorzaken van langlopende letselschadezaken biedt handvatten om de afhandeling van langlopende letselschadezaken voor het slachtoffer beter te laten verlopen. Uit het onderzoek blijkt dat slachtoffers meer grip moeten krijgen op het proces en in dit kader meer inzicht moeten krijgen in de schade-afhandeling. Daarnaast dienen de snelheid en de kwaliteit van de schadeafhandeling te worden verbeterd, door het verkleinen van de afstand tussen slachtoffer en verzekeraar (depolarisatie). Heldere communicatie, het juiste verwachtingsmanagement bij het slachtoffer, goede bevoorschotting en samenwerking tussen de betrokkenen op basis van wederzijds vertrouwen en empathie zijn hierbij kernbegrippen, zo blijkt uit het onderzoek. In samenspraak met de professionals die zich bezighouden met de afhandeling van letselschade heeft De Letselschade Raad¹² verschillende verbetermaatregelen uitgewerkt en inmiddels in praktijk gebracht. De Minister voor Rechtsbescherming zal de Tweede Kamer na de zomer informeren over de voortgang van deze maatregelen. Het gaat onder meer om:

- het eerder en vaker inzetten door de betrokkenen professionals van onafhankelijke herstelbemiddeling door herstelcoaches en mediation in langlopende zaken. Een coach kan hulp bieden op praktisch, juridisch en psychosociaal terrein en geeft veel informatie, waardoor het slachtoffer zich kan richten op lichamelijk en emotioneel herstel;
- verdergaande normering van het proces en de uitgangspunten voor de schadevergoeding door De Letselschade Raad, waardoor het slachtoffer meer duidelijkheid wordt verschaft over het proces van schadeafhandeling. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij goede voorbeelden uit andere landen;
- de invoering van een Nationaal Keurmerk Letselschade. Dit keurmerk is toegankelijk voor alle dienstverleners in de branche, onder wie belangenbehartigers, advocaten en verzekeraars. Zij kunnen zich inschrijven in het register van het keurmerk, als zij voldoen aan de kwaliteitseisen die door de gezamenlijke branche worden opgesteld. De Letselschade Raad houdt toezicht op de naleving van deze eisen. Bij niet-naleving wordt de betrokkene persoon of organisatie uit het register van het keurmerk geroyeerd; en
- de oprichting van de Kamer voor Langlopende Letselschadezaken om bestaande langlopende zaken vlot te trekken, zodat slachtoffers verder kunnen met hun leven. De Kamer voorziet daartoe in onafhankelijke, laagdrempelige, snelle en kosteloze geschiloplossing.

¹² De Letselschade Raad is een onafhankelijke koepelorganisatie die bestaat uit veel partijen die betrokken zijn bij de behandeling van letselschadezaken. Dit betreffen onder meer Slachtofferhulp Nederland, de ANWB, het Verbond van Verzekeraars, letselschade-experts, geneeskundig adviseurs en arbeidsdeskundigen.

De Letselschade Raad monitort de effectiviteit van deze maatregelen door middel van cliënttevredenheidsonderzoeken en zal zo nodig in samenwerking met de professionals uit de letselschadebranche aanpassingen verrichten. De regering acht het – juist voor het slachtoffer – van belang dat deze maatregelen van de professionals in de letselschadebranche de kans krijgen om effect te sorteren. In zijn algemeenheid geldt dat het belang van de koepelorganisatie De Letselschade Raad en het daarbij behorende consensusmodel een belangrijke bijdrage levert aan het stroomlijnen van de letselschadepraktijk en door de regering wordt onderschreven.

Zoals hiervoor is vermeld is aan het advies van de Afdeling gevolg gegeven door de voorgestelde verankering van het tuchtrecht voor verzekeraars te laten vervallen. Toch hecht de regering eraan om voor de volledigheid nader in te gaan op de normadressaat van tuchtrecht.

Tuchtrecht beoogt primair de eer en goede naam van de groep in stand te houden. Het Nederlandse recht kent verschillende soorten tuchtrecht. Deze tuchtrechtelijke stelsels verschillen qua karakter, vormgeving en inrichting sterk van elkaar. Zo is er wettelijk tuchtrecht, niet-wettelijk tuchtrecht of een hybride vorm van tuchtrecht van zowel regulering als zelfregulering. Daarnaast richt het ene stelsel zich op het individu en het andere stelsel zich op de onderneming afhankelijk van de aard van de dienstverlening en de achtergrond van de totstandkoming van het stelsel. Deze verschillen nemen evenwel niet weg dat het gemeenschappelijk element is dat tuchtrecht groepsrecht is; het heeft tot doel bepaalde regels of normen binnen een groep te handhaven, zo ook de Afdeling. Daar doet de normadressaat niet aan af.

De Afdeling merkt terecht op dat het tuchtrecht in de verzekeringssector (voor leden van het Verbond van Verzekeraars) is gericht op de onderneming en niet op het individu zoals in andere tuchtrechtstelsels gebruikelijk is. De Afdeling verwijst hierbij naar het tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren, zoals advocaten, notarissen, accountants en artsen, en het tuchtrecht voor banken. Bij verzekeraars is echter geen sprake van een gereguleerd beroep. Voor (wettelijk gereguleerde) vrije beroepsbeoefenaren gelden specifieke beroepseisen die samenhangen met de aard van het beroep en bijvoorbeeld ook hun kernwaarden, ongeacht of deze al dan niet in loondienst opereren. Onderdeel hiervan zijn specifieke voor de beroepsbeoefenaren geldende gedragsregels en tuchtrecht. Bij dit tuchtrecht staat het handelen of nalaten van de individuele beroepsbeoefenaar in het kader van het uitgeoefende ambt of beroep centraal. Beroepsbeoefenaren hebben veelal een specifieke taak waarbij ze op persoonlijke titel (in plaats van uit naam van het bedrijf) en met veel discretionaire ruimte naar voren treden. Dit ligt anders voor medewerkers van een verzekeraar. Dit is een weinig homogene groep (met een grote verscheidenheid aan functies, werkzaamheden, en opleidingseisen) en ook nog eens beperkte discretionaire vrijheden. Zij opereren veelal als onderdeel van een totaalproces en treden bijvoorbeeld niet op persoonlijke titel in rechte op. Dit rechtvaardigt een andere benadering.

Bij banken is evenmin sprake van een gereguleerd beroep, maar bestaat er wel tuchtrecht gericht op de individuele medewerker. Dit hangt samen met de wijze van totstandkoming van het tuchtrecht voor banken. Het tuchtrecht voor banken is ontstaan in vervolg op de introductie van de wettelijke moreel-ethische verklaring (beter bekend als de bankierseed of -belofte). Deze moreel-ethische verklaring is – op uitdrukkelijk verzoek van de banken zelf – gericht op alle bankmedewerkers, hetgeen bij verzekeraars niet het geval is. Ook geldt dat er verschil is in de aard van dienstver-

lening tussen verzekeraars en banken. Bij banken hebben bankmedewerkers meer (en intensiever) klantcontact, zoals bij het geven van advies en bijzonder beheer, hetgeen een op individuele leest geschoeid tuchtrecht meer verklaart. In de financiële sector valt zowel voor tuchtrecht gericht op het individu als voor tuchtrecht gericht op de onderneming wat te zeggen. De gedachte achter het tuchtrecht voor de onderneming is dat fouten in de dienstverlening niet altijd eenduidig aan één of meer medewerkers van de onderneming zijn toe te rekenen en het van belang wordt geacht het gedrag van verzekeraars (bedrijfsprocessen en bedrijfskeuzes) langs de meetlat te leggen van «zorgvuldig en integer» handelen. Wat hier van zij, het is naar het oordeel van de regering van belang dat een consument een tuchtklacht kan indienen over het handelen of optreden (door een medewerker) bij een verzekeraar en dat de normen en waarden die binnen de groep (behoren te) gelden kunnen worden gehandhaafd. Het tuchtrecht voor verzekeraars voorziet hierin ook zonder wettelijke verankering.

Voor wat betreft de verhouding van tuchtrecht tot het prudentieel- en gedragstoezicht dat op grond van (Europese) wet- en regelgeving op verzekeraars wordt uitgeoefend, wordt voor de volledigheid het volgende opgemerkt omdat dit ook zonder wettelijke verankering geldt. Tuchtrecht heeft gemeenschappelijke kenmerken met andere rechtsgebieden: het strafrecht, het privaatrecht en het bestuursrecht. Het vormt evenwel naar zijn aard een rechtsgebied sui generis, met een eigen doelstelling, normenkader en toetsing die los staan van de functie van de andere genoemde rechtsgebieden. Het tuchtrecht staat dan ook niet in de weg aan bestuursrechtelijk optreden door DNB en de AFM dan wel strafrechtelijk optreden door het Openbaar Ministerie. Evenmin staat een tuchtrechtelijke procedure in de weg aan een privaatrechtelijke procedure, bijvoorbeeld om te komen tot de betaling van een schadevergoeding. Doorgaans zal van samenloop tussen bestuursrechtelijk toezicht door DNB en de AFM en tuchtrecht in beperkte mate sprake zijn, omdat het tuchtrecht zich richt op de naleving van gedragsnormen van de sector zelf, terwijl de bestuursrechtelijke handhaving zich richt op de naleving van wet- en regelgeving. De gedragsregels van de sector zelf zijn over het algemeen aanvullende c.q. andere normen dan de regels die neergelegd zijn in de Wft en daaronder hangende regelgeving. Daar waar de tuchtrechtelijke gedragsnormen en de bestuursrechtelijke regels elkaar raken of overlap vertonen, geldt dat het bestuursrechtelijk kader met toezicht van DNB en de AFM veelal is gericht op het generieke ondernemingsniveau in plaats van op een individueel geval zoals bij de toetsing door de tuchtrechter. Het bestuursrechtelijk kader ziet veelal op de verplichting voor financiële ondernemingen tot het hebben van procedures en maatregelen gericht op een bepaald doel en niet op naleving van een doel in een individueel geval. De tuchtrechter daarentegen toetst in een individueel geval of de binnen de sector algemeen aanvaarde en gebruikelijke gedragsnormen zijn nageleefd. Dat deze toetsing een sector-overstijgend belang kan hebben, doet aan dit onderscheid niet af.

2. Wijzigingen toezicht verzekeraars

Het wetsvoorstel brengt verder twee wijzigingen aan in het prudentieel toezicht voor verzekeraars met zetel in Nederland:

- *DNB moet eerst instemming verlenen alvorens een verzekeraar activa middels een herverzekering kan overdragen naar een derde land.¹³*
- *De verzekeraar moet eerst een verklaring van geen bezwaar van DNB verkrijgen als hij zijn kapitaalstructuur wil wijzigen door een verzoek in*

¹³ Artikel I, onderdeel T (artikel 3:267e Wft).

te dienen tot toelating tot de handel op een gereguleerde markt van aandelen of andere effecten waaraan zeggenschap is verbonden.¹⁴

a. Instemming voor activa-intensieve herverzekering

De toelichting signaleert een risico in de praktijk bij het overdragen van activa naar een derde land middels een activa-intensief herverzekeringscontract voor het prudent person-beginsel van de verzekeraar. Op grond van dat beginsel dient een verzekeraar alleen te beleggen in activa en instrumenten waarvan hij de risico's goed kan onderkennen, meten en beheersen, op een zodanige wijze dat de veiligheid, kwaliteit en liquiditeit en het rendement van de beleggingsportefeuille als geheel gewaarborgd zijn.¹⁵

De Afdeling merkt op dat uit de toelichting niet blijkt waarom een extra instemmingsvereiste in Nederland nodig en proportioneel is. Zo volgt uit de toelichting dat er geen risico is als een verzekeraar herverzekert naar een entiteit in een ander EU-land – waar het instemmingsvereiste niet geldt – en deze activa vervolgens aanhoudt in andere jurisdicties buiten de Europese Economische Ruimte, omdat in alle andere lidstaten het prudent person-beginsel geldt.¹⁶ Daarnaast is het prudent person-beginsel afhankelijk van meerdere (wisselende) factoren, zoals de economische situatie van dat moment en de gehele beleggingsportefeuille van de verzekeraar. Zonder nadere duiding in het voorstel valt te verwachten dat zich in de praktijk geschillen voordoen, over de uitleg van het prudent person-beginsel. De invulling van het prudent person-beginsel zal namelijk lastiger aan te tonen zijn bij een specifieke activapost op een specifiek moment.

b. Verklaring van geen bezwaar voor beursgang

Volgens de toelichting is een extra stap bij een beursgang van een verzekeraar nodig, omdat een beursnotering van deelnemingsrechten een verhoogde druk legt op de verzekeraar in het algemeen en op de risicomanagementfunctie in het bijzonder. Ook kan bij een notering van een bepaalde omvang een externe invloed op de verzekeraar ontstaan die de solvabiliteit van de verzekeraar negatief beïnvloedt.

In de huidige wetgeving is reeds voorafgaande toestemming van DNB vereist voordat een onderneming of een natuurlijk persoon een gekwalificeerde deelneming in een (andere) verzekeraar mag verwerven (bijvoorbeeld via fusie of overname).¹⁷ Ook gelden voor de verzekeraar solvabiliteitsvereisten. En ziet de Afdeling het goed dan gelden bij een beursnotering (aan een gereguleerde markt) reeds meerdere regels, voorschriften en codes die met een beursnotering samenhangen. Hierbij kan, naast de prospectusplicht,¹⁸ onder andere worden gedacht aan de Corporate Governance Code, voorschriften omtrent verslaglegging en informatievoorziening op grond van hoofdstuk 5.1a Wft, het inhoudelijk toezicht op de jaar- en halfjaarverslaglegging via de Wet toezicht

¹⁴ Artikel I, onderdeel R (artikel 3:97, onderdeel b Wft).

¹⁵ Artikel 132 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 (Solvabiliteit II) (PbEU 2009, L 335). In Nederland geïmplementeerd in artikel 3:267h Wft en de artikelen 118–122 Besluit prudentiële regels Wft.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 8.

¹⁷ Artikel 3:95 Wft.

¹⁸ Artikel 3 Verordening (EU) nr. 2017/1129 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 betreffende het prospectus dat moet worden gepubliceerd wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel op een gereguleerde markt worden toegelaten en tot intrekking van Richtlijn 2003/71/EG (PbEU 2017, L 168).

financiële verslaggeving en meldingsregels voor aandeelhouders die een substantieel belang houden op grond van hoofdstuk 5.3 Wft.

De Afdeling merkt op dat de toelichting niet ingaat op de vraag waarom de huidige regels de genoemde risico's onvoldoende beheersen.

c. Conclusie

De voorstellen tot verzwarend van het toezicht op verzekeraars komen bovenop bestaande regels, waarbij de genoemde risico's niet nieuw of anders lijken te zijn. Onduidelijk blijft waarom de huidige regels niet volstaan. In dat licht is de toegevoegde waarde van beide voorstellen onvoldoende gemotiveerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan en het wetsvoorstel aan te passen.

2. De Afdeling merkt op dat uit de memorie van toelichting niet blijkt waarom een extra instemmingsvereiste bij het overdragen van activa naar een derde land door middel van een activa-intensief herverzekeringsovereenkomst in Nederland nodig en proportioneel is.

Marktpartijen die Nederlandse verzekeraars overnemen overwegen relatief vaak een activa-intensieve herverzekeringsovereenkomst. De achtergrond hiervan is dat er in Nederland ten opzichte van andere Europese landen relatief veel verzekeraars met langlopende verplichtingen zijn, zoals uitvaartverzekeraars en levensverzekeraars, die om deze reden veel activa onder beheer hebben. Het is daarom van belang dat DNB tijdig en goed toezicht kan houden op dit type herverzekeringsovereenkomsten. Dergelijke overeenkomsten kunnen verhaalrisico's met zich brengen omdat het in derde landen van toepassing zijnde juridische faillissementskader niet aansluit op het Europese en Nederlandse kader. Bovendien kan het voorkomen dat het Europese en Nederlandse kader niet wordt erkend in dat derde land. DNB moet in staat zijn effectieve maatregelen te nemen in het geval de verzekeraar zich in moeilijkheden bevindt. Om deze reden, en om de hiervoor geschetste verhaalrisico's te ondervangen, zal DNB slechts instemmen met het aanhouden van activa in een derde land via een herverzekeringsovereenkomst indien de toepassing van de prudent-person regel is gewaarborgd gedurende de gehele looptijd van het herverzekeringsovereenkomst. Verzekeraars die dergelijke overeenkomsten sluiten, zijn zich er in de praktijk niet altijd van bewust dat het verplaatsen van activa via herverzekering naar een derde land in elk geval extra juridische inspanning vergt om te allen tijde te kunnen blijven voldoen aan de prudent-person regel. Gelet hierop is het instemmingsvereiste noodzakelijk en proportioneel.

De Afdeling wijst er in het kader van noodzaak en proportionaliteit voorts op dat uit de memorie van toelichting volgt dat er *geen* risico is als een verzekeraar herverzekert naar een entiteit in een ander EU-land – waar het instemmingsvereiste niet geldt – en deze activa vervolgens aanhoudt in andere jurisdicties buiten de Europese Economische Ruimte. Echter, ook in dergelijke gevallen is instemming van DNB vereist. Immers, op grond van artikel 3:267e, eerste lid, Wft geldt het instemmingsvereiste als de herverzekering erin voorziet dat die andere verzekeraar *op enig moment activa kan aanhouden in een staat die geen lidstaat is*. Het instemmingsvereiste geldt dus onafhankelijk van waar de (her)verzekeraar is gevestigd. De cederende verzekeraar blijft verantwoordelijk voor de naleving van dit vereiste. Hij zal om deze reden in de herverzekeringsovereenkomst willen bedingen dat er geen verplaatsing van activa naar derde landen plaatsvindt, tenzij daarover nadere afspraken worden gemaakt en DNB met dit

voornemen heeft ingestemd. Het algemeen deel van de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat zonder nadere duiding in het wetsvoorstel valt te verwachten dat zich in de praktijk geschillen zullen voordoen over de uitleg van het prudent-person beginsel. Zo zal de invulling van de prudent-person regel volgens de Afdeling lastiger aan te tonen zijn bij een specifieke activapost op een specifiek moment. Echter, bij de beoordeling of een verzekeraar voldoet aan de prudent-person regel als bedoeld in artikel 3:267e, tweede lid, Wft, wordt de gehele activaportefeuille in ogenschouw genomen en niet slechts een specifieke activapost. Een herverzekeringsovereenkomst kan op individuele basis risicovol zijn, terwijl dit op portefeuilleniveau minder het geval is (bijvoorbeeld omdat de portefeuille van de verzekeraar goed is gediversifieerd). De uitleg die in dit voorstel aan het prudent-person beginsel wordt gegeven volgt uit het Europese kader dat door de richtlijn solvabiliteit II wordt geboden, waardoor geschillen over de uitleg niet worden verwacht. Het doel is om te waarborgen dat de verzekeraar, wanneer hij activa ten behoeve van polishouderverplichtingen via herverzekeringsovereenkomsten lokaliseert in derde landen, aantoont dat de beschikbaarheid over die activa is gewaarborgd. Deze toets is niet noodzakelijk wanneer die activa binnen de EU blijven. Dit punt is in de artikelsgewijze toelichting verduidelijkt.

In de memorie van toelichting is toegelicht dat een verklaring van geen bezwaar voor een beursgang noodzakelijk is, omdat een beursgang een verhoogde druk legt op de verzekeraar in het algemeen en de risicomanagementfunctie in het bijzonder. Ook brengen de transparantieplichtingen die met een beursgang gepaard gaan reputatierisico's mee. Verder kan een verzekeraar bij een beursnotering worden blootgesteld aan externe invloeden waar zij voorheen niet aan blootstond, zoals schommellende beurskoersen. Dit kan impact hebben op het vertrouwen in de verzekeraar, hetgeen de solvabiliteit van de verzekeraar vervolgens negatief kan beïnvloeden.

De Afdeling merkt op dat uit de memorie van toelichting niet blijkt waarom het huidige wettelijk kader met betrekking tot gekwalificeerde deelnemingen in verzekeraars, solvabiliteitsvereisten en beursnoteringen niet volstaat om deze risico's te beheersen.

Een beursgang is een impactvolle gebeurtenis met veel gevolgen voor de desbetreffende verzekeraar. Met behulp van de plicht tot het verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) kan DNB vooraf toetsen of sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering bij en na de beursgang. In het bijzonder kan DNB vooraf toetsen of de bedrijfsvoering geëquipeerd is voor de aanvullende verantwoordelijkheden die een beursnotering impliceren. Ook kan DNB vooraf toetsen of de governance van de verzekeraar doeltreffend is. DNB kan bijvoorbeeld onderzoeken of de reputatierisico's die het gevolg zijn van de bovengenoemde transparantieplichtingen voldoende kunnen worden beheerst. Verder kan DNB toetsen of bovenstaande risico's zijn meegenomen bij de vaststelling van de solvabiliteitsvereisten.

Het hierboven genoemde huidige regelgevend kader volstaat niet, omdat deze regels DNB niet *vooraf* de mogelijkheid geven om te toetsen of sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering bij de beursgang. Zo kan een gezonde solvabiliteitsbuffer van de verzekeraar weliswaar helpen bij het opvangen van eventuele negatieve financiële gevolgen van de beursgang, maar kan deze buffer geen bijdrage leveren aan het vooraf beperken van de hierboven genoemde risico's. Ook worden de risico's van een beursgang niet gedekt door de wetsartikelen over gekwalificeerde

deelnemingen; deze zien op specifieke aandeelhouders in plaats van op beursgangen. Juist omdat er reeds meerdere regels, voorschriften en codes met een beursnotering samenhangen, wil DNB vooraf kunnen vaststellen of de bedrijfsvoering voldoende in staat is om blijvend aan deze vereisten te voldoen. Het vertrouwen in de verzekeraar en – in bredere zin – de gehele verzekeringssector, kan immers beschadigd worden indien achteraf blijkt dat de verzekeraar niet in staat was om aan de geldende normen te voldoen. Daarenboven dient dit voorstel ook om de stabiliteit van de verzekeraar te waarborgen.

3. Europese ontwikkelingen

De meeste (prudentiële) regelgeving voor verzekeraars is op Europees niveau bepaald.¹⁹ Op 22 september 2021 is een voorstel gepubliceerd tot herziening van deze regels door de Europese Commissie.²⁰ Het voorstel wil het prudentieel kader voor de verzekeringssector op alomvattende manier herzien, en gaat in op een breed scala van onderwerpen, waaronder grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten.

De Afdeling merkt daarbij op dat de geschetste problematiek van de voorstellen in punten 1 en 2 van dit advies niet specifiek Nederlands lijken te zijn en grensoverschrijdende implicaties kunnen hebben. Gelet op het voorstel van de Europese Commissie is het onduidelijk of de voorgestelde maatregelen ook op EU-niveau zijn ingebracht bij de onderhandelingen.²¹ Het ligt in de rede dat in zo'n geval een lidstaat, als nationale wetgever en feitelijk «medewetgever van de Unie», op het niveau van de Europese Unie overleg voert om overlap of tegenstrijdige regelgeving te voorkomen. Hoe dan ook dient bij voorstellen op dit beleidsterrein zonder Europese herkomst te worden afgewogen of ze in overeenstemming zijn met de Unierechtelijke beginselen van vrij verkeer. De toelichting geeft hier geen blijk van.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

3. De Afdeling vraagt zich verder af waarom voorgestelde maatregelen niet op Europees niveau zijn ingebracht in de onderhandelingen en verwijst daarbij naar het BNC-fiche Herziening Richtlijn solvabiliteit II.²² In de periode voordat de Europese Commissie haar voorstel tot aanpassing van de richtlijn solvabiliteit II²³ presenteerde, heeft Nederland in informele overleggen met andere lidstaten en de Commissie de risico's voor polishouders aangekaart die gepaard gaan met het lokaliseren van activa voor polishouders in derde landen. Er bleek destijds onvoldoende gedeeld belang te bestaan om het stellen van beperkende regels voor het verplaatsen van activa naar derde landen mogelijk te maken. Men vond het afdoende dat via de richtlijn solvabiliteit II is geregeld dat activa te allen tijde beschikbaar dienen te zijn (op grond van het prudent person-

¹⁹ Het wetgevend kader bestaat uit de Solvabiliteit II en de nadere invullingen daarvan in de vorm van de Gedelegeerde Verordening, technische standaarden en richtsnoeren.

²⁰ Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2009/138/EG wat betreft evenredigheid, kwaliteit van het toezicht, rapportage, langetermijngarantiemaatregelen, macroprudentiële instrumenten, duurzaamheidsrisico's, groepstoezicht en grensoverschrijdend toezicht (COM(2021) 581 final).

²¹ Kamerstukken II 2021/22, 22 112, nr. 3236: In het BNC-fiche «Herziening Richtlijn Solvency II» van 29 oktober 2021 worden de voorstellen, noch de problematiek aangehaald.

²² Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2021/10/22/fiche-4-herziening-richtlijn-solvency-ii>.

²³ 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 (Solvabiliteit II) (herschikking) (PbEU 2009, L 335).

beginsel), ook als deze zich in een derde land bevinden. Vanwege het feit dat Nederland ten opzichte van andere Europese landen relatief veel levensverzekeraars met langlopende verplichtingen kent die veel activa beheren, wordt een instemmingsprocedure op nationaal niveau om de beschikbaarheid van deze activa in Nederland (op grond van het prudent person-beginsel) verder te waarborgen, noodzakelijk geacht.

Tijdens de onderhandelingen rondom de herziening van de richtlijn solvabiliteit II uitte Italië de wens om het herverzekeren in derde landen met nadere regels te omkleden. Nederland heeft dit gesteund en het voorzitterschap en de Europese Commissie geïnformeerd over het onderhavige voorstel tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving. In de Raad bestond echter onvoldoende steun om de richtlijn op dit punt aan te passen. Wel heeft de Commissie toegezegd om te bezien of in de gedelegeerde verordening solvabiliteit II²⁴ extra eisen gesteld kunnen worden aan herverzekeringen.

Momenteel bevindt het voorstel tot Herziening van de Richtlijn solvabiliteit II zich in eerste lezing bij het Europees Parlement. De verwachting is dat de onderhandelingen over dit voorstel in triloog na de zomer van start kunnen gaan. Dan zal duidelijk worden hoe de definitieve aanpassing van de richtlijn eruit zal zien en op welke onderdelen de Commissie nadere regels mag stellen in de gedelegeerde verordening solvabiliteit II. Op dat moment zal naar verwachting ook duidelijkheid ontstaan hoe de Commissie de regels met betrekking tot herverzekering zal aanpassen. Het nieuwe solvabiliteitskader kan, gelet op de tijdslijnen rondom het onderhandelingsproces en de implementatietermijn, op zijn vroegst in 2026 ingaan. Omdat het onzeker is of de Commissie het door Nederland gesignaleerde risico ten aanzien van herverzekeringen naar derde landen meeneemt, is besloten tot deze aanvullende bevoegdheid van DNB.

De Afdeling merkt tot slot op dat in de memorie van toelichting niet is opgenomen hoe de instemmingsplicht voor activa-intensieve herverzekeringen zich verhoudt met de Unierechtelijke beginselen van vrij verkeer. Voor zover de maatregelen een belemmering vormen van het Unierechtelijk vrij verkeer, is deze belemmering gerechtvaardigd door de bescherming van polishouders die met het voorstel wordt bereikt. Om de beschikbaarheid van activa ter financiering van polishouderclaims te waarborgen, is het noodzakelijk dat DNB vooraf toetst of de activa-intensieve herverzekering in lijn is met de prudent-person regels, uit de richtlijn solvabiliteit II. De maatregel is proportioneel omdat een toetsing vooraf essentieel is om de beschikbaarheid van de activa, die betrokken zijn bij de activa-intensieve herverzekering, te waarborgen. Een toetsing achteraf zou niet op dezelfde manier kunnen waarborgen dat de activa in geval van moeilijkheden bij een ontvangende (her)verzekeraar beschikbaar blijven. Het algemeen deel van de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

De wens om te komen tot de voorgestelde maatregel voor een verklaring van geen bezwaar bij de beursgang van een verzekeraar is niet opgekomen tijdens de onderhandelingen over de herziening van de richtlijn solvabiliteit II. Zodra zich een gelegenheid voordoet tijdens de triloog zal deze maatregel ook op EU-niveau worden ingebracht.

²⁴ Gedelegeerde verordening (EU) nr. 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2015, L 12).

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De Vice-President van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

4. Van de gelegenheid is gebruikgemaakt om enkele artikelonderdelen te laten vervallen, omdat deze onderdelen al zijn opgenomen in de Implementatiewet richtlijn herstellepakket beleggingsondernemingen.²⁵ Tevens is een onderdeel ingevoegd dat foutieve verwijzingen in artikel 3:4 Wft herstelt (artikel I, onderdeel M).

Ook is van de gelegenheid gebruik gemaakt om artikel 12c van de Bankwet 1998 aan te passen (artikel VIII), door in plaats van een verwijzing naar artikel 12a van die wet te kiezen voor de formulering «een directeur verantwoordelijk voor het toezicht op de bewuste entiteit». Dit heeft te maken met de interne organisatie van DNB waarbij naast de toezichtdirecteuren, belast met (o.a.) het toezicht op banken en verzekeraars, ook de directeur monetaire zaken een toezichtstaak heeft, te weten voor centrale tegenpartijen. Door aanpassing van de formulering kan de verantwoordelijke directeur voor het toezicht van een entiteit een beoordeling of sprake is van het falen of waarschijnlijk falen van een entiteit ter besluitvorming inbrengen. Met het wijzigen van het artikel zijn er ook enkele aanpassingen gemaakt in de algemene en artikelsgewijze toelichting met betrekking tot dit onderwerp.

Ik verzoek U het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
S.A.M. Kaag

²⁵ Het gaat om de artikelen 2:69, eerste lid, onderdeel c, 2:124, zesde lid, en 2:124.0a van de Wet op het financieel toezicht, opgenomen in artikel I, onderdelen K, M en N in de versie van het wetsvoorstel dat naar de Raad van State is gestuurd.