

No.W06.11.0550/III

's-Gravenhage, 18 april 2012

Bij Kabinetsmissive van 29 december 2011, no.11.003156, 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 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en het Burgerlijk Wetboek ter implementatie van de richtlijn solvabiliteit II en invoering van een daarop gebaseerd regime voor bepaalde kleinere verzekeraars (Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf¹ (hierna: de richtlijn). De richtlijn omvat een herziening en herschikking van een groot aantal bestaande Europese richtlijnen.

De richtlijn voorziet in een nieuw kader voor het prudentieel toezicht op verzekeraars en is vormgegeven langs drie pijlers: (1) kwantitatieve financiële eisen, (2) kwalitatieve eisen en het toezichtproces en (3) toezichtrapportage en openbaarmaking van informatie. Voor verzekeraars betekent de implementatie van de richtlijn in het algemeen een verzwaring van solvabiliteitseisen. De richtlijn introduceert daarnaast de verplichting voor verzekeraars om activa en passiva op marktwaarde te waarderen en stelt eisen aan de governance van verzekeraars door het verplichtstellen van een risicobeheerssysteem.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot het voorgestelde artikel 1:58e, het proportionaliteitsbeginsel, grensoverschrijdende activiteiten door verzekeraars met een beperkte risico-omvang, het toezichtkader op verzekeraars uit derde landen, het toezicht op natura-uitvaartverzekeraars en zorgverzekeraars. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Artikel 1:58e: handhaving

Het voorgestelde artikel 1:58e van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) bepaalt dat de Nederlandsche Bank (hierna: DNB), al dan niet in de rol van groepstoezichthouder, jegens een verzekeringsholding met zetel in Nederland kan optreden indien door die holding of een van de verzekeraars in de groep in strijd wordt gehandeld met 'het bepaalde in hoofdstuk 3.6 of met bepalingen van andere lidstaten die met de strekking van dat hoofdstuk overeenkomen.' De Afdeling merkt daarover het volgende op.

Blijkens de toelichting strekt de bepaling tot implementatie van artikel 258, eerste lid, van de richtlijn.² Artikel 258 van de richtlijn ziet op handhaving van de voorschriften uit de richtlijn gericht op verzekeringsgroepen (de artikelen 218 tot en met 246 van de richtlijn). Artikel 258, eerste lid, beantwoordt de vraag welke toezichthouder maatregelen neemt in het geval door een lid van de groep voorschriften niet worden

¹ PbEU 2011 L 335

² Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel K.

nageleefd dan wel indien een bedreiging ontstaat voor de financiële positie van de groep. Artikel 258, eerste lid, eerste alinea, van de richtlijn bepaalt dat de groepstoezichthouder zich richt tot de verzekeringsholding (onderdeel a) en de toezichthoudende autoriteiten tot de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in de groep (onderdeel b). De tweede en derde alinea onderscheiden situaties waarin de groepstoezichthouder, kort gezegd, niet gevestigd is in de lidstaat waar de onderneming die de voorschriften niet naleeft gevestigd is. In een dergelijk geval stelt de groepstoezichthouder de toezichthoudende instantie van de betreffende lidstaat in kennis van zijn bevindingen, opdat deze de nodige maatregelen kan nemen.

De Afdeling is er niet op voorhand van overtuigd dat uit artikel 258, eerste lid, van de richtlijn volgt dat door de toezichthouder die verantwoordelijk is ten aanzien van de verzekeringsholding, jegens die verzekeringsholding handhavingsmaatregelen dienen te worden genomen in alle gevallen dat een dochteronderneming relevante bepalingen niet naleeft. Handhaving zal in een dergelijk geval immers in eerste instantie plaatsvinden door de toezichthoudende instantie in de lidstaat waar de dochteronderneming haar zetel heeft (artikel 258, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn).

De Afdeling merkt vervolgens op dat het opleggen van sancties aan de holding wegens overtreding van voorschriften die niet op voorhand gespecificeerd zijn ('bepalingen van andere lidstaten die met de strekking van dat hoofdstuk overeenkomen'), problematisch is. De vraag doet zich voor hoe voor de holding duidelijk kan zijn welke bepalingen van andere lidstaten met de strekking van hoofdstuk 3.6. Wft overeenkomen.³ Bepalingen die door sancties gehandhaafd worden, dienen nauwkeurig geformuleerd te worden, zodat de overtreder duidelijk is wat hem verweten wordt. De thans gekozen opzet voldoet naar het oordeel van de Afdeling niet zonder meer aan het uitgangspunt dat geen straf kan worden opgelegd zonder voorgaande strafbepaling. Dit is temeer van belang, nu het bij de voorgestelde handhavingsmaatregelen kan gaan om een bestraffende sanctie⁴ die kan worden opgelegd aan een entiteit (de verzekeringsholding) die slechts 'indirect' bij de overtreding is betrokken. De overtreding van de genoemde voorschriften vindt immers niet plaats door de holding zelf, maar door 'een van de verzekeraars die deel uitmaken van de groep'.

De Afdeling adviseert artikel 1:58e Wft in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

2. Proportionaliteitsbeginsel

De voorgestelde artikelen 2:3.0 en 3:4a Wft bepalen dat het bepaalde ingevolge het Deel Markttoegang financiële ondernemingen respectievelijk het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen van de Wft⁵ op verzekeraars wordt toegepast op een wijze die proportioneel is ten aanzien van de aard, omvang en complexiteit van de risico's die verbonden zijn aan de desbetreffende verzekeraar. Hiermee wordt, aldus

³ De vraag is overigens evenzo op welke wijze dat voor de toezichthouder kenbaar kan zijn.

⁴ Artikel 1:80 Wft ziet op het opleggen van een bestuurlijke boete door de toezichthouder.

⁵ Het Deel markttoegang financiële ondernemingen voorziet in regels ter zake van de toetreding van financiële ondernemingen tot de Nederlandse financiële markten. Hiertoe behoren in de eerste plaats de vergunningeisen. Het Deel prudentieel toezicht financiële ondernemingen voorziet in regels ter bevordering van de soliditeit van financiële ondernemingen. Hiertoe behoren onder andere de solvabiliteits- en liquiditeitsvereisten.

de toelichting, het proportionaliteitsbeginsel zoals dat in artikel 29, derde lid, van de richtlijn is geformuleerd, in de Wft opgenomen.⁶

De Afdeling is van oordeel dat uit de toelichting onvoldoende duidelijk wordt waartoe de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel op het "deel markttoegang" en "deel prudentieel toezicht" leidt. De toelichting geeft weliswaar aan dat de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel wordt bepaald door het individuele risicoprofiel van de verzekeraar en de groep, waarbij de criteria aard, omvang en complexiteit van de risico's worden genoemd, maar de toelichting hanteert daarbij slechts algemene termen. Het ligt, gelet op de aard van de bepalingen en de vereiste rechtszekerheid voor financiële ondernemingen, naar het oordeel van de Afdeling niet in de rede om de toepassing van die bepalingen in Deel 2 (Markttoegang financiële ondernemingen) en Deel 3 (Prudentieel toezicht financiële ondernemingen) van de Wft vooraf op generieke wijze te clausuleren. De Afdeling meent dat er aanleiding is om deze bepalingen nader uit te werken.

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

3. Grensoverschrijdende activiteiten door verzekeraars met een beperkte risico-omvang

Het voorstel introduceert een nieuwe categorie verzekeraars, te weten de verzekeraar met beperkte risico-omvang.⁷ Een verzekeraar met beperkte risico-omvang blijft onder de drempelwaarden, genoemd in artikel 4 van de richtlijn, en blijft daarmee buiten het bereik van de richtlijn.

Verzekeraars die binnen het bereik van de richtlijn vallen, kunnen op grond van het zogenoemde Europees paspoort⁸ met gebruikmaking van een bijkantoor of door het verrichten van diensten grensoverschrijdende activiteiten verrichten. Omdat een verzekeraar met een beperkte risico-omvang buiten het bereik van de richtlijn valt, kan hij geen gebruik maken van het Europees paspoort. Met het oog hierop wijzigt het voorstel de artikelen 2:116 en 2:119 Wft.

Op grond van de artikelen 2:115 en 2:118 Wft dient een levens- of schadeverzekeraar die voornemens is vanuit een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor respectievelijk door middel van het verrichten van diensten naar een andere lidstaat zijn bedrijf uit te oefenen, vooraf instemming te verkrijgen van DNB. De artikelen 2:116 en 2:119 Wft bepalen dat DNB instemt met een dergelijk verzoek tenzij, kort gezegd, de governance of de financiële positie van de verzekeraar ontoereikend is. DNB doet mededeling van een dergelijk besluit aan de toezichthoudende instantie in de lidstaat waar de verzekeraar voornemens is zijn bedrijf uit te oefenen.

De Afdeling constateert dat in het voorstel de artikelen 2:116 en 2:119 Wft slechts in die zin worden aangepast, dat de bepalingen ter zake van de mededeling van DNB

⁶ Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel U.

⁷ Blijkens voorgesteld artikel 1:1 Wft wordt onder verzekeraar met beperkte risico-omvang verstaan: (a) een levensverzekeraar of schadeverzekeraar op wie ingevolge artikel 4 van de richtlijn solvabiliteit II en het ingevolge deze wet bepaalde een aangepast toezichtkader van toepassing is of (b) een natura-uitvaartverzekeraar;

⁸ Een Europees paspoort biedt financiële ondernemingen die beschikken over een vergunning in de lidstaat waar zij hun zetel hebben (lidstaat van herkomst) de mogelijkheid om zonder vergunning gebruikmaking van een bijkantoor of door het verrichten van diensten activiteiten te verrichten in andere EU-lidstaten (lidstaat van ontvangst).

aan de toezichhoudende instantie in de lidstaat waar de verzekeraar voornemens is zijn bedrijf uit te oefenen, niet van toepassing worden verklaard op aanvragen door verzekeraars met beperkte risico-omvang.

De Afdeling meent dat daarmee de hoofdregel uit de artikelen 2:116 en 2:119 Wft – te weten dat DNB in beginsel instemt met het voornemen van de verzekeraar – van toepassing blijft op verzekeraars met een beperkte risico-omvang. Het vereiste dat de verzekeraar in de lidstaat van ontvangst beschikt over een vergunning voor het uitvoeren van de activiteiten, wordt niet gesteld. De Afdeling meent dat dit suggereert dat deze categorie verzekeraars gebruik kan maken van een Europees paspoort. Deze suggestie dient naar het oordeel van de Afdeling in het voorstel te worden weggenomen.

De Afdeling adviseert de toelichting bij de artikelen 2:116 en 2:119 Wft aan te vullen en het voorstel aan te passen.

4. Toezichtkader op verzekeraars uit derde landen

De richtlijn geeft in de artikelen 260 en verder een kader voor toezicht op verzekeringsgroepen waarvan de moederonderneming zich buiten de Europese Unie bevindt. Artikel 260 van de richtlijn bepaalt dat de toezichhoudende autoriteiten in een dergelijk geval verifiëren of op de ondernemingen die buiten de Unie zijn gevestigd, toezicht wordt gehouden dat gelijkwaardig is aan het toezicht dat op grond van de richtlijn in de Europese Unie wordt uitgeoefend. Als sprake is van gelijkwaardig toezicht, dan vertrouwen de lidstaten op het toezicht dat wordt uitgeoefend door de autoriteiten van het derde land (artikel 261 van de richtlijn en artikel 3:288j Wft).

Ingeval geen gelijkwaardig toezicht wordt uitgeoefend, bepaalt artikel 262 van de richtlijn dat de toezichhoudende instanties een aantal bepalingen uit de richtlijn naar analogie kunnen toepassen (artikel 262, eerste lid, eerste alinea), danwel dat zij andere methoden toepassen die een passend toezicht waarborgen (artikel 262, tweede lid, eerste alinea).

Artikel 262 van de richtlijn is geïmplementeerd in het voorgestelde artikel 3:288k Wft. Dat artikel bepaalt dat, indien geen sprake is van gelijkwaardig toezicht, een aantal artikelen van overeenkomstige toepassing is, of een van de in het vierde lid bedoelde methoden wordt toegepast. Artikel 3:288k, vierde lid, bepaalt dat DNB andere methoden kan toepassen die passend toezicht waarborgen op herverzekeraars, levensverzekeraars en schadeverzekeraars in een verzekeringsrichtlijnsgroep.

De Afdeling constateert dat in de tekst noch in de toelichting wordt gespecificeerd welke 'andere methoden' DNB in haar toezicht kan toepassen. De toelichting verwijst slechts naar artikel 262, tweede lid, tweede alinea, van de richtlijn, dat stelt dat de toezichhoudende autoriteiten kunnen verlangen dat een verzekeringsholding met hoofdkantoor in de Europese Unie wordt opgericht.⁹ De Afdeling meent dat daarmee slechts één mogelijke methode van toezicht wordt geschetst.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader inzicht te geven in de wijze waarop DNB voornemens is uitvoering te geven aan het toezicht, indien geen sprake is van

⁹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel DA.

gelijkwaardig toezicht als bedoeld in artikel 3:288j en de in artikel 3:288k, eerste lid, Wft, genoemde bepalingen niet worden toegepast.

5. Toezicht op natura-uitvaartverzekeraars

Natura-uitvaartverzekeraars vallen op grond van artikel 10 van de richtlijn buiten het bereik van de richtlijn. De richtlijn laat ook geen ruimte om natura-uitvaartverzekeraars toch binnen de reikwijdte te scharen.

Thans wordt voorgesteld om op natura-uitvaartverzekeraars (en verzekeraars met een beperkte risico-omvang die om die reden ook buiten het toepassingsbereik van de richtlijn vallen¹⁰) een nationaal regime 'Solvency II Basic' toe te passen. Natura-uitvaartverzekeraars worden om dezelfde reden ook niet betrokken in het groepstoezicht op basis van de richtlijn. De toelichting vermeldt dat natura-uitvaartverzekeraars worden betrokken in het Solvency II Basic-groepstoezicht.¹¹ Solvency II Basic-groepstoezicht kan aldus worden uitgeoefend op levens- en schadeverzekeraars met beperkte risico-omvang en op natura-uitvaartverzekeraars.

De toelichting vermeldt echter niet hoe het toezicht zal worden vormgegeven in het geval een natura-uitvaartverzekeraar deel uitmaakt van een groep die, zonder de natura-uitvaartverzekeraar, de drempelwaarden voor groepstoezicht op basis van de richtlijn overschrijdt.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.

6. Zorgverzekeraars

Bij de totstandkoming van de Zorgverzekeringswet (Zvw) is aan de orde geweest dat de toen geldende Europese richtlijnen inzake het verzekeringsbedrijf van toepassing waren. De vraag die in dit verband opkwam was, of een inbreuk op de voorschriften van deze richtlijnen gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het algemeen belang op grond van artikel 54 van de derde richtlijn schadeverzekering.¹² In de memorie van toelichting bij de Zvw werd deze vraag bevestigend beantwoord en werd hierbij met name verwezen naar een brief van de Europese Commissie.¹³

Genoemd artikel 54 van de derde richtlijn schadeverzekering is vervangen door het nieuwe artikel 206 van de richtlijn. De opzet is daarbij enigszins gewijzigd, maar de strekking ervan lijkt de Afdeling nog dezelfde te zijn. Gelet op het belang van dit aspect voor het functioneren van het stelsel van de Zvw acht de Afdeling het wenselijk dat in de toelichting nader wordt ingegaan op de wijzigingen in artikel 206 van de richtlijn ten opzichte van artikel 54 van de derde richtlijn schadeverzekering en de betekenis van die wijzigingen voor het stelsel van de Zvw.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

¹⁰ Een natura-uitvaartverzekeraar kan een omvang hebben die de drempelwaarden voor 'verzekeraars met een beperkte risico-omvang' overschrijdt.

¹¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 1, onderdeel A.

¹² Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (derde richtlijn schadeverzekering). (PbEG 1992 L 228).

¹³ Kamerstukken II 2003/2004, 29 763, nr. 3.

7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

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

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.11.0550/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In de in artikel 1:1 Wft voorgestelde definitie van 'bijkantoor' tot uitdrukking brengen dat een bijkantoor van een verzekeraar gevestigd is in een andere staat dan de staat van de zetel.
- De grondslagen voor nadere regelgeving in de artikelen 1:24, 1:51e en 1:65 Wft nader clausuleren.
- De in voorgesteld artikel 1:55a Wft opgenomen verwijzing naar artikel 1:71, eerste lid, verduidelijken in de toelichting.
- Het in artikel I, onderdeel U, in te voegen artikel nummeren als 2:2a of 2:3a.
- De in artikel I, onderdeel V, voorgestelde aanpassing van het vierde lid van artikel 2:31 Wft beperken tot de vrijwillige deelname aan het volledige Solvency II-regime, nu van 'migratie' naar Solvency Basic slechts sprake kan zijn als de verzekeraar al over een vergunning beschikt.
- In de artikelen 2:35, 2:38, eerste lid, en 2:39, eerste lid, Wft tot uitdrukking brengen dat de verzekeraar ingevolge de richtlijn niet beschikt over een paspoort. Het invoegen van de zinsnede 'geen verzekeraar met beperkte risico-omvang is' is daarvoor onvoldoende, nu de definitie in artikel 1:1 vereist dat op deze verzekeraar ingevolge de Wft een aangepast toezichtregime van toepassing is, hetgeen niet geldt voor verzekeraars met zetel in een andere lidstaat. Daarnaast wordt geen uitzondering gemaakt voor verzekeraars die hun lidstaat van herkomst vrijwillig hebben gekozen voor het volledig Solvency II-regime.
- In het artikel I, onderdeel AC, te wijzigen artikel 2:54b Wft de verwijzing naar artikel 211, tweede lid, van de richtlijn schrappen nu het een regelingsopdracht aan de Europese Commissie betreft. Indien niet kan worden gewacht op de uitvoeringsverordening de relevante voorschriften in de wet opnemen.
- In het in artikel I, onderdeel BZ, te wijzigen 3:132, eerste lid, Wft formuleren als: 'De Nederlandsche Bank kan in krachtens het vierde lid te bepalen omstandigheden een verzekeraar met zetel in Nederland een kapitaalopslag op het solvabiliteitskapitaalvereiste opleggen.' Voorts het voorgestelde derde lid schrappen.
- In artikel 3:135 (nieuw), eerste lid, Wft 'artikel 3:57, vijfde lid' vervangen door: artikel 3:57, vierde lid.
- In artikel 3:137 (nieuw), eerste lid, onderdeel b, Wft 'artikel 3:57, vijfde lid' vervangen door: artikel 3:57, vierde lid.
- In artikel 3:137 (nieuw), zevende lid, Wft 'bedoeld in het vijfde lid' vervangen door: bedoeld in het zesde lid.
- In artikel 3:267d (nieuw), tweede lid, Wft 'wat betreft de gehele activaportefeuille' schrappen.
- In artikel 3:267d (nieuw), derde lid, Wft ', met name die ter dekking van het minimumkapitaalvereiste en het solvabiliteitskapitaalvereiste,' schrappen.
- In artikel 3:267d (nieuw), eerste lid, Wft 'prudent-person beginsel' vervangen door: prudent-person regel, danwel aangeven in hoeverre een onderscheid met het bepaalde in artikel 3:267b Wft is beoogd.
- In de voorgestelde artikelen 3:282 en 3:283 Wft de aanwijzing van een groepstoezichthouder door DNB herformuleren als het door DNB in gezamenlijk

overleg met de toezichhoudende instanties uit andere lidstaten vaststellen van de groepstoezichthouder, nu geen sprake is van een besluit van DNB tot aanwijzing van een groepstoezichthouder.

- In het voorgestelde artikel 3:283, derde lid, Wft 'discussie' vervangen door: overleg, en 'na haar verzoek' vervangen door: 'na aanvang van het overleg'.
- In het voorgestelde artikel 3:288b Wft 'kapitaalvereiste' vervangen door: solvabiliteitskapitaalvereiste.
- In het voorgestelde artikel 3:288k, eerste lid, Wft 'of een van de in het vierde lid bedoeld methoden.' schrappen, en in artikel 3:288k, vierde lid, 'De Nederlandsche Bank kan' vervangen door: In afwijking van het eerste lid kan De Nederlandsche Bank.
- In artikel II, onderdeel A, 'artikel 441, tiende lid,' wijzigen in: artikel 441, lid 10.
- Gelet op de definitiebepaling in artikel 427, lid 1, in de voorgestelde artikelen 444a, 444b, 444c en 444d van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek, 'verzekeringsonderneming' en 'verzekeraar' telkens vervangen door: verzekeringsmaatschappij.
- In het voorgestelde artikel 444c, lid 2, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 'Artikel 435a, tweede lid,' vervangen door: Artikel 435a, lid 2,.