

- 2.4. Selikor meent voorts dat de opdracht van het gerecht niet beperkt was tot de jaren vanaf 2010. Dit is onjuist. Het gerecht heeft de opdracht beperkt tot het deel van de indexering over de door APC gevorderde som. De gevorderde som ziet na vermeerdering van eis op de jaren 2011 tot en met de datum van het vonnis in onderhavige procedure.
- 2.5. Selikor heeft niet weersproken dat APC na 2011 de duurtetoelag niet meer heeft geïndexeerd. De door APC gevorderde duurtetoelag over 2012 tot en met heden ligt dan ook voor toewijzing gereed.
- 2.6. De aan Selikor doorberekende indexering van de duurtetoelagen over 2011 van Naf. 40.747,64 moet op de door APC in totaal gevorderde duurtetoelag van Naf. 2.701.632,18 in mindering worden gebracht, evenals het bedrag van Naf. 407.140,-- aan ten onrechte over de jaren 2000 tot en met 2006 in rekening gebrachte duurtetoelag, zoals overwogen in r.o. 8.6 van het tussenvonnis d.d. 12 juni 2017. Toewijsbaar is derhalve een bedrag van Naf. 2.253.744,54. Het verweer tegen de gevorderde wettelijke rente snijdt geen hout zodat ook dit onderdeel wordt toegewezen.
- 2.7. Overeenkomstig het gestelde in het Procesreglement 2016 zal de hoogte van de buitengerechtelijke incassokosten worden gesteld op Naf 9.000,-- (1,5 x tarief 11 Naf. 6.000,--).
- 2.8. Selikor zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

### 3 De beslissing

*Het Gerecht:*

- 3.1. veroordeelt Selikor om aan APC terzake duurtetoelag te betalen een bedrag van Naf. 2.253.744,54 te verhogen met de nadien tot de datum van deze uitspraak verschuldigde bedragen, onder bepaling dat Selikor wettelijke rente dient te voldoen over de door Selikor verschuldigde bedragen te rekenen vanaf de respectievelijke vervaldata;
- 3.2. veroordeelt Selikor om aan APC te betalen Naf. 9.000,-- aan buitengerechtelijke incassokosten;
- 3.3. veroordeelt Selikor in de proceskosten, aan de zijde van APC tot op heden begroot op Naf. 24.000,-- aan gemachtigdensalaris, een bedrag van Naf. 7.828,45 aan verschotten, inclusief een bedrag van Naf. 7.500,-- aan griffierechten;
- 3.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
- 3.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

---

### PJ 2018/128

#### GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN CURAÇAO

4 juli 2018, nr. CUR201802164

(Mr. S.E. Sijmsma)

m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Art. 34, 36, 55, 60, 67, 71 Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (geldend voor Curaçao); art. 3:159o, 3:160, 3:195 Wft; art. 213 abis Fw

ECLI:NL:OGEAC:2018:160

#### Noodregeling uitgesproken over Ennia (verzekeraar gevestigd op Curaçao).

*Noodregeling uitgesproken over de op Curaçao gevestigde verzekeraar Ennia met automatische machtiging tot portefeuilleoverdracht maar zonder machtiging tot wijziging van de verzekeringsverplichtingen bij portefeuilleoverdracht of tot duurverkorting van de verzekeringsverplichtingen bij vereffening van de portefeuille van Ennia; toepassing van de noodregeling strekt zich mede uit tot niet-vergunningplichtige vennootschappen behorend tot de groep en belast met het beheer van activa ter dekking van verzekeringsverplichtingen respectievelijk belast met het bestuur van Ennia; voorschot op kosten beperkt omdat Curaçao uitsluitend rechterlijke toetsing van de kosten voor uitvoering van de noodregeling achteraf kent (een wettelijke regeling voor toezicht door en periodieke verslaglegging aan een rechter-commissaris in het kader van uitvoering door de noodregeling door de toezichthouder zoals Nederland die kent ontbreekt op Curaçao).*

Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten, gevestigd in Curaçao, verzoekster, hierna 'de Centrale Bank', gemachtigden: de advocaten mrs. S.M. Altena, K.D. Keizer en S.N.I. Francisco, tot het uitspreken van de noodregeling ten aanzien van:

1. ENNIA Caribe Leven N.V.,
2. ENNIA Caribe Schade N.V.,
3. ENNIA Caribe Zorg N.V.,
4. EC Investments B.V.,
5. ENNIA Caribe Holding N.V.,

alle gevestigd in Curaçao. verweersters, hierna gezamenlijk ook 'Ennia', gemachtigden: de advocaten mrs. C.H.M. Fiévez en G.P. Roth.

## 1 Procesverloop

De Centrale Bank heeft op 3 juli 2018 een verzoekschrift ingediend tot het uitspreken van de noodregeling als bedoeld in artikel 60 Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (hierna: LTV). Ennia is bij deurwaardersexploten van heden, 10.30 uur, opgeroepen voor de behandeling van het verzoek. Het verzoek is heden om 14.15 uur in het openbaar behandeld. Namens de Centrale Bank zijn verschenen haar advocaten, alsmede de heren [naam 1], [naam 2], [naam 3] en [naam 4]. Namens Ennia zijn haar advocaten verschenen, alsmede de heren [naam 5], [naam 6] en [naam 7].

## 2 Het verzoek

De Centrale Bank verzoekt het Gerecht:

- de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV uit te spreken ten aanzien van ieder van verweersters;
- de Centrale Bank te machtigen conform het bepaald in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van al de onder de noodregeling geplaatste vennootschappen; en,
- het bedrag van de kosten van de noodregeling voorlopig vast te stellen op NAF 500.000.

## 3 De beoordeling

3.1 Verweersters sub 1, 2 en 3 zijn in Curaçao gevestigde verzekeraars in de zin van de LTV en staan onder toezicht van de Centrale Bank.

3.2 Bij besluit van 3 juli 2018 heeft de Centrale Bank de vergunningen van verweersters 1, 2 en 3 ingetrokken, welk besluit diezelfde dag bij deurwaardersexploot aan hen is betekend. Op een hedenmorgen door verweersters 1, 2 en 3 ingediend bestuursrechtelijk verzoek de intrekking bij wijze van voorlopige voorziening te schorsen, is door dit Gerecht afwijzend beslist.

3.3 De Centrale Bank verzoekt thans de noodregeling uit te spreken ten aanzien van Ennia. Ennia heeft verweer gevoerd.

3.4 Artikel 60 lid 1 LTV (zoals gewijzigd in de Landsverordening PB 2015 nr. 67, Landsverordening actualisering en harmonisatie toezichtlandsverordeningen Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (<https://www.centralbank.cw/uploads/files/67.%20Lv.%20actualisering%20en%20harmonisering%20toezichtlandsverordeningen%20CBCS%282%29.pdf>)) luidt:

Wanneer het belang der gezamenlijke schuldeisers van de verzekeraar, wiens vergunning is ingetrokken een bijzondere voorziening vordert, kan het Gerecht, op verzoek van de Bank de noodregeling uitspreken.

3.5 Volgens de Centrale Bank heeft Ennia een ernstig solvabiliteitstekort dat alleen maar verder verslechtert. Volgens Ennia rechtvaardigt alleen al dit feit het uitspreken van de noodregeling. Daarnaast speelt volgens de Centrale Bank:

- (i) dat de beleidsbepalers van verweersters 1, 2 en 3 en de uiteindelijke aandeelhouder de heer H. Ansary (verder: Ansary) de aanwijzingen van de Centrale Bank en de stille curatoren niet opvolgen;
- (ii) dat de activa die toebehoren aan Ennia via verweersters 4 en 5 aan het toezicht van de Centrale Bank worden onttrokken, en
- (iii) dat is gepoogd 100 miljoen USD te onttrekken aan de effectenrekening van verweester 4 bij Merrill Lynch in New York de vrees rechtvaardigen dat die activa buiten Ennia worden gebracht.

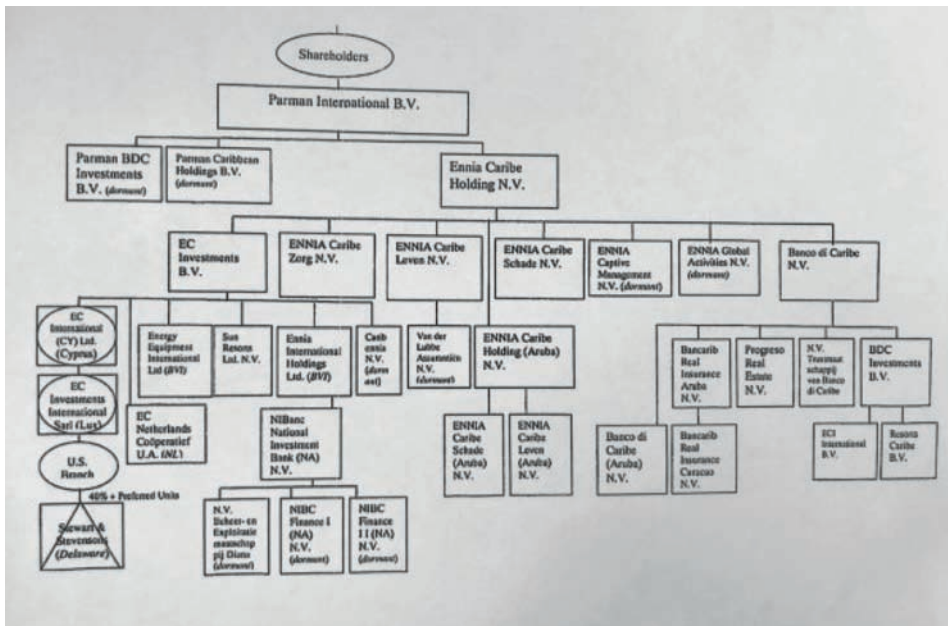
Deze omstandigheden dragen volgens de Centrale Bank verder bij aan de noodzaak om de noodregeling uit te spreken.

3.6 Ennia heeft in de eerste plaats opgemerkt dat de intrekking van de vergunningen van verweersters 1, 2 en 3 niet zonder meer meebrengt dat zij hun verzekeringsbedrijf niet meer kunnen uitoefenen. Deze opmerking, wat daar verder van zij, laat onverlet dat ingevolge artikel 60 lid 7 LTV een door de ver-

zekeraar tegen de intrekking van een vergunning ingesteld bezwaar of beroep de behandeling van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling niet schorst.

3.7 De door de Centrale Bank ter onderbouwing van haar verzoek aangedragen omstandigheden zijn aannemelijk geworden en vergen naar het oordeel van het Gerecht dat, ter waarborging van de belangen van de schuldeisers (onder wie de verzekerden) van Ennia, de noodregeling wordt uitgesproken. Voor zover door Ennia ter zitting om aanhouding van de beslissing is verzocht, wordt dit afgewezen.

3.8 Alle verweersters behoren tot dezelfde groep, met verweersters 1, 2, 3 en 4 als dochtervennootschappen van verweerster 5. Als niet-weersproken staat vast dat de zeggenschap in alle verweersters uiteindelijk via Parman International B.V. gelegen is bij groot-aandeelhouder Ansary. Bij het verzoekschrift is het volgende organisatieschema gevoegd van de groep waartoe Ennia behoort:



3.9 De Centrale Bank verzoekt dat de noodregeling zich niet zal beperken tot de rechtspersonen aan wie de vergunning onder de LTV was verstrekt (verweersters sub 1, 2 en 3, dus Ennia Caribe Leven, Ennia Caribe Schade en Ennia Caribe Zorg), maar zich ook zal uitstrekken over verweerster 4 (dus EC Investments) en verweerster 5 (dus Ennia Caribe Holding). Ennia verzet zich hier tegen en stelt dat het Gerecht en de Centrale Bank voor wat betreft de LTV geen bevoegdheden toekomen met betrekking tot die twee vennootschappen.

3.10 Het Gerecht zal de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 uitspreken. Aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf van Ennia wordt uitgeoefend door alle verweersters gezamenlijk, waarbij verweerster sub 4 fungeert als een entiteit waarin de onderliggende activa (goeddeels afkomstig uit door verzekeringnemers afgedragen premies) zijn ondergebracht, en waarbij verweerster sub 4 en 5 zich bezighouden met het beheer van de gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen. Onbetwist is dat de activa van verweersters 1, 2 en 3 voor 82% bestaan uit leningen aan en vorderingen op gelieerde entiteiten, welke leningen en vorderingen in totaal circa NAF 1,5 miljard bedragen. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij met de noodregeling primair tot een herstructurering wil komen, om daarmee de solvabiliteit van Ennia te herstellen. Dat is volgens de Centrale Bank slechts mogelijk indien de Centrale Bank in de positie wordt gebracht dat zij de thans bestaande constructie van middellijk beleggen ongedaan kan maken en kan beschikken over de onderliggende activa van het verzekeringsbedrijf. Aannemelijk is geworden dat een noodregeling zonder verweersters 4 en 5, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van Ennia niet of nauwelijks zal kunnen dienen. Het belang van de schuldeisers van Ennia en het maatschappelijk belang (onbetwist is aangevoerd dat Ennia goed is voor 50% van de totale verzekeringsmarkt in Curacao

en Sint Maarten en voor 80% van de pensioenmarkt van Curacao) vorderen dat de noodregeling ook ten aanzien van verweersters 4 en 5 wordt uitgesproken. In dat verband wordt verwezen naar HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1925, NJ 1996, 653 en 24 juni 2005 ECLI:NL:PHR:2005:AT6005).

3.11 Artikel 60 lid 2 LTV luidt:

Bij het uitspreken van de noodregeling machtigt het Gerecht de Bank tot:

- a. vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar;
- b. overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering; of
- c. herstructurering van het bedrijf van de verzekeraar.

Zolang de Bank nog niet is gebleken dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft, strekt de machtiging mede tot vereffening van het vermogen van de onderneming van de verzekeraar.

3.12 Het op dit artikellid gebaseerde verzoek van de Centrale Bank tot machtiging is dan ook toewijsbaar.

3.13 Ingevolge artikel 69 LTV stelt het Gerecht het bedrag vast van de kosten van de noodregeling en komen deze kosten ten laste van de verzekeraar. De Centrale Bank verzoekt de kosten voorlopig vast te stellen op Naf 500.000.

3.14 Het Gerecht zal het voorschot op de kosten voorlopig vaststellen op Naf 100.000. Het Gerecht verwijst voorts naar het e-mailbericht van de rechter-commissaris in faillissementen aan de Centrale Bank van 19 juli 2016 over de verantwoording en vaststelling van kosten bij noodregelingen (onder de LTBK, maar voor de LTV geldt hetzelfde):

“Zoals u weet is de rol van de rechter te Curaçao bij noodregelingen zeer beperkt. De rechter beslist op het verzoek tot toepassing van de noodregeling, maar komt vervolgens nog slechts in beeld voor de vaststelling van de kosten. Anders dan in Nederland, kent onze wet geen toezicht door en verslaglegging aan een rechter-commissaris. Het toezicht is geheel toevertrouwd aan de Centrale Bank, met een uitzondering dus voor de kosten.

(...)

In alle dossiers worstelen de RC's met het feit dat zij zonder zicht op de uitvoering van de noodregeling invulling moeten geven aan hun wettelijke taak de kosten (marginaal) te toetsen. Ik verwijs in het bijzonder naar de aangehechte brief van RC mr. Hoppers van 5 augustus 2003.

Ik zou willen voorstellen dat in het vervolg bij verzoeken ex art. 35 LTBK ten behoeve van de RC een informatief verslag wordt bijgevoegd, vergelijkbaar met de openbare verslagen zoals curatoren in faillissementen die gewoon zijn in te dienen. Dit zoveel mogelijk met inachtneming van de Faillissementsrichtlijnen 2012 en de daarbij gevoegde modellen, te vinden op de website van het Hof: (...)

Voor de cijfermatige onderbouwing van verzoeken om kostenvaststelling zou voorts standaard op zijn minst een overzicht moeten worden bijgevoegd van de betaalde facturen van externe deskundigen, met vermelding van de namen van de betrokkenen, de basis waarop wordt gedeclareerd (uur/dag), het afgesproken tarief en de aard van de werkzaamheden, alsmede een overzicht van de interne kosten van de Centrale Bank (door wie, wat, wanneer, hoeveel tijd, hoe berekend).

En uiteraard dient na vaststelling van een voorschot (...) steeds een afrekening te volgen.”

3.15 Bepaald zal worden dat de Centrale Bank een eventueel nader verzoek om vaststelling van kosten vergezeld dient te laten gaan van een verslag en overzichten als hier bedoeld.

#### 4 Beslissing

Het Gerecht:

4.1 spreekt uit de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV ten aanzien van ieder van verweersters;

4.2 machtigt de Centrale Bank conform het bepaald in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van al de onder de noodregeling geplaatste verweersters;

4.3 stelt het bedrag van de kosten van de noodregeling, ingevolge artikel 69 LTV, voorlopig vast op Naf 100.000 en bepaalt dat de Centrale Bank een eventueel nader verzoek om vaststelling van kosten vergezeld dient te laten gaan van een verslag en overzichten als hiervoor onder 3.14 en 3.15 bedoeld.

**Noot**

Het uitspreken van de noodregeling over Ennia (naast Fatum een belangrijke verzekeraar op Curaçao waar vele inwoners van Curaçao verzekeringen, waaronder pensioenverzekeringen, hebben ondergebracht) heeft ongetwijfeld grote maatschappelijke impact voor de Curaçaose bevolking (zoals werd geconstateerd in r.o. 3.10). Uit r.o. 3.10 volgt verder dat de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: de CB) primair om het uitspreken van de noodregeling heeft verzocht om tot een herstructurering van Ennia te kunnen komen om daarmee de solvabiliteitspositie te herstellen. De toekomst zal leren of deze opzet slaagt en rechtenkortingen in het kader van portefeuilleoverdracht of verkorting van de duur van de verzekeringsverplichtingen bij vereffening van de portefeuille van Ennia op de voet van art. 67 lid 1 van de Curaçaose Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (de LTV Curaçao; te vinden via [www.decentrale.regelgeving.overheid.nl](http://www.decentrale.regelgeving.overheid.nl)) achterwege kunnen blijven.

**Toezichtwetgeving van het Koninkrijk**

1. Voor de lezer van Pensioen Jurisprudentie verduidelijk ik kort de plaats van de LTV Curaçao binnen het recht van het Koninkrijk en de positie van het gerecht dat de uitspraak deed. Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat uit de landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Voor Nederland geldt de Wet op het financieel toezicht (de Wft) en fungeren DNB en de AFM als toezichhouders (respectievelijk voor prudentieel toezicht en gedragstoezicht). Aruba, Curaçao en Sint Maarten kennen elk hun eigen LTV (de LTV Aruba is te vinden via [www.overheid.aw](http://www.overheid.aw) en de LTV Sint Maarten is evenals de LTV Curaçao te vinden via [www.decentrale.regelgeving.overheid.nl](http://www.decentrale.regelgeving.overheid.nl)). Curaçao en Sint Maarten kennen dezelfde toezichthouder (de CB; zie art. 2 lid 1 LTV Curaçao en art. 2 lid 1 LTV Sint Maarten). Aruba kent als toezichthouder de eigen Centrale Bank van Aruba (zie de definitie in art. 1 LTV Aruba). De eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba zijn bijzondere gemeenten van Nederland. Op deze eilanden geldt de Wet van 1 december 2011, houdende regels met betrekking tot de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het toezicht op die markten (de Wet financiële markten BES, *Stb.* 2011, 612). Op grond van art. 1:5 Wet financiële markten BES houdt DNB prudentieel toezicht op verzekeraars op de BES-eilanden. Op grond van art. 1:6 Wet financiële markten BES houdt de AFM gedragstoezicht op verzekeraar op de BES-eilanden.

2. Aruba, Curaçao en Sint Maarten kennen elk hun gerechten in eerste aanleg (min of meer vergelijkbaar met de rechtbanken in Nederland). De BES-eilanden kennen één gemeenschappelijk gerecht in eerste aanleg. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba behandelt zaken in hoger beroep. Cassatieberoep is mogelijk bij de Hoge Raad der Nederlanden. Tegen de beschikking die het onderwerp is van deze annotatie staat uitsluitend cassatie in het belang der wet open (art. 60 lid 9 LTV Curaçao). Dat betekent dat de beschikking kracht en gezag gewijsde heeft. Cassatie in het belang der wet tast de werking van de beschikking immers niet aan. Het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao dat de hier geannoteerde uitspraak deed wordt hierna aangeduid als "het gerecht".

**Procesrechtelijke aspect**

3. Uit r.o. 3.2 blijkt dat de vergunningen van Ennia tot uitoefening van het verzekeringsbedrijf bij besluit van de CB van 3 juli 2018 (dezelfde dag als de dag waarop het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling was ingediend, zie r.o. 1) waren ingetrokken. Tegen een besluit van de CB strekkend tot het intrekken van een vergunning tot uitoefening van het verzekeringsbedrijf staan bestuursrechtelijk bezwaar en beroep open. Dergelijk bezwaar of beroep schorst de behandeling van en het doen van uitspraak in een procedure strekkend tot het uitspreken van de noodregeling echter niet (art. 60 lid 7 LTV Curaçao). Een bestuursrechtelijk verzoek dat als doel had de intrekking van de vergunning bij wijze van voorlopige voorziening te schorsen was door de Curaçaose bestuursrechter (eveneens het gerecht) afgewezen.

**Essentie van uitspraak**

4. Ik vat de uitspraak als volgt samen, waarbij ik mij beperk tot de voor pensioenen relevante aspecten: Het gerecht sprak op de voet van art. 60 lid 1 LTV Curaçao de noodregeling uit over Ennia Caribe Leven N.V. (waarvan de vergunning was ingetrokken) conform de norm opgenomen in dat artikel ter waarbor-

ging van de belangen van schuldeisers (waaronder de verzekerden; zie r.o. 3.7);

- Het gerecht sprak op de voet van art. 60 lid 1 LTV Curaçao de noodregeling uit over Ennia Caribe Leven N.V. (waarvan de vergunning was ingetrokken) conform de norm opgenomen in dat artikel ter waarborging van de belangen van schuldeisers (waaronder de verzekerden; zie r.o. 3.7);
  - Het gerecht sprak op eveneens op de voet van art. 60 lid 1 LTV Curaçao daarnaast de noodregeling uit over EC Investments B.V., een vennootschap die de activa van Ennia Caribe Leven beheerde, en de gezamenlijke aandeelhouder van Ennia Caribe Leven en EC Investments (Ennia Caribe Holding BV) die de zeggenschap uitoefende, omdat deze vennootschappen mede het “*bedrijf van verzekeraar*” uitoefenden (r.o. 3.10; de noodregeling kan zich naar het impliciete oordeel van het gerecht uitstrekken tot niet-vergunningplichtige entiteiten binnen de groep omdat de noodregeling op grond van art. 60 lid 1 LTV Curaçao kan worden uitgesproken over “*verzekeraars*”, waaronder gegeven de definitie van het begrip “*verzekeraar*” in art. 1 LTV Curaçao (“*ieder die het verzekeringsbedrijf uitoefent*”) ook deze niet vergunningplichtige, tot de groep behorende, entiteiten kunnen vallen);
  - Het gerecht verstrekke de automatische machtiging als bedoeld in art. 60 lid 2 LTV Curaçao aan de CB inhoudend dat deze tot portefeuilleoverdracht en vereffening van de portefeuille bevoegd is (r.o. en 3.11 en 3.12), maar verstrekke niet meteen de machtiging als bedoeld in art. 67 lid 1 LTV Curaçao, inhoudend dat de CB bevoegd zou zijn tot rechtenkorting in het kader van portefeuilleoverdracht of tot duurverkorting van de verzekeringsverplichtingen in geval van vereffening van de portefeuille van Ennia (zie r.o. 4.2; om de machtiging strekkend tot rechtenkorting of duurverkorting kan desgewenst in een latere fase separaat door de CB worden verzocht);
  - Het gerecht stelde de kosten van de noodregeling die op grond van art. 69 lid 1 LTV Curaçao ten laste van Ennia komen voorlopig vast op Naf 100.000 met de mogelijkheid om op basis van verslagen omtrent uitvoering van de noodregeling en kostenoverzichten een verzoek om nadere vaststelling van kosten te doen (r.o. en 3.14 en 3.15, waaruit blijkt dat de rechter-commissaris weliswaar toezicht houdt op de kosten die de CB maakt voor uitvoering van de noodregeling, maar niet op de wijze van uitvoering van de noodregeling, zodat de rechter-commissaris zijn taak om de kosten te toetsen feitelijk niet kan uitvoeren bij gebreke van een wettelijke grondslag voor verantwoording van de kosten die de CB maakt voor uitvoering van de noodregeling).
5. Ik merk nog op dat ik het nobele streven van de CB om tot herstructurering van Ennia te komen om daarmee de solvabiliteit te herstellen (zie r.o. 3.10), geen grondslag vindt in de LTV Curaçao, althans niet indien en voor zover de CB een zogenaamde bail in voor ogen zou staan (dat wil zeggen: voortzetting van Ennia na het eindigen van de noodregeling zonder intrekking daarvan). Het systeem van de LTV Curaçao is immers dat toepassing en uitvoering van de noodregeling *hetzij* tot portefeuilleoverdracht door de CB leidt (indien daarvoor rechtenkorting noodzakelijk is na alsnog verkregen machtiging van het gerecht), *hetzij* tot vereffening van de portefeuille indien geen aannemende partij wordt gevonden (indien daarvoor duurverkorting noodzakelijk is eveneens na alsnog verkregen machtiging van het gerecht). Dit zou slechts anders kunnen zijn indien Ennia op basis van een door de CB uit te voeren herstructurering uiteindelijk aan al haar verplichtingen blijkt te kunnen voldoen. Dan zou de noodregeling kunnen worden “beëindigd” (kennelijk door intrekking op verzoek van de CB door het gerecht). Hoewel deze beëindigingsmogelijkheid niet uitdrukkelijk in de LTV Curaçao is geregeld, lijkt uit het systeem van de LTV Curaçao te volgen dat deze mogelijkheid wel bestaat. Ik wijs op art. 72 LTV Curaçao waaruit de mogelijkheid van “beëindiging” van de noodregeling volgt. Wellicht heeft de CB dit scenario voor ogen indien de onttrekking van USD 100 miljoen, waarvan r.o. 3.5 gewag maakt, door de CB kan worden voorkomen in het kader van de door de CB beoogde “herstructurering” (zie r.o. 3.10 van de geannoteerde uitspraak). Indien de solvabiliteit van Ennia dan zou zijn hersteld, zou de noodregeling immers kunnen worden ingetrokken.

#### **Insolventie van verzekeraars volgens de Nederlandse Wet op het financieel toezicht**

6. Omdat de lezer van Pensioen Jurisprudentie mogelijk meer is geïnteresseerd in Nederlands recht, vat ik de regelingen opgenomen in de Nederlandse Wft met het oog op (dreigende) insolventie van verzekeraars als volgt samen. Deze regelingen houden het volgende in:

- De verplichting om een herstelplan ter instemming bij DNB in te dienen in de situatie waarin de verzekeraar niet aan het solvabiliteitskapitaalvereiste voldoet (art. 3:135 Wft);
- De verplichting om een financieel kortetermijnplan ter instemming bij DNB in te dienen in de situatie waarin de verzekeraar niet aan het minimumkapitaalvereiste voldoet met als doel om



- binnen 3 maanden na de constatering dat deze situatie zich voordoet weer aan dat vereiste te voldoen (art. 3:136 Wft);
- De mogelijkheid tot beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de verzekeraar over door DNB aan te wijzen waarden indien de verzekeraar niet over de wettelijk vereiste voorzieningen beschikt, niet aan het solvabiliteitskapitaalvereiste voldoet, niet aan het minimumkapitaalvereiste voldoet of sprake is van een aanhoudende verslechtering van de solvabiliteitspositie van de verzekeraar (art. 3:137 Wft);
  - De bevoegdheid voor DNB om een verzekeraar in uitzonderlijke omstandigheden een kapitaalopslag op het solvabiliteitskapitaalvereiste op te leggen (art. 3:132 Wft);
  - De bevoegdheid voor DNB om, nadat een door de Minister van Financiën benoemde Vertrouwenscommissie is gehoord, op een verzekeraar die insolvent is of dreigt te worden de opvangregeling voor levensverzekeraars toe te passen (de opvangregeling houdt herverzekering door of overdracht van de portefeuille aan een opvanginstelling in, eventueel uiteindelijk leidend tot portefeuilleoverdracht aan een andere verzekeraar na machtiging door de bevoegde rechtbank, waarbij tekorten door alle andere onder toezicht van DNB staande verzekeraars worden aangevuld tot bepaalde wettelijke maxima; art. 3:149v Wft en met name art. 3:156 lid 5 Wft dat DNB de bevoegdheid geeft de andere onder toezicht staande verzekeraars te dwingen aandelen in de opvanginstelling te nemen of een achtergestelde lening te verstrekken);
  - De bevoegdheid voor DNB om een overdrachtsplan voor te bereiden indien DNB een gevaarlijke ontwikkeling voorziet van het eigen vermogen, de solvabiliteit of de technische voorzieningen van de verzekeraar, die zich niet ten goede zal keren, leidend tot overgang van de aandelen in de verzekeraar aan, of overgang van de activa en passiva op een overbruggingsinstelling of een andere verzekeraar na verkregen goedkeuring door de rechtbank (art. 3:159a v Wft);
  - De bevoegdheid van DNB tot intrekking van de vergunning van een verzekeraar, onder meer indien de verzekeraar niet in staat blijkt te voldoen aan het solvabiliteitskapitaalvereiste of het minimumkapitaalvereiste of overigens niet aan wettelijke eisen of voorwaarden voor de vergunning voldoet (art. 1:104 Wft);
  - De bevoegdheid voor DNB om de rechtbank te verzoeken over een verzekeraar de noodregeling uit te spreken indien het eigen vermogen van de verzekeraar, de solvabiliteit, de liquiditeit of de technische voorzieningen zich gevaarlijk ontwikkelen en die ontwikkeling zich naar redelijke verwachting niet zal keren, leidend tot overdracht volgens een reeds opgesteld en goedgekeurd overdrachtsplan of een alsnog op te stellen overdrachtsplan, of tot liquidatie van de portefeuille van de verzekeraar indien geen aannemende partij voor overdracht wordt gevonden (art. 3:160 v Wft);
  - De bevoegdheid voor DNB om de rechtbank te verzoeken over een verzekeraar faillissement uit te spreken indien het eigen vermogen van de verzekeraar, de solvabiliteit, de liquiditeit of de technische voorzieningen zich gevaarlijk ontwikkelen en die ontwikkeling zich naar redelijke verwachting niet zal keren, evenals toepassing van de noodregeling leidend tot overdracht volgens een reeds opgesteld en goedgekeurd overdrachtsplan of een alsnog op te stellen overdrachtsplan, of tot liquidatie van de portefeuille van de verzekeraar indien geen aannemende partij voor overdracht wordt gevonden (art. 213abis v Fw).
7. Overdracht buiten het kader van de noodregeling en in het kader van de noodregeling of faillissement kan leiden tot rechtenkorting, waaronder begrepen duurverkorting of uitstel van expiratie (art. 3:159o lid 4 Wft). Reeds gedane uitkeringen kunnen niet meer worden aangetast (art. 3:195 lid 6 Wft) en aan verzekeringnemers kunnen geen aanvullende verplichtingen worden opgelegd (art. 3:195 lid 7 Wft). Omdat een overdrachtsplan rechterlijke goedkeuring behoeft, geldt dat ook voor rechtenkortingen. Een verzekeraar is niet bevoegd zelfstandig rechten te korten (mogelijk tenzij zo'n bevoegdheid met de verzekeringnemer is overeengekomen en die bepaling de toets aan art. 3:40 BW doorstaat). Rechtenkorting is slechts mogelijk als onderdeel van een overdrachtsplan, uitgevoerd door bewindvoerders die door de rechtbank worden aangewezen bij het uitspreken van de noodregeling, met dien verstande dat de rechtenkorting door de rechter wordt getoetst.

#### **Insolventie van verzekeraars volgens de LTV Curaçao**

8. De regelingen voor insolventie van verzekeraars op grond van de LTV Curaçao zijn summier ten opzichte van die in de Wft. De LTV Curaçao kent de volgende regelingen:
- Een verzekeraar die niet beschikt over de vereiste solvabiliteitsmarge dient ter goedkeuring van de CB een saneringsplan in (art. 52 lid 1 LTV Curaçao);

- Een verzekeraar die niet beschikt over de vereiste minimum solvabiliteitsmarge dient ter goedkeuring van de CB een financieringsplan in (art. 52 lid 1 LTV Curaçao);
  - Een regeling voor beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de verzekeraar ten aanzien van de activa (art. 53 lid 1 LTV Curaçao);
  - De CB is bevoegd tot intrekken van de vergunning van de verzekeraar indien deze niet meer beschikt over de minimum solvabiliteitsmarge of anderszins niet aan wettelijke vereisten voldoet (art. 55 LTV Curaçao);
  - De CB kan het gerecht verzoeken om de noodregeling uit te spreken indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers dat vergt (art. 60 lid 1 LTV Curaçao);
  - De CB is verplicht om het faillissement van een verzekeraar te verzoeken bij het gerecht wanneer het eigen vermogen van de verzekeraar negatief is en met de reeds uitgesproken noodregeling geen sanering kan worden bereikt of het alsnog doen uitspreken en toepassen van de noodregeling redelijkerwijs niet meer tot sanering kan leiden (art. 71 lid 1 LTV Curaçao).
9. In het kader van overdracht kan het gerecht de CB machtigen tot wijziging van de verzekeringsovereenkomsten die door de verzekeraar werden aangegaan (art. 67 lid 1 aanhef en onder a LTV Curaçao). Aan verzekeringnemers kunnen in het kader van overdracht niet meer verplichtingen worden opgelegd dan uit de verzekeringsovereenkomst volgden (art. 67 lid 2 LTV Curaçao). Indien het niet tot overdracht komt (omdat geen overnemende partij wordt gevonden), volgt, zoals hiervoor bleek, faillissement en afwikkeling van de verzekeraar.

#### **Insolventie van verzekeraars volgens de Wet financiële markten BES**

10. De Wet financiële markten BES kent de volgende regelingen met het oog op (dreigende) insolventie van verzekeraars:
- Een regeling omtrent indiening van een herstelplan indien de rechten van verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen in gedrang komen (art. 8:3 lid 1 Wet financiële markten BES);
  - Een regeling omtrent indiening van een saneringsplan indien de solvabiliteitsmarge van de verzekeraar ontoereikend is (art. 8:5 Wet financiële markten BES);
  - Beperking van de beschikkingsbevoegdheid door DNB indien de technische voorzieningen ontoereikend zijn (art. 8:4 en 8:7 Wet financiële markten BES);
  - Intrekking van de vergunning (art. 2:14 en 2:15 Wet financiële markten BES);
  - Het uitspreken van de noodregeling leidend tot overdracht of liquidatie van de portefeuille (art. 8:9 en 8:10 Wet financiële markten BES);
  - Faillietverklaring op verzoek van DNB indien de noodregeling niet effectief blijkt te kunnen worden ingezet (art. 8:22 Wet financiële markten BES).
11. In het kader van toepassing van de noodregeling is wijziging van de verzekeringsovereenkomsten met rechterlijke machtiging mogelijk, met dien verstande dat aan verzekeringnemers geen verplichtingen kunnen worden opgelegd die niet uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien (art. 8:18 lid 1 aanhef en onder a en lid 2 Wet financiële markten BES). Ook duurverkorting behoort tot de mogelijkheden (art. 8:18 lid 1 aanhef en onder b Wet financiële markten BES).

#### **Vergelijking Nederlands recht met het overzeese Koninkrijksrecht**

12. Wanneer het Nederlandse recht op het punt van (dreigende) insolventie van verzekeraars globaal wordt vergeleken met het recht van Curaçao volgens de LTV Curaçao (en het recht van Aruba en Sint Maarten op basis van de niet uitdrukkelijk behandelde LTV Aruba en LTV Sint Maarten) en met de Wet financiële markten BES, valt het volgende op:
- De wetgevingen kennen globaal dezelfde instrumenten, maar de Nederlandse wetgeving is veel gedetailleerder (oorzaak: de invloed van het EU-recht op het Nederlandse recht, in dit verband met name Richtlijn 2009/138/EG inzake Solvabiliteit II van 25 november 2009, *Pb* EU 17 december 2009, L 335, p. 1-155,);
  - Rechtenkorting (door verlaging van uitkeringsrechten en/of duurverkorting of uitstel) behoort tot de mogelijkheden, steeds met rechterlijke machtiging (ratio: rechtenkorting kan onvermijdelijk zijn om overdracht van een verzekeringsportefeuille financieel haalbaar te maken, maar is dermate ingrijpend dat rechterlijke toetsing noodzakelijk werd geacht door de wetgever);
  - Verzekeraars kunnen niet voortbestaan nadat de noodregeling, al dan niet gevolgd door faillissement, is uitgesproken, de noodregeling of faillissement leidt *hetzij* tot overdracht (men spreekt



van bail out), *hetzij* tot liquidatie van de verzekeraar (ratio: “bail out” zou de meest evenwichtige wijze van afwikkeling van een insolvente verzekeraar zijn die tot de meest redelijke verdeling van de schade over alle belanghebbenden leidt, waarbij wel moet worden bedacht dat de aandeelhouders van de verzekeraar bij toepassing van de noodregeling of na faillissement hun aandeelhouderswaarde volledig zien verdampen);

- De uitvoering van de noodregeling op grond van de LTV's berust bij uitsluiting bij de CB, op grond van de Wft en de Wet financiële markten BES oefent een rechter-commissaris toezicht uit (ratio voor het verschil, althans bij faillissement en beperkt tot Curaçao: het verschil is mogelijk gelegen in het feit dat de rechter die faillissement uitspreekt ook fungeert als rechter-commissaris in het faillissement, zodat een eventueel overdrachtsplan met bijbehorende rechtenkorting al door deze rechter is getoetst in het kader van de faillissementsaanvraag waarvan het overdrachtsplan onderdeel uitmaakte; art. 11 lid 1 van het Curaçaose Faillissementsbesluit 1931).

### **Belang van de rechtsvergelijking in verband met de geannoteerde uitspraak**

13. Hierna analyseer ik globaal hoe de aspecten hiervoor genoemd in de samenvatting van de geannoteerde uitspraak geweest onder het regiem van de LTV Curaçao zich verhouden tot de Wft en de Wet financiële markten BES. Daarbij beperk ik mij tot het onderwerp pensioen.

#### ***Noodregeling ter waarborging van de belangen van schuldeisers***

14. Onder de LTV's wordt de noodregeling over een verzekeraar uitgesproken indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de verzekeringnemers, verzekerden en begunstigen tot uitkering) dat vergt. Onder de Wft kan de noodregeling worden uitgesproken in geval van (dreigende) insolventie van een verzekeraar. Het toetscriterium daarvoor is in de wet bepaald. Onder de Wet financiële markten BES geldt evenals in de Wft dat de noodregeling kan worden uitgesproken in geval van (dreigende) insolventie van een verzekeraar, maar het toetscriterium is enigszins afwijkend van dat uit de Wft. De benadering in de LTV's wijkt af van die in de Wft en de Wet financiële markten BES. Omdat van (dreigende) benadeling van schuldeisers bij (dreigende) insolventie van een verzekeraar zonder meer sprake zal zijn, rijst de vraag of het toetscriterium uit de LTV's ruimer is dan dat van de Wft en de Wet financiële markten BES. Om die vraag te beantwoorden, moet de vraag worden beantwoord of van (dreigende) benadeling van schuldeisers sprake kan zijn zonder (dreigende) insolventie van de verzekeraar. Geheel in het algemeen lijkt het wel mogelijk te zijn om hypothetisch casus te beschrijven waarin het beleid dat een verzekeraar voert tot (dreigende) benadeling van schuldeisers leidt, terwijl de verzekeraar financieel gezond is. Toegespitst op pensioenen ondergebracht bij een verzekeraar voert een verzekeraar uitvoeringsovereenkomsten uit, waarbij een verzekeraar, anders dan een pensioenfonds, geen “beleid” voert ten aanzien van de (potentiële) pensioenrechthebbenden (het voeren van beleid, bijvoorbeeld ten aanzien van toeslagverlening, ligt meer bij de werkgever die de pensioenovereenkomst aanbiedt en door de verzekeraar laat uitvoeren). Een vergelijking met rechtspraak in het licht van de norm van “evenwichtige belangenbehartiging” door pensioenfondsen in het kader van art. 105 lid 2 Pensioenwet levert daarom mijns inziens niets op.

#### ***Noodregeling uitgesproken over niet-vergunningplichtige entiteiten***

15. Op grond van tekstuele interpretatie van de LTV's kan de noodregeling onder de LTV's ook worden uitgesproken over entiteiten die tot dezelfde groep behoren als waartoe de vergunningplichtige verzekeraar behoort, mits zij het verzekeringsbedrijf uitoefenen. Omdat in de Wft en de Wet financiële markten BES het begrip “levensverzekeraar” in art. 1 van beide wetten is gedefinieerd als degene die het bedrijf maakt van het sluiten en afwickelen van levensverzekeringen, geldt onder deze wetten eveneens dat de noodregeling ook kan worden uitgesproken over tot een verzekeringsgroep behorende entiteiten die niet vergunningplichtig zijn, indien hun bedrijfsactiviteiten kunnen worden gerekend tot uitoefening van het levensverzekeringbedrijf.

#### ***Machtiging tot overdracht***

16. Onder de LTV's geldt een automatische machtiging voor overdracht of liquidatie van de verzekeraar waarover de noodregeling wordt uitgesproken. Voor rechtenkorting is een separate rechterlijke machtiging noodzakelijk. Deze systematiek geldt ook onder de Wft (zie art. 3:163 lid 1 Wft waarin de automatische machtiging is geregeld en zie art. 3:195 lid 1 Wft waaruit blijkt dat door DNB separaat om de rechterlijke machtiging voor rechtenkorting moet worden verzocht) en onder de Wet financiële markten BES (zie art. 8:10 van die wet waarin de automatische machtiging is geregeld en zie art. 8:18 van die wet

waaruit blijkt dat separaat door DNB om de rechterlijke machtiging voor rechtenkorting moet worden verzocht).

### **Kosten van de noodregeling**

17. Onder de LTV's kan de rechter-commissaris, die uitsluitend toezicht houdt op de kosten, de kostenontwikkeling niet volgen omdat hij geen toezicht houdt over de wijze van uitvoering van de noodregeling door de CB. Dat ligt bij de Wft anders. Op grond van art. 3:162d lid 1 Wft benoemt de rechtbank die de noodregeling over een verzekeraar uitspreekt meteen een rechter-commissaris die volledig toezicht houdt op de uitvoering van de noodregeling door de benoemde bewindvoerders. Op grond van art. 8:10 Wet financiële markten BES machtigt het gerecht dat de noodregeling uitspreekt DNB deze uit te voeren. Op grond van art. 8:20 Wet financiële markten BES komen de kosten ten laste van de verzekeraar en worden deze door het gerecht vastgesteld. Deze regeling is inhoudelijk vergelijkbaar met die van de LTV's en stuit daarom op dezelfde bezwaren.

### **Slotopmerkingen**

18. Voor achtergrondinformatie over rechtenkortingen bij verzekeraars verwijs ik naar mijn artikel Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen, *NJB* 2014, p. 2764-2773 en Zekerstelling van uitkeringen door verzekeraars en pensioenfondsen, *Vakblad Financiële Planning*, september 2015, nr. 9, p. 2-7. Voor de mogelijkheid van rechtenkortingen bij pensioenfondsen wijs ik op mijn bijdrage Pensioen (te)korten, Hoofdstuk 20 en Pensioenwet, analyse en commentaar, vierde druk, juli 2013, p. 915-950.

19. Dat de ondergang van een levensverzekeraar tot veel commotie aanleiding kan geven blijkt uit de volgende greep uit de rechtspraak rond de ondergang van Vie d'Or: Gerechtshof 's-Gravenhage 27 mei 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AP0151 waarin aansprakelijkheid van thans DNB, de accountant en de actuaaris voor de ondergang van levensverzekeraar Vie d'Or werd aangenomen, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082 inzake de aansprakelijkheid van de voormalige actuaaris van Vie d'Or, HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *PJ* 2007/43 inzake aansprakelijkheid van DNB voor het falend toezicht op Vie d'Or en HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW 2080 inzake aansprakelijkheid van de accountant, uiteindelijk gevolgd door Gerechtshof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 inzake verbindverklaring van een vaststellingsovereenkomst ter zake schadevergoeding voor het faillissement van Vie d'Or te voldoen door de aansprakelijke partijen (Vie d'Or was na het uitspreken van de noodregeling failliet gegaan, de rechten en verplichtingen waren na rechtenkorting in het kader van het faillissement overgedragen aan thans Achmea). Zie ook Rechtbank Amsterdam 15 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3309 inzake de goedkeuring van een door DNB opgesteld overdrachtsplan en het uitspreken overdrachtsregeling ten aanzien van een levensverzekeraar (Conservatrix) waardoor "erger" (het uitspreken van de noodregeling) kon worden voorkomen.

20. Verder wijs ik op de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars (*Kamerstukken 34 842*) op grond waarvan de Nederlandse regelingen met betrekking tot (dreigende) insolventie van verzekeraars grondig zijn herzien. Met name wordt een mogelijkheid voor "bail in" geïntroduceerd: afwikkeling van een verzekeraar met dien verstande dat deze blijft voortbestaan, eventueel na rechtenkorting, met dien verstande dat rechtenkortingen worden gecompenseerd door uitgifte van extra aandelen aan degenen waarvan de rechten zijn gekort. Het gaat voor deze annotatie te ver op de diverse aspecten voor verzekerde pensioenregelingen in te gaan. Ik wijs op A.J.A.D. van den Hurk, Nieuw wettelijk raamwerk voor herstel en afwikkeling van verzekeraars, *Pensioen Magazine* mei 2018, p. 16-20. Het wetsvoorstel werd op 12 juni 2018 aangenomen door de Eerste Kamer. De inwerkingtreding van de nieuwe wet zal bij Koninklijk Besluit worden vastgesteld. Dat Koninklijk Besluit was ten tijde van de sluitingsdatum voor de kopij van deze annotatie nog niet gepubliceerd. De nieuwe wet maakt, zoals hiervoor al werd aangegeven, voor de Nederlandse situatie de mogelijkheid van "doorstart" (bail in) van een verzekeraar waarover de noodregeling is uitgesproken of die failliet is verklaard mogelijk. Dit is een mogelijkheid die onder de LTV's en onder de Wet financiële markten BES (nog) niet bestaat.

21. Een laatste opmerking. Inmiddels bleek dat het organigram opgenomen onder r.o. 3.8 van de geannoteerde uitspraak niet juist was. Er bleek nog een tussenholding te zijn. Daarover werd ook de noodregeling uitgesproken met Gerecht in eerste aanleg Curaçao 6 juli 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:153 (op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) staat als uitspraakdatum 6 juni 2018, een kennelijke verschrijving).

mr. W.P.M. Thijssen