



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Verzekeren op de interne markt

De invloed van het prudentieel toezichtrecht op de werking van de Europese verzekeringsmarkt

Vágási, A.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Vágási, A. (2018). *Verzekeren op de interne markt: De invloed van het prudentieel toezichtrecht op de werking van de Europese verzekeringsmarkt*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Mr. A. Vágási

Verzekeren op de interne markt

De invloed van het prudentieel toezichtrecht op de
werking van de Europese verzekeringsmarkt

Amsterdam

2018

VERZEKEREN OP DE INTERNE MARKT

*DE INVLOED VAN HET PRUDENTIEEL TOEZICHTRECHT OP DE WERKING VAN DE EUROPESE
VERZEKERINGSMARKT*

MR. A. (ANNAMÁRIA) VÁGÁSI

Amsterdam
2018

Verzekeren op de interne markt

De invloed van het prudentieel toezichtrecht op de werking van de Europese verzekeringsmarkt

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Universiteit van Amsterdam

op gezag van de Rector Magnificus

prof. dr. ir. K.I.J. Maex

ten overstaan van een door het College voor Promoties ingestelde commissie,

in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel

op dinsdag 17 april 2018, te 14:00 uur

door Annamária Vágási

geboren te Odorheiu-Secuiesc

Promotiecommissie:

Promotor:	Prof. mr. J.G.J. Rinkes	Universiteit van Amsterdam
Promotor:	Prof. mr. M.L. Hendrikse	Universiteit van Amsterdam
Overige leden:	Prof. dr. R.J.A. Laeven	Universiteit van Amsterdam
	Prof. mr. C.E. du Perron	Universiteit van Amsterdam
	Prof. mr. Ph.H.J.G. van Huizen	Universiteit Utrecht
	Prof. mr. J. Borgesius	Rijksuniversiteit Groningen
	Prof. mr. B. Weyts	Universiteit Antwerpen
	Prof. mr. C. van Schoubroeck	Katholieke Universiteit Leuven

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Inhoudsopgave

Afkortingen.....	11
Woord vooraf	13
1. Inleiding	15
1.1. Op weg naar een goed werkende interne (verzekerings)markt.....	15
1.2. Uitdagingen voor de interne verzekeringsmarkt.....	16
1.3. De Nederlandse verzekeraar op de interne verzekeringsmarkt	18
1.4. Het onderwerp van dit proefschrift.....	18
1.5. Aanleiding en rechtvaardiging onderzoek.....	19
1.6. De onderzoeksvraag	20
1.7. Opzet en verantwoording onderzoek.....	20
1.8. De bij de rechtsvergelijking betrokken rechtsstelsels	21
2. Verzekeren, verzekeringsovereenkomst en het toepasselijke recht	23
2.1. Inleiding	23
2.2. Definitie verzekering.....	23
2.3. De verzekeringsovereenkomst	24
2.4. Contractsvrijheid en de verzekeringsovereenkomst.....	24
2.4.1. Beperkingen contractsvrijheid	26
2.4.2. Beperkingen partijautonomie	28
2.5. Regels van internationaal privaatrecht	30
2.6. Rome I en EEX-Verordening: het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst	31
2.6.1. Het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomsten	32
2.6.2. Verordening Rome I.....	33
2.6.3. EEX-Verordening.....	35
2.7. Conclusie.....	37
3. Verdragsrecht en verzekeren	39
3.1. Inleiding	39
3.2. Constitutionele rechtsbronnen Unierecht	39
3.3. Unierecht	40
3.4. De Unie en de interne markt.....	43
3.5. Bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten ten aanzien van de interne markt	44
3.5.1. Bevoegdheden van de Unie.....	44
3.5.2. Bevoegdhedenverdeling betreffende de interne markt	45
3.6. Rechtsmacht van de lidstaat	46
3.6.1. Soevereiniteitsbeginsel	46
3.6.2. Territorialiteitsbeginsel	47
3.6.3. Rechtsmacht van de lidstaat en de regulering inzake financiële diensten	48
3.7. Europees beleid inzake verzekeren	50
3.7.1. Algemeen.....	51
3.7.2. Consumenten	52
3.8. Europese wet- en regelgeving gericht op het verzekeren.....	54
3.9. Implicaties territorialiteitsbeginsel voor het relevant wettelijk kader.....	56
3.10. Onderzoek Expert Groep naar belemmeringen van verzekeren op de interne markt	58
3.11. Technologische ontwikkelingen van invloed op de interne verzekeringsmarkt	58
3.12. Conclusie.....	59

4. Actuele ontwikkelingen Nederlandse verzekeringsmarkt.....	61
4.1. Inleiding	61
4.2. De Europese verzekeringsindustrie	61
4.2.1. Grensoverschrijdende activiteiten	62
4.2.2. Veranderingen en verschillen gerelateerd aan de interne markt	64
4.3. De Nederlandse verzekeringsmarkt	66
4.4. De verzekeringsmarkt volgens de verzekeringssector	67
4.4.1. Belangrijke dossiers voor de sector	67
4.4.2. Prioriteiten van de sector	68
4.4.3. Informatievoorziening aan de klanten	70
4.5. Externe visie op de verzekeringsmarkt.....	71
4.5.1. DNB.....	71
4.5.2. De AFM	73
4.5.3. De ACM	74
4.6. Onderzoekers over de verzekeringsmarkt	76
4.7. Actuele ontwikkelingen op de verzekeringsmarkt	79
4.7.1. Europese samenwerking	79
4.7.2. Online aankoop	79
4.7.3. Lage rente	81
4.8. Conclusie.....	82
5. Interne markt en vrije dienstverrichting	85
5.1. Inleiding	85
5.2. Het begrip interne markt.....	85
5.3. Vrij verkeer van diensten op de interne markt	87
5.3.1. Het begrip dienst	87
5.3.2. Vrije dienstverrichting op de interne markt.....	88
5.3.3. Aandachtspunten vrije dienstverrichting	90
5.4. De Dienstenrichtlijn	91
5.5. Conclusie.....	95
6. De interne verzekeringsmarkt	97
6.1. Inleiding	97
6.2. Verrichten van verzekeringsdiensten op de interne markt.....	97
6.2.1. Het aanbieden van verzekeringen op de interne markt	97
6.2.2. De staat waar het risico is gelegen.....	99
6.2.3. De gewone verblijfplaats.....	103
6.3. Mededinging op de interne markt	104
6.3.1. Kartelverbod	106
6.3.2. Speciale aspecten mededinging verzekeraars.....	108
6.3.3. Verbod op staatsteun	111
6.4. Gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt	111
6.4.1. Het begrip gelijk speelveld	111
6.4.2. Toepassing gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt.....	112
6.5. Conclusies.....	113
7. Ontwikkelingen interne verzekeringsmarkt	115
7.1. Inleiding	115
7.2. Wettelijk kader interne verzekeringsmarkt.....	115

7.3. Knelpunten interne verzekeringsmarkt.....	116
7.4. Opties voor ontwikkeling Europees contractenrecht.....	118
7.5. Harmonisatie wetgeving lidstaten.....	119
7.5.1. Minimumharmonisatie.....	120
7.5.2. Regels van algemeen belang.....	123
7.5.3. Maximum harmonisatie.....	125
7.6. Conclusies.....	126
8. Toezicht op de interne verzekeringsmarkt.....	129
8.1. Inleiding.....	129
8.2. Uitdagingen toezicht.....	129
8.3. Het home country control systeem.....	131
8.4. Toezicht op de Nederlandse verzekeraars.....	133
8.4.1. Geschiedenis toezicht.....	134
8.4.2. Relevante invloeden op het toezicht.....	137
8.5. Conclusie.....	139
9. Het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht.....	141
9.1. Inleiding.....	141
9.2. Het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht.....	141
9.2.1. Wettelijke ontwikkelingen.....	141
9.2.2. Inzichten Commissie en verzekeringsbranche.....	142
9.2.3. De verzekeringnemer op de interne verzekeringsmarkt.....	144
9.2.4. Noodzaak harmonisatie verzekeringsovereenkomstenrecht.....	145
9.3. Een facultatief instrument.....	146
9.4. Rechtskeuze binnen de interne verzekeringsmarkt.....	148
9.4.1. Wettelijk kader rechtskeuze verzekeringsovereenkomst.....	149
9.4.2. Relevantie rechtskeuze bij grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten.....	150
9.4.3. Artikel 3 Rome I.....	151
9.4.4. Artikel 7 Rome I.....	152
9.4.5. Rechtskeuze bij verplichte verzekeringen.....	154
9.4.6. Rechtskeuze bij consumentenovereenkomsten.....	155
9.4.7. Overige bepalingen betreffende rechtskeuze.....	157
9.5. Rechtskeuze en de verzekeringspraktijk.....	158
9.6. Conclusies.....	161
10. Regels van prudentieel toezicht.....	163
10.1. Inleiding.....	163
10.2. Wettelijk kader prudentieel toezicht in Nederland.....	163
10.3. Deel 3 Wft.....	165
10.3.1. Hoofdstuk 3.1 t/m 3.3 Wft.....	167
10.3.2. Hoofdstuk 3.4 Wft.....	175
10.3.3. Hoofdstuk 3.5 Wft.....	175
10.4. Conclusie.....	180
11. Prudentieel toezicht op het verzekeren.....	181
11.1. Inleiding.....	181
11.2. Prudentieel toezicht op het aanbieden van verzekeringen.....	181

11.3. Regels van prudentieel toezicht op aanbieders van verzekeringen.....	183
11.3.1. Fase werkzaam op de financiële markt.....	183
11.3.2. Fase herstel of afwikkeling.....	185
11.4. Invloed prudentieel toezicht op de verzekeringsovereenkomst.....	185
11.5. Oorsprong Wft bepalingen van prudentieel toezicht op verzekeraars.....	186
11.6. Conclusie.....	187
12. Molestverbod in de Wft	189
12.1. Inleiding	189
12.2. Artikel 3:38 Wft	189
12.2.1. Waarom is het molestverbod actueel en van belang?.....	190
12.2.2. Oorsprong artikel 3:38 Wft.....	190
12.2.3. Wanneer is er sprake van oorlog of gewapend conflict?.....	193
12.2.4. Geschiedenis molestrisico.....	194
12.3. Bestanddelen artikel 3:38 Wft.....	197
12.3.1. Schadeverzekeraar met zetel in Nederland	198
12.3.2. Uitgesloten risico's	200
12.4. Molestverbod en artikel 3:40 BW	201
12.5. Andere Nederlandse wettelijke bepalingen inzake molest.....	202
12.6. Conclusie.....	204
13. Rechtsvergelijkend onderzoek betreffende molestverbod.....	207
13.1. Inleiding	207
13.2. Verzekeren van molestrisico in België.....	207
13.2.1. Wettelijk kader	208
13.2.1.1. Toezichtswet 2016.....	208
13.2.1.2. Wet van 4 april 2014 betreffende verzekeringen	209
13.2.1.3. WLVO van 25 juni 1992 en de Verzekeringwet uit 1874	211
13.2.1.4. Overige aspecten oorlogsexoneratie	214
13.2.2. Deelconclusie.....	216
13.3. Verzekeren van molest in Frankrijk.....	216
13.3.1. Wettelijk kader	217
13.3.1.1. Code des assurances	217
13.3.2. Verzekeren van oorlogsrisico's.....	219
13.3.3. Deelconclusie.....	222
13.4. Verzekeren van molest in Duitsland.....	222
13.4.1. Wettelijk kader	223
13.4.1.1. VVG	224
13.4.1.2. VAG	224
13.4.2. Standaardvoorwaarden GDV.....	225
13.4.2. Deelconclusie.....	227
13.5. Verzekeren van molest in Hongarije	228
13.5.1. Wettelijk kader	228
13.5.2. Verzekeren van oorlogsrisico's.....	230
13.5.3. Deelconclusie.....	232
13.6. Verzekeren van molest in Roemenië.....	232
13.6.1. Wettelijk kader	232
13.6.2. Deelconclusie.....	236
13.7. Conclusies.....	236

14. Richtlijn Solvabiliteit II en de doelstellingen betreffende de interne markt	239
14.1. Inleiding	239
14.2. Richtlijn Solvabiliteit II	239
14.3. Doelstellingen richtlijn Solvabiliteit II betreffende de interne markt	241
14.3.1. Betere toegang (her)verzekeraars tot de interne markt.....	245
14.3.2. Gecoördineerde voorschriften	246
14.3.3. Totstandbrenging van de interne markt	247
14.3.4. Geharmoniseerd rechtskader.....	249
14.3.5. Codificatie criteria betreffende prudentiële beoordeling.....	255
14.3.6. Toegang verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt	256
14.3.7. Assurantiebelasting	258
14.3.8. Toepassing artikel 7 Verordening Rome I	266
14.3.9. Gelijke behandeling verzekeringnemers en begunstigden	267
14.3.10. Rechtskader voor sanering en liquidatie verzekeraars	273
14.4. Conclusie.....	277
15. Richtlijn Solvabiliteit II getoetst aan de doelstellingen betreffende de interne markt.....	279
15.1. Inleiding	279
15.2. Toetscriterium betere toegang (her)verzekeraars tot de interne markt	279
15.2.1. Toegang tot de markt middels één vergunning	280
15.2.2. Voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor.....	280
15.2.3. Plaats hoofdkantoor (her)verzekeraars	281
15.2.4. Het beginsel van premievrijheid en verbod op voorafgaande goedkeuringseisen.....	282
15.2.5. Uitzonderingsbepalingen ter bescherming van het algemeen belang.....	285
15.2.6. Reclame	286
15.2.7. Deelconclusie.....	286
15.3. Toetscriterium gecoördineerde voorschriften	287
15.3.1. Voorschriften betreffende toezicht op verzekeringsgroepen.....	287
15.3.2. Voorschriften over saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures	290
15.3.3. Deelconclusie.....	293
15.4. Toetscriterium geharmoniseerd rechtskader.....	293
15.4.1. Waarborgen voor geharmoniseerd rechtskader	293
15.4.2. Deelconclusie.....	295
15.5. Toetscriterium codificatie betreffende prudentiële beoordeling	296
15.5.1. Regels ten behoeve van de prudentiële beoordeling	296
15.5.2. Deelconclusie.....	298
15.6. Toetscriterium toegang verzekeringnemers tot de interne markt	299
15.6.1. Waarborgen toegang verzekeringnemer tot de interne markt	299
15.6.2. Deelconclusie.....	300
15.7. Toetscriterium toepassing artikel 7 Rome I.....	301
15.7.1. Toepassing artikel 7 Rome I.....	301
15.7.2. Deelconclusie.....	302
15.8. Toetscriterium gelijke behandeling verzekeringnemers en begunstigden	303
15.8.1. Waarborgen van gelijke behandeling.....	303
15.8.2. Deelconclusie.....	304
15.9. Toetscriterium rechtskader voor de sanering en liquidatie verzekeraars	305
15.9.1. Aanvullende bepalingen rechtskader voor sanering en liquidatie verzekeraars	305
15.9.2. Deelconclusie.....	306
15.10. Conclusie.....	306

16. Ter afronding	309
16.1. Inleiding	309
16.2. Conclusies	309
16.2.1. Relevant wettelijk kader	309
16.2.2. Richtlijn Solvabiliteit II en de interne verzekeringsmarkt.....	310
16.2.3. De verzekeringsovereenkomst op de interne verzekeringsmarkt	311
16.2.4. Harmonisatie wettelijk kader binnen de Unie.....	311
16.2.5. Verzekeraars op de interne verzekeringsmarkt	313
16.2.6. Verzekeringnemers op de interne markt	315
16.2.7. Toezicht op verzekeraars binnen de interne verzekeringsmarkt.....	315
16.3. Aanbevelingen	316
Samenvatting.....	319
Summary.....	323
Verkort aangehaalde literatuur	327
Jurisprudentielijst	347

Afkortingen

AA	Ars Aequi
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AMvB	algemene maatregelen van bestuur
art.	artikel
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
AVB	Allgemeinen Versicherungsbedingungen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
BBl	Bundesblatt
BES	Bonaire, Saba en Sint Eustatius
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BS	Belgisch Staatsblad
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Cour de Cassation
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CCR	Caisse Centrale de réassurance
Commissie	Commissie van de Europese Unie
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DNB	De Nederlandsche Bank
d.w.z.	dat wil zeggen
e.a.	en ander(en)
EBA	European Banking Authority
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
EKGS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EP	Europees Parlement
ESFS	European System of Financial Supervisors
ESMA	European Securities and Market Authority
EVO	Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomsten
EU	Europese Unie
FSMA	Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten
GAREAT	Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des risques Attentats et actes de Terrorisme
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Gw	Grondwet
Hakobir	Háborús Kozkázati Biztosítási Iroda
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
Hv	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IMF	International Monetary Fund
IPR	Internationaal Privaatrecht
KB	Koninklijk Besluit
lidstaten	lidstaten van de Europese Unie
NBB	Nationale Bank van België
NHT	Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
nr.	nummer
MKB	midden- en kleinbedrijf
MvT	Memorie van Toelichting
p.	pagina
<i>PbEG</i>	<i>Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (tot 1 februari 2003)</i>
<i>PbEU</i>	<i>Publicatieblad van de Europese Unie (vanaf 1 februari 2003)</i>
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law

<i>Stb.</i>	Staatsblad
Rb.	Rechtbank
RGAR	Revue générale des assurances et des responsabilités
r.o.	rechtsoverweging
t.a.v.	ten aanzien van
UK	Verenigd Koninkrijk
VA	Het Verzekerings-Archief
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Verbond	Verbond van Verzekeraars
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
Wft	Wet op het financieel toezicht
WLVO	Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992
Wlz	Wet langdurige zorg
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
WMO	Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
WOI	Eerste Wereldoorlog
WOII	Tweede Wereldoorlog
WOL	Wet op het levensverzekeringsbedrijf
WOS	Wet van 23 september 1964
WTN	Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf
WTV	Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf
W Verz 2014	Wet betreffende verzekeringen van 4 april 2014
Zvw	Zorgverzekeringwet

1. Inleiding

1.1. Op weg naar een goed werkende interne (verzekerings)markt

De Europese Unie (hierna de Unie of EU) kent vier fundamentele vrijheden: vrij verkeer van personen², goederen³, diensten⁴ en kapitaal⁵. Deze vrijheden dienen één belangrijk doel, namelijk het instellen en waarborgen van de werking van de interne markt en hiermee het realiseren van de Europese marktintegratie.⁶ Ingevolge art. 14 EG was 31 december 1992 aangemerkt als de datum van de voltooiing van de interne markt⁷, een van de doelstellingen van de Unie.⁸

In het *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*⁹ (hierna VWEU) is bepaald dat de Unie gedeelde bevoegdheden heeft met de lidstaten voor wat betreft de interne markt.¹⁰ Aan het begin van de totstandkoming van de interne markt was de focus voornamelijk gericht op het wegnemen van belemmeringen voor de vrije toegang tot de interne markt. Later bleek dat de onbelemmerde toegang nog geen waterdichte waarborg was voor een goed werkende interne markt.

De kloof tussen enerzijds de verwachtingen van de wetgever en beleidsbepalers en anderzijds de wijze waarop de interne markt in de praktijk zijn werking doet en in staat is om de verwachtingen van verschillende belanghebbende partijen (zoals wetgevers, beleidsmakers, ondernemingen, consumenten) te beantwoorden, werd weliswaar kleiner maar blijft hardnekkig bestaan. Waar in eerste instantie gedacht werd dat, voor de totstandbrenging en werking van een interne markt, de voornoemde fundamentele vrijheden en de daarop gebaseerde vrije toegang tot de afzonderlijke nationale markten van de lidstaten, voldoende waarborgen boden, bleek de afgelopen 25 jaar dat harmonisatie van wet- en regelgeving in brede zin en effectief toezicht op naleving hiervan, constitutieve voorwaarden zijn voor een goedwerkende interne markt.

De interne verzekeringsmarkt is onderdeel van de Europese interne markt. Met de *interne verzekeringsmarkt* wordt bedoeld de ruimte waarbinnen een onderneming, op basis van een in één van de lidstaten verkregen vergunning, zonder belemmering verzekeringsproducten kan aanbieden binnen de hele Gemeenschap¹¹.

Uitgangspunt van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt is het geharmoniseerd Europese wet- en regelgeving en toezichtskader, als één van de belangrijkste waarborgen van het *gelijk speelveld*¹².

De interne verzekeringsmarkt kende dezelfde opstartproblemen als de interne markt. Daarnaast had en heeft de ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt te maken met specifieke aspecten gerelateerd aan bijvoorbeeld de uiteenlopende verzekeringstradities van de afzonderlijke lidstaten, afwijkende wet- en regelgeving en verschillende ontwikkeling van de nationale verzekeringsmarkten. Voor het waarborgen van de betere werking van de interne verzekeringsmarkt is om die reden extra instrumentarium noodzakelijk. Zelfs dan kan het voorkomen dat bestaande partijen op zeer uiteenlopende wijze gebruik zullen maken van de interne

² Vrij verkeer van personen heeft betrekking op het recht van de inwoners van de Europese Economische Ruimte (EER) om zonder beperkingen te reizen en te werken in andere lidstaten. Bij de Europese Economische Ruimte (EER) horen alle EU-landen plus Liechtenstein, Noorwegen en IJsland. www.europa-nu.nl/id/vh7eg8yo94yo/vier_vrijheden

³ Vrij verkeer van goederen geldt sinds het Verdrag van Maastricht (1992) en betekent in de praktijk dat goederen bij het overschrijden van de binnengrenzen van de Unie niet meer aan controles worden onderworpen en de Unie één grondgebied vormt. De afschaffing van douanerechten binnen de Unie is gunstig voor het onderlinge handelsverkeer tussen de lidstaten. www.europa-nu.nl/id/vh7eg8yo94yo/vier_vrijheden

⁴ Vrij verkeer van diensten houdt het recht van iedere EU-burger in om te werken binnen het hele grondgebied van de Unie. www.europa-nu.nl/id/vh7eg8yo94yo/vier_vrijheden

⁵ Het vrij verkeer van kapitaal biedt tal van vrijheden op financieel gebied. De met het vrij verkeer van kapitaal samenhangende kapitaalunie heeft als doel om grensoverschrijdende investeringen binnen de Unie te stimuleren en de toegang voor (kleine) bedrijven tot financiering te verbeteren. www.europa-nu.nl/id/vh7eg8yo94yo/vier_vrijheden

⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 469.

⁷ Barents & Brinkhorst 2012, p. 57.

⁸ Zie www.europa-nu.nl/id/vh7doti6loy3/interne_markt. Vóór de inwerkingtreding van de interne markt op 1 januari 1993 bestond binnen de Europese Gemeenschap een vrijhandelszone en later een douane-unie.

⁹ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* C326/47 van 26.10.2012.

¹⁰ Tot uitdrukking gebracht in art. 4 lid 2 onder a) VWEU.

¹¹ Onder de *Gemeenschap* worden de EER-landen bedoeld.

¹² Onder *gelijk speelveld* wordt in dit proefschrift verstaan dat dezelfde regels zijn van toepassing voor alle (verschillende) bedrijven die op een bepaalde markt actief zijn. In paragraaf 6.4.1 van dit proefschrift is een nadere toelichting van het begrip *gelijk speelveld* opgenomen.

verzekeringsmarkt, waardoor deze markt vooral voor één deel van de marktpartijen werkelijk nieuwe kansen zal bieden.

Voorname specifieke aspecten van de interne verzekeringsmarkt zullen in dit proefschrift uitgebreid aan de orde komen. Verder zullen in dit proefschrift de verschillende perspectieven die de interne verzekeringsmarkt kent worden toegelicht. Hierbij wordt uitgegaan van de volgende vier duidelijke, van elkaar afwijkende perspectieven binnen de interne verzekeringsmarkt:

- die van de lidstaten (waaronder de bevoegde toezichhoudende autoriteiten van de lidstaat);
- die van de Unie;
- die van de verzekeraars;
- die van de verzekeringnemers.

In dit proefschrift komen deze verschillende perspectieven op de interne verzekeringsmarkt uitgebreid aan de orde.

Mede gelet op deze verschillende perspectieven zijn de regelingen ter waarborging van de totstandkoming en werking van de interne verzekeringsmarkt maar deels effectief en in de praktijk onvoldoende in staat om belangen van alle stakeholders te verenigen en de goede werking van de interne verzekeringsmarkt te waarborgen.

Voor het opstellen van een effectief pakket van maatregelen ten behoeve van de verbetering van de werking van de interne markt is het noodzakelijk om de gestelde doelen en de te bereiken resultaten helder te formuleren.

- Wat wil de Unie bereiken met de interne verzekeringsmarkt?
- Wat voor specifieke bevoegdheden hebben de Unie en de lidstaten ten aanzien van de interne verzekeringsmarkt?
- Hoe worden de bestaande bevoegdheden uitgeoefend door de Unie en de lidstaten?
- Wat voor rol speelt het territorialiteitsbeginsel bij het toepasselijke recht op de verzekerings-activiteiten binnen de interne markt?
- Komen de doelstellingen van de Unie overeen met die van de nationale wetgevers van de lidstaten?
- Dient de Unie de werking van de interne verzekeringsmarkt te waarborgen of ligt bij de lidstaten een taak hiervoor?
- Worden de veronderstelde toegang en voordelen van actief zijn op de interne verzekeringsmarkt onderschreven door de verzekeraars?
- Hebben de verzekeringnemers (bedrijven en consumenten) de wens om een volledige toegang tot de interne verzekeringsmarkt te krijgen om de mogelijke voordelen van deze markt te benutten?
- Mogen de verzekeringnemers vrije toegang tot de interne verzekeringsmarkt verwachten?
- Moeten verzekeraars, ongeacht hun grootte en kapitalisatie, in staat kunnen zijn om binnen de interne verzekeringsmarkt actief te zijn?

In dit proefschrift komt dit perspectief van de (aspirant) verzekeringnemers op de interne verzekeringsmarkt uitgebreid aan de orde.

Alle onderwerpen, die in dit proefschrift aan de orde komen, worden op eigen titel behandeld en geven op generlei wijze de zienswijze of werkwijze van De Nederlandsche Bank (werkgever van de auteur) weer.

1.2. Uitdagingen voor de interne verzekeringsmarkt

De interne verzekeringsmarkt is tegenwoordig een ruimte waarin een deel van de verzekeraars nieuwe kansen heeft ontdekt en nieuwe business concepten en samenwerkingsverbanden heeft ontwikkeld. Het succes van deze verzekeraars neemt niet weg dat er nog verschillende belemmerende factoren (in ieder geval voor wat betreft het verzekeren van overige risico's¹³) in de weg van een goed werkende interne verzekeringsmarkt staan.

¹³ Ingevolge verordening Rome I zijn de verzekeringsrisico's waarop de verzekeringsovereenkomsten betrekking hebben verdeeld in twee grote categorieën: grote risico's en overige risico's. Beperkende bepalingen inzake het toepasselijk recht gelden voor de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van de overige risico's.

Onder de voornoemde belemmerende factoren vallen vooral de diepgewortelde verschillen binnen de jurisdicties van de lidstaten. Deze jurisdicties vinden hun toepassing op de verzekeringsovereenkomst en zijn tevens relevant voor het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf.¹⁴ Als gevolg van de verschillende jurisdicties gelden in de lidstaten ook uiteenlopende regels van *algemeen belang*¹⁵. Verder zijn verschillende regels van toepassing ten aanzien van de assurantiebelasting, die door de afzonderlijke lidstaten wordt bepaald.

Voorname voorbeelden illustreren dat er sprake is van een breed scala van elkaar afwijkende regelgeving dat van toepassing is op het aanbieden van verzekeringen op de interne verzekeringsmarkt. Hierdoor ontstaan binnen de afzonderlijke lidstaten uiteenlopende premies en voorwaarden voor soortgelijke risico's, met als gevolg dat bijvoorbeeld de premie en voorwaarden voor een opstalverzekering, ter dekking van een gebouw met gelijke ligging, omvang, vloeroppervlakte, gebruik en bouw, afhankelijk van de lidstaat waar dit gebouw staat, aanzienlijk kan verschillen. Onder de voornoemde omstandigheden van verschillende jurisdicties kan marktwerking deze verschillen niet wegnemen.

Alhoewel de Europese wetgever niet als doelstelling van de interne markt heeft gesteld om deze, met de Europese verzekeringsmarkt verbonden verschillen weg te nemen, zal in dit proefschrift onderbouwd worden dat deze verschillen onwenselijk zijn binnen de interne verzekeringsmarkt en dat ze wel degelijk belemmerend werken. Tevens wordt in dit proefschrift toegelicht waarom het wenselijk is dat de interne verzekeringsmarkt waarborgen biedt en ervoor zorgt dat enkel de aard van het risico en geboden dekking de premie bepalen, onafhankelijk van de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen.

Voorname verschillen in de nationale rechtsstelsels en het wantrouwen van een deel van de marktpartijen binnen de verzekeringsmarkt¹⁶ belemmeren de goede werking van de interne verzekeringsmarkt.

Het bevorderen van het vrij verkeer van verzekeringsdiensten is een belangrijk onderdeel van de realisatie van de interne (Europese) verzekeringsmarkt.

Ondanks de inspanningen van de Unie voor het bevorderen van het vrije verzekeringsverkeer en het waarborgen van toegang van de verzekeringnemers tot een zo breed mogelijk scala van verzekeringsproducten¹⁷ wordt de interne verzekeringsmarkt nog steeds onvoldoende benut.

Verzekeraars hebben de afgelopen decennia, doorgaans vanuit de eigen lidstaat, hun positie weten te versterken door fusies en overnames¹⁸, reorganisaties en drastische kostenreducties. Een ander deel van de verzekeraars heeft, al dan niet gecombineerd met andere strategieën, ervoor gekozen om door middel van

¹⁴ Harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht wordt ook beïnvloed door de twee verschillende modellen die binnen het Europese verzekeringsbedrijven kunnen worden onderscheiden. Cousy (Cousy, 2002, p. 3) maakt onderscheid tussen het 'Alpijnse model' met als basiskenmerk de vergaande solidariteit tussen de verzekerden en de 'maritieme verzekeringscultuur' die niet naar het voorwerp van de verzekering (zeeverzekeringen) is genoemd maar naar de landen waar die bedrijvigheid vaak voorkomt zoals Engeland, Nederland. In de maritieme verzekeringscultuur is verzekering vaak een speculatieve financiële dienst op een zeer competitieve markt.

¹⁵ Het concept *algemeen belang* laat lidstaten toe om op gebieden, waar de wet- en regelgeving niet geharmoniseerd is, bepaalde nationale maatregelen te handhaven of nieuwe regels te introduceren ter bescherming van het algemeen belang. Paragraaf 7.5.2 van dit proefschrift bevat een nadere toelichting inzake dit onderwerp.

¹⁶ Mogelijke betrokken partijen zijn de verzekeraars, belangenorganisaties, potentiële klanten en toezichthouders.

¹⁷ Zie overweging 19 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992: "*Overwegende dat het in het kader van de interne markt in het belang van de verzekeringnemer is dat hij toegang heeft tot een zo breed mogelijke waaier van in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten, waaruit hij de keuze kan maken die het best aan zijn behoeften voldoet; dat de Lid-Staat waar het risico is gelegen er derhalve op moet toezien dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt kunnen worden gebracht, voor zover zij niet in strijd zijn met de wettelijke bepaling van algemeen belang die in deze Lid-Staat gelden en voor zover dit algemeen belang niet door de voorschriften van de Lid-Staat van herkomst wordt gevrijwaard, mits deze wettelijke bepalingen zonder discriminatie van toepassing zijn op alle in deze Lid-Staat werkzame verzekeringsondernemingen, en mits zij objectief nodig zijn en toegesneden zijn op het beoogde doel*".

¹⁸ Bonnard 2009, p. 32, eveneens recente fusies en overnames zoals de overname van Delta Lloyd door Nationale Nederlanden, de overname van Chubb Insurance Company of Europe SE door ACE European Group Limited per 1 mei 2017, fusie tussen Menzis Zorgverzekeringen N.V. en Azivo Zorgverzekering N.V. op 31 december 2016, de fusie tussen Vakuutusosakeyhtiö Bothnia International Oy en Återförsäkringsaktiebolaget Stockholm AB op 31 december 2016, overname van AXENT NabestaandenZorg N.V. door ASR Levensverzekering N.V. op 1 oktober 2017, overname van De Eendragt Pensioen N.V. door ASR Levensverzekering N.V. op 30 juni 2016, overname van Onderlinge Waarborgmaatschappij Univé West Drenthe U.A. door Onderlinge Verzekeringsmaatschappij Midden Drenthe U.A. op 31 december 2015.

www.zoek.officielebekendmakingen.nl/zoeken/resultaat/?zkt=Uitgebreid&pst=Staatscourant&vrt=fusie&zkd=InDeGeheleText&dpr=AnderePeriode&spd=20100504&epd=20170524&sdt=DatumPublicatie&rpk=Verzekeringswezen&planId=&pnr=1&rpp=10

bijvoorbeeld het openen van bijkantoren in andere lidstaten of door middel van vrije dienstverrichting, de mogelijkheden van de interne verzekeringsmarkt (beter) te benutten.¹⁹

Alhoewel de Europese regels steeds meer in maximumharmonisatie voorzien en steeds minder ruimte laten voor de nationale wetgever en/of toezichthouder(s) om 'eigen' wensen in nationale regelgeving op te (laten) nemen, bevat de Wet op het financieel toezicht²⁰ (hierna de Wft) naast een omzetting van de Europese regelgeving ook eigen, nationale bepalingen met betrekking tot het functioneren van financiële ondernemingen. Verder bevat de Wft de mogelijkheid om middels algemene maatregelen van bestuur aanvullende, nationale eisen toe te voegen aan de bestaande wet- en regelgeving. Deze nationale bepalingen zijn ook in de gelijksoortige wetgeving van andere lidstaten opgenomen. Hoe meer deze regels van elkaar afwijken hoe groter is het verschil tussen de marktpositie en bewegingsruimte van verschillende verzekeraars (d.w.z. met zetel in verschillende lidstaten) op de interne verzekeringsmarkt. Verschillen betreffende de toegang tot en het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf leveren mogelijk strijd op met het principe van het gelijk speelveld.

1.3. De Nederlandse verzekeraar op de interne verzekeringsmarkt

In dit proefschrift komt de perceptie van de interne markt door verzekeraars met zetel in Nederland uitgebreid aan de orde. Deze verzekeraars maken, zeker in vergelijking met verzekeraars met zetel in andere lidstaten, weinig gebruik van de mogelijkheden van de interne verzekeringsmarkt.

Wat betekent een gering aandeel van de Nederlandse verzekeraars in de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten? Is dit een bewijs voor hardnekkige belemmeringen veroorzaakt door wet- en regelgeving of gaat het om andere oorzaken van niet- juridische aard? Gaat het hier om een voorbeeld van het teleurstellende resultaat van de Europese functionele benadering²¹ of zijn de nationale barrières, gewoonte en inertie moeilijk te overwinnen?²²

Zijn de Nederlandse verzekeraars voorzichtiger dan verzekeraars gevestigd in andere lidstaten en die wel actief zijn op de interne verzekeringsmarkt?

De Nederlandse regelgeving op het terrein van het financieel toezicht, aangevuld met de beleidsregels van de prudentiële toezichthouder De Nederlandsche Bank (hierna DNB) en die van de gedragstoezichthouder de Autoriteit Financiële Markten (hierna de AFM), bepalen de positie en de bewegingsruimte van de Nederlandse verzekeraars niet alleen binnen Nederland maar ook op de interne verzekeringsmarkt. Daartegenover staat dat de nationale regelgeving vanuit een andere lidstaat en de beleidsregels van de nationale toezichthouder(s) van die lidstaat de positie en de bewegingsruimte van een verzekeraar met zetel in het desbetreffende land op de interne (waaronder ook de Nederlandse) verzekeringsmarkt bepalen.

Heeft deze wetgeving effect op de mogelijkheden van de Nederlandse verzekeraars op de interne markt?

1.4. Het onderwerp van dit proefschrift

Dit proefschrift gaat over de maatregelen die genomen zijn ter waarborging van de goede werking van de interne verzekeringsmarkt en over het instrumentarium dat opgesteld is door de Unie en de lidstaten om hun doelstelling betreffende de interne markt te verwezenlijken. Zijn deze instrumenten door ieder (d.w.z. alle lidstaten en stakeholders) geaccepteerd? Worden deze instrumenten door ieder in gelijke mate gebruikt? Zijn er andere lokale omstandigheden en belangen waardoor deze instrumenten in effectiviteit verschillen en die het inzetten van deze instrumenten vergemakkelijken of juist moeilijker maken?

Tevens bevat dit proefschrift aanbevelingen ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt.

Dit proefschrift bestaat uit 4 delen:

I beschrijving van de verzekeringsmarkt, grensoverschrijdende activiteiten en relevant wettelijk kader;

¹⁹ Zie de opmerkingen uit Commissie, 'Groenboek over financiële diensten voor consumenten in de interne markt van de Europese Commissie', COM/2007/0226 final, van 30.04.2007, p. 5 en Vágási 2013, p. 164.

²⁰ *Stb.* 2006, 475.

²¹ Hendrikse & Rinkes 2007, p. 24.

²² Vágási 2013, p. 164.

- II wettelijke bepalingen van prudentieel toezicht met nationaal karakter, effecten hiervan voor de interne verzekeringsmarkt beoordeeld middels rechtsvergelijkend onderzoek;
- III waarborgen die richtlijn Solvabiliteit II biedt voor de interne verzekeringsmarkt;
- IV conclusies en aanbevelingen.

Ad I) Dit deel bevat een uitgebreide toelichting van de uitdagingen van de interne markt en het juridisch kader waarbinnen verzekeraars opereren bij het aanbieden van verzekeringen.

Voor een nadere toelichting van het relevant wettelijk kader ligt een nadrukkelijke focus op de regels van prudentieel toezicht. Rechtvaardiging van deze keuze is gelegen in het feit dat richtlijn Solvabiliteit II en de implementatie hiervan in de Nederlandse wetgeving op de regels van prudentieel toezicht betrekking heeft. Waar de opinie van de AFM aan de orde komt is deze opinie niet gerelateerd aan het in dit onderzoek betrokken wettelijk kader maar heeft te maken met de opinie van de AFM betreffende de Nederlandse verzekeringsmarkt.

Dit proefschrift benadert de interne verzekeringsmarkt vanuit het perspectief van de Nederlandse verzekeringsmarkt. Dit vindt plaats middels een uitgebreide toelichting van de specifieke aspecten en de uitdagingen van deze markt.

Ad II) Aangezien in Nederland de bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II²³ in de Wft zijn geïmplementeerd wordt in dit deel deze wet en meer specifiek de wettelijke bepalingen van prudentieel toezicht, opgenomen in deel 3 van de Wft, uitgebreid behandeld. Tevens wordt een toelichting opgenomen inzake de civielrechtelijke bepalingen die, naast de publiekrechtelijke bepalingen (die ook implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in de Nederlandse wetgeving bevatten) het relevante juridisch kader vormen. Verder bevat dit deel een uitgebreide behandeling van art. 3:38 van de Wft. In dit artikel is een bepaling van nationaal recht opgenomen die geen Europeesrechtelijk oorsprong kent. Deze behandeling wordt aangevuld door de uitkomsten van een rechtsvergelijkend onderzoek ten aanzien van het molestverbod uit art. 3:38 Wft en vergelijkbare regels uit de Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense nationale wetgeving.

Ad III) In deel III van dit proefschrift wordt ingegaan op de bijdrage van richtlijn Solvabiliteit II tot het vergemakkelijken van de deelname van verzekeraars op de interne markt. Dit deel bevat het verslag van het onderzoek naar de doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II betreffende de werking van de interne markt. Tevens wordt uitgebreid ingegaan op de vraag in hoeverre deze doelstellingen middels richtlijn Solvabiliteit II zijn gerealiseerd.

Brengt richtlijn Solvabiliteit II een belangrijke verbetering in het waarborgen van de vrijheden binnen de Unie? Waarom zou richtlijn Solvabiliteit II als instrument geschikter zijn voor het bereiken van de gestelde doelen, dan eerdere instrumenten ter waarborging van het vrij verkeer en de ontwikkeling van de interne (verzekerings-)markt?

Ad IV) Deel IV bevat ten slotte de conclusies en de aanbevelingen gericht aan de wetgever (i) toezichthouders (ii) en verzekeraars (iii) ten aanzien van de betere werking van de interne verzekeringsmarkt en actief zijn op deze markt.

1.5. Aanleiding en rechtvaardiging onderzoek

Iedere verzekeraar met zetel in een van de lidstaten van de Gemeenschap is een marktpartij op de interne verzekeringsmarkt, ongeacht of hij zich hiervan bewust is of de wens heeft om van de interne markt gebruik te maken. Zo komt de interne markt gewild of ongewild in iedere bestuurskamer van elke verzekeraar binnen en krijgen de verzekeraars te maken met de invloed van de regels en dynamiek van de interne verzekeringsmarkt. Daarnaast krijgt iedere verzekeraar te maken met de Europese wet- en regelgeving. Een deel hiervan kent een rechtstreekse werking en een ander deel is geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

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), *PbEU* L 335 van 17.12.2009, p. 1, Rectificatie *PbEU* L 219 van 25.7.2014, blz. 66 (2009/138/EG), NL - 23.05.2014- 005.003- 1. Richtlijn Solvabiliteit II is het nieuwe risicogebaseerde toezichtraamwerk voor de (her)verzekeraars dat nieuwe en verregaande eisen stelt aan het vereiste kapitaal, risicomanagement en rapportages.

Gelet op het bovenstaande heeft iedere verzekeraar (klein of groot, internationaal of nationaal georiënteerd) een groot belang bij wet- en regelgeving die oneerlijke concurrentie tegengaat en heeft tevens baat bij gelijke juridische kaders voor het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf op de interne verzekeringsmarkt.

Voorliggend proefschrift is het resultaat van de wens om te doorgronden in hoeverre het bestaande wettelijk kader voor de verzekeraars, en meer specifiek richtlijn Solvabiliteit II en de implementatie hiervan in de nationale wetgeving, een essentieel en voldoende robuust instrument vormen voor een makkelijker toegang tot en betere werking van de interne markt.

Rechtvaardiging van dit onderzoek is gelegen in het feit dat een overvloed aan Europese wetgeving op dit terrein klaarblijkelijk niet tot het gewenst resultaat heeft geleid.

Door het beantwoorden van de in paragraaf 1.6 opgenomen onderzoeksvraag komt naar voren op welke terreinen nog kansen liggen voor de voltooiing van de interne verzekeringsmarkt en het creëren van een gelijk speelveld voor de (her)verzekeraars binnen de Gemeenschap. Op basis van deze bevindingen worden aanbevelingen geformuleerd ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt.

Dit proefschrift bevat meerdere referenties naar de Nederlandse verzekeraars en verzekeringsmarkt. Dit betekent echter niet dat dit onderzoek zich slechts op deze aanbieders en markt richt. De aandacht gaat nadrukkelijk uit naar de hele interne markt en dus ook naar de verzekeraars met zetel in andere lidstaten. Echter door uit te gaan van voorbeelden gerelateerd aan de Nederlandse verzekeraars en specifieke aspecten van de Nederlandse verzekeringsmarkt wordt er wel naar gestreefd om dit onderzoek naar een Europees-rechtelijk onderwerp dichtbij en dus herkenbaar te houden voor de Nederlandse verzekerings-branche, wetgever, toezichthouders en verzekeringnemers.

1.6. De onderzoeksvraag

In dit proefschrift staat de volgende vraag centraal:

Is het huidige wettelijk kader van prudentieel toezicht op verzekeraars geschikt voor het waarborgen van de goede werking van de interne verzekeringsmarkt en zo nee, welke verbeteringen zijn er mogelijk?

Deze vraag wordt op basis van de volgende subvragen beantwoord:

I) *Wat is de invloed van een nationale regel die slechts voor een deel van de marktdeelnemers geldt voor het gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt?*

II) *Heeft richtlijn Solvabiliteit II effectief bijgedragen aan het realiseren van de doelstelling van de Europese wetgever om de toegang tot en de uitoefening van de verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten te vergemakkelijken en een rechtskader tot stand te brengen om (her)verzekeringsondernemingen de mogelijkheid te bieden om op de gehele interne markt het verzekeringsbedrijf uit te oefenen?*

III) *Welke aanvullende maatregelen zouden een bijdrage kunnen leveren aan het beter functioneren van de interne verzekeringsmarkt?*

1.7. Opzet en verantwoording onderzoek

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag is uitgebreid onderzoek gedaan naar de relevante deelonderwerpen zoals hieronder opgenomen, naar het toepasselijke wettelijk kader, juridische literatuur, onderzoeken betreffende de werking van de verzekeringsmarkt en jurisprudentie van voornamelijk het Europese Hof van Justitie (hierna HvJ).

De belangrijkste deelonderwerpen van dit onderzoek zijn:

1. Verzekeren, verzekeringsovereenkomst en het toepasselijke recht;
2. Verdragsrecht en verzekeren;
3. Actuele ontwikkelingen (Nederlandse) verzekeringsmarkt;
4. De interne markt en vrije dienstverrichting;
5. Interne verzekeringsmarkt;
6. Ontwikkelingen interne verzekeringsmarkt;
7. Toezicht op de interne verzekeringsmarkt;
8. Het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht;
9. Regels van prudentieel toezicht;
10. Prudentieel toezicht op het verzekeren;

11. Molestverbod in de Wft (art. 3:38 Wft);
12. Rechtsvergelijkend onderzoek betreffende het molestverbod;
13. Richtlijn Solvabiliteit II en de doelstellingen ten aanzien van de interne markt;
14. Richtlijn Solvabiliteit II getoetst aan de doelstellingen betreffende de interne markt;
15. Conclusies en aanbevelingen.

Vornoemde onderwerpen worden in afzonderlijk hoofdstukken behandeld. Ieder hoofdstuk start met een inleiding en wordt afgesloten met een conclusie. Aan het einde van dit proefschrift wordt een antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd en worden de subvragen afzonderlijk besproken.

Hypotheses

Voor een betere afbakening van het onderzoek zijn de volgende hypothesen geformuleerd:

- I. *Nationale regels van prudentieel toezicht hebben geen invloed op de verzekeringsovereenkomst.*
- II. *Nationale regels hebben geen invloed op het gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt.*
- III. *Er bestaat een geharmoniseerd rechtskader betreffende de inhoud van verzekeringsovereenkomst.*
- IV. *Richtlijn Solvabiliteit II bevat nieuwe maatregelen voor het verbeteren van de toegang van verzekeraars en verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt en levert hiermee een bijdrage aan de betere werking van de interne verzekeringsmarkt.*
- V. *Richtlijn Solvabiliteit II biedt geen nieuwe codificatieregels t.b.v. prudentieel toezicht.*
- VI. *Een geharmoniseerd Europees toezichtkader is noodzakelijk voor het waarborgen van de goede werking van de interne markt.*
- VII. *Richtlijn Solvabiliteit II is een geschikt instrument voor een geharmoniseerd toezichtkader binnen de Unie.*

1.8. De bij de rechtsvergelijking betrokken rechtsstelsels

Ten behoeve van het beantwoorden van de onderzoeksvraag en meer specifiek subvraag I is een rechtsvergelijkend onderzoek uitgevoerd. De vergelijking is van belang om te beoordelen in hoeverre het gelijk speelveld tussen de schadeverzekeraars met zetel in Nederland en schadeverzekeraars uit andere lidstaten, die middels een in Nederland gelegen bijkantoor of middels vrije dienstverrichting naar Nederland actief (kunnen) zijn, wordt beïnvloed door een bepaling van prudentieel toezicht die voor schadeverzekeraars met zetel in Nederland geldt. Bij de rechtsvergelijking zijn de Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense wetgeving betrokken.

De keuze van de voornoemde lidstaten is gebaseerd op de wens om diversiteit in de te vergelijken jurisdicties te bereiken. Diversiteit is hierbij relevant aangezien vrije dienstverrichtingsactiviteiten binnen de Gemeenschap niet noodzakelijkerwijs gericht zijn op de buurlanden.

Voor het Belgische recht is gekozen wegens de recente nieuwe wetgeving betreffende het verzekeringsrecht. Keuze voor het Belgische recht ligt verder voor de hand aangezien tussen België en Nederland veel grensoverschrijdend verzekeringsactiviteit plaatsvindt. Frankrijk en Duitsland, als de grootste en belangrijkste rechtsstelsels van de Unie na de Brexit²⁴ konden niet ontbreken uit deze rechtsvergelijking, verder zijn in deze landen belangrijke verzekeraars gevestigd die via bijkantoor of vrije dienstverrichting een belangrijk deel van de in Nederland gelegen risico's verzekeren.

Gelet op de Brexit, is verder ervoor gekozen om het Engelse recht betreffende de activiteiten van de (her)verzekeringsondernemingen niet te betrekken bij deze rechtsvergelijking. Verzekeraars, die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn, moeten na het uittreden van het Verenigd Koninkrijk uit de Unie een vergunning voor het aanbieden van (her)verzekeringen aanvragen in een van de EU-lidstaten om grensoverschrijdende activiteiten binnen de Unie te mogen blijven uitvoeren. Voor de uitoefening van hun verzekeringsactiviteiten zullen ze dan automatisch onder de wet- en regelgeving van de vergunningverlenende EU-lidstaat vallen. Dat brengt met zich mee dat voor het gelijke speelveld op de interne markt betreffende de uitoefening van de herverzekerings- en verzekeringsactiviteiten van deze ondernemingen

²⁴ De term Brexit is een mengwoord van *Britain* en *exit* en heeft betrekking op het uittreden van het Verenigde Koninkrijk uit de Unie.

binnenkort niet meer het Engelse recht, maar het recht van de vergunningverlenende EU-lidstaat relevant zal worden.

De Hongaarse en Roemeense rechtsstelsels zijn in de rechtsvergelijking meegenomen om te laten zien welke verschillen deze rechtsstelsels vertonen ten opzichte van de Nederlandse jurisdictie voor wat betreft het onderzochte deelonderwerp. Verder zijn deze rechtsstelsels interessant omdat ze, na een periode van ruim 40 jaar zonder private verzekeringssector en noemenswaardige ontwikkeling in hun eigen verzekeringsrecht, na de val van het communisme, opnieuw ingericht moesten worden in overeenstemming met de veranderde praktijk. Verschil tussen de Hongaarse en Roemeense rechtsstelsels is er ook. Oorspronkelijk kent het Hongaarse verzekeringsrecht sterke invloeden van het Duitse recht. Het Roemeense recht is echter voornamelijk beïnvloed door het Franse recht. Verder geldt voor het Hongaarse en Roemeense recht, dat ze vrij snel na hun toetreding tot de Unie (Hongarije sinds 1 mei 2004 en Roemenië sinds 1 januari 2007 lid van de Unie) ook de Europese wetgeving hebben geïmplementeerd, waardoor mogelijk minder uitzonderingen, afwijkingen ten opzichte van het Europese recht bevatten, dan de rechtsstelsels van Nederland, België, Frankrijk of Duitsland.

Ten slotte is deze keuze voor de bij de rechtsvergelijking betrokken rechtsstelsels gebaseerd op de wens om een zo divers mogelijk palet van te vergelijken rechtsstelsels te gebruiken. Door diversiteit zouden mogelijk nieuwe inzichten naar voren komen die in de verdere ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt ook als voorbeelden gebruikt zouden kunnen worden.

2. Verzekeren, verzekeringsovereenkomst en het toepasselijke recht

2.1. Inleiding

Dit proefschrift gaat over het verzekeren op de interne markt. Maar wat houdt verzekeren en een verzekeringsovereenkomst in? Naar welk recht wordt de verzekeringsovereenkomst opgesteld? Deze vragen en enkele hieraan verbonden en voor het aanbieden van de verzekeringen relevante, onderwerpen worden in dit hoofdstuk kort behandeld.

Ten eerste wordt een beknopte toelichting op de definitie van de verzekering gegeven. Vervolgens wordt ingegaan op de verzekeringsovereenkomst. Hier gaat het om een wederkerige overeenkomst gesloten, vaak door tussenkomen van een assurantietussenpersoon, tussen een aanbieder van verzekeringen (verzekeraar) en een verzekeringnemer. Verder wordt de inhoud van de verzekeringsovereenkomst behandeld. Hierbij wordt ook ingegaan op de contractsvrijheid van de (potentiële) contractspartijen en de mogelijkheden van deze partijen om de inhoud van de door hen te sluiten overeenkomst naar eigen wensen te bepalen. Ten aanzien van dit onderdeel van het verzekeringsovereenkomstenrecht bevat dit hoofdstuk een toelichting betreffende de contractsvrijheid en contractdwang van de partijen betrokken bij een verzekeringsovereenkomst en voorbeelden betreffende de verzekerings- en acceptatieplicht. Tevens worden de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht (IPR) beknopt toegelicht.

Dit hoofdstuk wordt afgesloten met de behandeling van een relevante beperking van de partijautonomie bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Hierbij wordt ingegaan op het relevante wettelijk kader voor het bepalen van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in geschillen die voortvloeien uit grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten.

2.2. Definitie verzekering

Volgens het Nederlandse recht en meer specifiek art. 7:925 Burgerlijk Wetboek (BW)²⁵, is de verzekering een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen betreffende financiële risico's als gevolg van gebeurtenissen die bij het sluiten van de overeenkomst zich niet hebben geopenbaard en waarvan de openbaring ook in de toekomst onzeker is.²⁶

In de definitie van de schadeverzekering uit de Wft wordt ook naar deze privaatrechtelijke definitie van het verzekeren uit het BW verwezen.²⁷

Ingevolge art. 7:925 BW is er sprake van een verzekering indien aan de volgende vier cumulatieve criteria is voldaan:

- een overeenkomst;
- een verbintenis tot premiebetaling;
- een verbintenis tot uitkering;
- onzekerheid.²⁸

Een definitie van de verzekering kan echter vanuit diverse oogpunten en disciplines geformuleerd worden.²⁹ Hoe de uiteindelijke definitie zal luiden is mede afhankelijk van de hoedanigheid van degene die deze vraag beantwoordt (ofwel aanbieder, verzekeringnemer, onderneming, consument, toezichthouder, investeerder, belastingdienst), maar ook van het land waar deze definitie wordt geformuleerd (landen met sterke verzekeringstraditie versus landen waar verzekeren een kortere geschiedenis kent, of waar een lange tijd de

²⁵ Rinkes (Rinkes 2016, p. 77) stelt dat de juridische kwalificatie van de verzekeringsovereenkomst helder is opgenomen in art. 7:925 BW maar dat vervolgens wel de vraag gesteld moet worden naar het bestaan van een juridisch model waaraan de aldus tot stand gekomen verzekeringsovereenkomst getoetst kan worden aan alle toepasselijke regelgeving, rekening houdend met de beginselen van het contractenrecht.

²⁶ Om die reden wordt in Hendrikse & Rinkes 2012, p. 119 gesteld dat “verzekering is handel in onzekerheid”. Volgens Rinkes (Rinkes 2016, p. 85) is de huidige Titel 7.17 BW een “*keurige codificatie van rechtspraak en praktijk, een regeling van verzekering als bijzondere overeenkomst*”.

²⁷ Zie definitie schadeverzekering uit art. 1:1 Wft waarin een verwijzing is opgenomen naar de schadeverzekering als bedoeld in art. 7: 944 BW en de sommenverzekering als bedoeld in art. 7:964 BW, niet zijnde een levensverzekering of een financieel instrument.

²⁸ Zie www.toezicht.dnb.nl/2/50-236051.jsp.

²⁹ Rinkes 2014, p. 215. Hier wordt aangegeven dat het concept ‘verzekeren’ in een juridisch context vanuit verschillende invalshoeken benaderd kan worden.

overheid de functie van de verzekeraar heeft overgenomen en/of het uitoefenen van verzekeringsactiviteiten heeft verboden).

Bij het formuleren van een antwoord op de voornoemde vraag zullen verder de financiële geletterdheid en de sociale omstandigheden van de consument- verzekeringnemers, het rechtssysteem van het land, de jurisprudentie en het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht ook relevant zijn.

De voornoemde omstandigheden maken het moeilijk om binnen de Gemeenschap één standaarddefinitie voor het verzekeren en nadere uitwerking hiervan in de nationale wet- en regelgeving en verzekeringspraktijk vast te stellen.

2.3. De verzekeringsovereenkomst

De verzekeringsovereenkomst, als wederkerige overeenkomst, komt naar Nederlands recht tot stand door een aanbod en aanvaarding daarvan³⁰. Deze regel kent – in diverse varianten – een vergelijkbare inhoud in de meeste landen van de EU.³¹ Wegens het uitblijven van een codificatie van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht³² blijven voorlopig deze verschillen bestaan.

De verzekeringsovereenkomst gaat dus uit van een tweezijdige wilsovereenstemming tussen minimaal twee partijen.³³ Hierbij geldt als verondersteld uitgangspunt dat de contracterende partijen in grote mate keuzevrijheid hebben bij het bepalen van de inhoud van de met elkaar overeen te komen afspraak.

Onder de inhoud van de verzekeringsovereenkomst vallen het te verzekeren risico, premie en de overige voorwaarden waaronder de overeenkomst tot stand komt en die op de overeenkomst betrekking hebben.

Deze voorwaarden gaan voornamelijk over:

- de verzekerde gebeurtenis, zaak, leven;
- wanneer er dekking wordt geboden;
- de begrenzing in tijd (contractperiode);
- waarde (verzekerde som) en overige aspecten van de dekking;
- het toepasselijke recht;
- dekkingsgebied (eventuele territoriale begrenzing van de dekking);
- de eventuele verzekerden/ begunstigen bij de overeenkomst;
- de rechten en plichten van de contractspartijen;
- uitsluitingen;
- de regels die in acht genomen moeten worden bij de openbaring van een gebeurtenis die bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog onzeker werd geacht (of bij levensverzekeringen niet bekend was wanneer die zou plaatsvinden) en die tot een schade-uitkering of een uitbetaling ingevolge een levensverzekering (sommenverzekering) zal leiden.

Voor de hoogte van de uitkering en de daaraan verbonden voorwaarde, d.w.z. de prestatie van de verzekeraar, is de inhoud van de verzekeringspolis (de verzekeringsvoorwaarden) bepalend.

2.4. Contractsvrijheid en de verzekeringsovereenkomst

Binnen de rechtsliteratuur wordt uitgegaan van verschillende grondbeginselen van het contractenrecht.³⁴ Hijma³⁵ stelt dat de volgende, met elkaar samenhangende beginselen de fundamentele van de obligatoire overeenkomst (contractenrecht), vormen³⁶:

³⁰ Zie art. 6:217 BW, art. 7:926 BW en ook Van Huizen, Wezeman & Van Eijk- Graveland 2014, p. 12. Volgens het Belgische recht is de rechtsgeldige totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst afhankelijk van de vervulling van vier voorwaarden die zijn neergelegd in art. 1108 BW (Belgisch Burgerlijk Wetboek): (1) de toestemming van de partijen die zich verbinden, (2) de bekwaamheid van de partijen om contracten aan te gaan, (3) een bepaald onderwerp en (4) een geoorloofde oorzaak. Ten aanzien van de relevante elementen van de verzekering naar het Duitse recht zie Beckmann 2015, p. 24-25.

³¹ In de Draft Common Frame of Reference (DCFR) wordt deze regel van totstandkoming van de wederkerige overeenkomsten als een belangrijk uitgangspunt voor het Europese privaatrecht bevestigd. Zie ook Schulte-Nölke 2012, p. 11-12.

³² Zie hierbij Beckmann 2015, p. 14 waarin is gesteld dat een dergelijke codificatie, harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht ook geen actueel doel is van de Europese wetgever, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 83.

³³ Als consensueel contract komt de verzekeringsovereenkomst in beginsel tot stand zodra wilsovereenstemming is bereikt tussen de partijen over alle bestanddelen (d.w.z. elementen waarvan de partijen een wezenlijk belang aan hechten) van de overeenkomst.

- consensualisme,
- de verbindende kracht van de overeenkomst, en
- contractsvrijheid.

Het beginsel van consensualisme brengt met zich mee dat de overeenkomst door de wilsovereenstemming van de partijen (consensus) tot stand komt.³⁷

De verbindende kracht van de overeenkomst komt tot uitdrukking in het erkennen van de door de contractspartijen overeengekomen rechtsgevolgen.³⁸ Dit brengt met zich mee dat een contractspartij zich niet meer eenzijdig en zonder instemming van de wederpartij kan onttrekken aan de naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst.³⁹ Volgens Smits⁴⁰ biedt de wilstheorie een rechtvaardiging van gebondenheid alsmede een criterium voor het bepalen van gebondenheid die op zichzelf consistent en werkbaar is.⁴¹

Onder contractsvrijheid wordt verstaan dat het aan een ieder vrij staat om wel of geen overeenkomst te sluiten. Het beginsel van contractsvrijheid verschafft een natuurlijke persoon of rechtspersoon de volgende drie bevoegdheden⁴²:

- de vrijheid om binnen de door de wet en rechtspraak gestelde ruimte al dan niet te bepalen dat hij een overeenkomst wil aangaan;
- de vrijheid om te bepalen met wie men een overeenkomst wil aangaan;
- in afstemming met de contractspartij inhoud, vorm en werking van de overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen⁴³.

In de rechtsliteratuur zijn verschillende nuances aangebracht ten aanzien van de contractsvrijheid. Flume⁴⁴ ziet contractsvrijheid als een speciaal geval van private autonomie. Volgens Nieuwenhuis⁴⁵ laat het recht aan de partijen een ruimte waarbinnen zij “naar vrije verkiezing” overeenkomsten kunnen sluiten. Nieuwenhuis omschrijft contractsvrijheid als een bevoegdheid (uitdrukking van de vrijheid om te contracteren met een persoon naar keuze) en autonomie als de grond die de gebondenheid van partijen aan hun overeenkomst rechtvaardigt. Het door Nieuwenhuis beoogde autonomiebeginsel⁴⁶ vóóronderstelde contractsvrijheid.

³⁴ Smits stelde dat Nieuwenhuis de wil en vertrouwen als verklaring voor contractuele verbondenheid heeft verworpen en voor een combinatie van factoren als grondslag voor verbondenheid heeft gepleit. Deze grondslag wordt dan in drie beginselen gevonden: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causaliteitsbeginsel. In zijn proefschrift stelde Zwitser (Zwitser 1984) echter dat de individuele wil de enige maker van een overeenkomst is, maar dat deze wil gevangen zit in een web van objectieve factoren waardoor die zich patroonmatig zal gedragen. Zie Smits 1995, p. 204. In zijn dissertatie stelde Hijma (Hijma 1988, p. 29 ev.) dat een verklaring redengevend is voor de gebondenheid.

³⁵ Hijma e.a. 2016, p. 13.

³⁶ In zijn proefschrift uit 1979 gaat J.H. Nieuwenhuis uit van de volgende drie beginselen autonomie, vertrouwen en causa. Deze beginselen worden door Hofmann 1977 met het billijkheidsbeginsel aangevuld.

³⁷ Smits (Smits 1995, p. 2) geeft aan dat de rechtshandeling in normale situatie door de op elkaar aansluitende wilsverklaringen van partijen tot stand komt. Dit is dan een primaire grondslag voor de contractuele gebondenheid zoals in art. 3:33 jo 35 BW is neergelegd. Een subsidiaire grondslag is gelegen in de gebondenheid, ondanks de afwijking tussen de wil en de verklaring gedaan aan de wederpartij, indien de wederpartij de verklaring of gedraging als een wilsverklaring kon opvatten.

³⁸ In art. 3:37 lid 1 BW is opgenomen dat “*tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.*”

³⁹ Ingevolge art. 3:296 BW kan bij niet naleving van de verplichtingen uit de overeenkomst de schuldeiser desnoods via een gerechtelijke procedure nakoming afdwingen.

⁴⁰ Smits 1995, p. 193.

⁴¹ Zie Smits 1995, p. 217 waarin melding is gemaakt van verschillende beschouwingen uit de rechtsliteratuur en is gesteld dat de wilsleer de vraag van de contractuele gebondenheid aan de wil van de handelende personen koppelt, terwijl de vertrouwensleer dezelfde gevolg koppelt aan het vertrouwen van de wederpartij. Ook wordt verwezen naar de modernere opvattingen (zoals die van Nieuwenhuis, Zwitser en die van Hijma) die uitgaan van een samenspel van wil, verklaring en vertrouwen.

⁴² Thierry 2011, p. 538, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 16, Stijns & Swaenepoel 2010, p. 3, Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 48.

⁴³ Hierbij gaat het ook om de vrijheid om de overeenkomst aan, een door de contractspartijen gekozen jurisdictie, te onderwerpen. Deze vrijheid houdt immers nauw verband met de vrijheid om inhoud, vorm en werking van de overeenkomst te bepalen.

⁴⁴ Flume 1979, p. 12.

⁴⁵ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁴⁶ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

Volgens Vranken veronderstelt contractsvrijheid gelijkheid tussen de contract sluitende partijen.⁴⁷ De bevoegdheid om in het kader van het beginsel contractsvrijheid de inhoud, vorm en werking van een overeenkomst te bepalen wordt vaak met het begrip *partijautonomie* aangeduid.⁴⁸ Hierbij bestaat overigens geen eenduidigheid; het door Nieuwenhuis uitgewerkte autonomie-beginsel had betrekking op de bevoegdheid van partijen om “*desverkiezend onderlinge rechtsbetrekkingen aan te gaan*”.⁴⁹ Volgens Stijns & Swaenepoel verwijst het woord *wilsautonomie* in het recht “*naar de opvatting dat elk individu de bevoegdheid heeft om zijn eigen rechtspositie te bepalen, onder meer door vrij overeenkomsten aan te gaan*”.⁵⁰

In dit proefschrift wordt onder *partijautonomie* verstaan de vrijheid van de contractspartijen bij een overeenkomst om zelf invulling te geven aan vorm, inhoud en werking van de te sluiten overeenkomst. Waar in dit proefschrift verder *contractsvrijheid* aan de orde komt dan wordt verondersteld dat deze de in deze paragraaf opgesomde drie bevoegdheden aan natuurlijke of rechtspersonen verschaft.

2.4.1. Beperkingen contractsvrijheid

In deze paragraaf wordt ingegaan op enkele beperkingen van de contractsvrijheid betreffende de verzekeringsovereenkomst. Beperkingen ten aanzien van de partijautonomie (dus ten aanzien van de inhoud, vorm en werking van de verzekeringsovereenkomst) worden hierna in een aparte paragraaf toegelicht.

Contractsvrijheid is een basisbeginsel van het overeenkomstenrecht. Dit beginsel en het daarmee samenhangende contractevenwicht zijn economisch gezien van groot belang.⁵¹ Dit rechtvaardigt echter niet een absolute vrijheid.⁵²

Deze contractsvrijheid wordt wel beperkt door wettelijke bepalingen.⁵³

Ten aanzien van alle overeenkomsten gelden de geboden opgenomen in art. 3:40 BW: de inhoud en strekking van de overeenkomst mag niet in strijd zijn met de goede zeden en openbare orde (lid 1) en mag geen strijd opleveren met dwingende wetsbepalingen (lid 2). De bepaling uit lid 1 ziet toe op de inhoud en strekking van de overeenkomst. Lid 2 heeft betrekking op het aangaan van de overeenkomst maar ook de strekking en inhoud hiervan.

Dwingendrechtelijke wetsbepalingen brengen vaak met zich mee dat de contractsvrijheid van vaak één van de partijen zodanig wordt beperkt dat die partij niet meer vrij is om te bepalen of hij al dan niet een overeenkomst wil sluiten en/of met wie een overeenkomst wil sluiten.

Hierna wordt ingegaan op deze beperking van de contractsvrijheid bij verzekeringsovereenkomsten.

Voor wat betreft de verzekeringsovereenkomst gelden ten aanzien van verzekeraars en verzekeringnemers verschillende wettelijke beperkingen die hun contractsvrijheid begrenzen. Ook rechtsbeginselen uit het Unierecht, zoals het gelijkheidsbeginsel, kunnen tot begrenzing van de contractsvrijheid leiden.⁵⁴

Deze beperkingen kennen verschillende vormen zoals specifieke bepalingen ten aanzien van een deel van de verzekeraars of verzekeringnemers, te verzekeren gebeurtenissen, waarborgen en regels met betrekking tot de schadeafhandeling.⁵⁵

⁴⁷ Vranken (Vranken 2000, p. 145) geeft hierbij wel aan dat deze (veronderstelde) gelijkheid een zogenaamde dode letter is, aangezien is alleen van een formele gelijkheid sprake. Zie ook Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 41.

⁴⁸ Vranken 2000, p. 145.

⁴⁹ Nieuwenhuis 1979, p. 155.

⁵⁰ Stijns & Swaenepoel 2010, p. 2.

⁵¹ Rinkes 2016, p. 86.

⁵² Hijma (Hijma e.a. 2016, p. 14) stelt dat de contractsvrijheid haar grens vindt daar waar de uitoefening ervan in een concrete situatie zou conflicteren met een belang van hogere orde. Zie ook Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 42 over beperkingen partijautonomie.

⁵³ Deze wettelijke bepalingen beogen de bescherming van het algemeen belang. Zie hierbij Stijns & Swaenepoel 2010, p. 4.

⁵⁴ Thiery (Thiery 2011, p. 541) stelt hierbij de vraag naar de botsing van de vrijheden zoals in het geval van onderlinge waarborgmaatschappijen, waarop het gelijkheidsbeginsel van toepassing is maar die eveneens vrijheid van vereniging kennen dus de vrijheid om enkel aan hun leden verzekeringsproducten aan te bieden. In de praktijk speelt deze botsing minder in Nederland waar de praktijk bestaat dat degene die een verzekeringspolis sluit bij een onderlinge waarborgmaatschappij gelijktijdig ook lid wordt van de vereniging.

⁵⁵ Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 46. Deze beperkingen vloeien ook voort uit de belangrijke maatschappelijke functie van de verzekering. Zie ook Rinkes 2016, p. 79.

Het Nederlandse contractenrecht wordt ook beïnvloed door de bepalingen en bevoegdheden van de Unie op specifieke terreinen, zoals overeenkomsten met betrekking tot overheidsopdrachten, elektronische diensten en intellectueel eigendom.⁵⁶ Tevens wordt het contractenrecht en meer specifiek de regels betreffende het sluiten van grensoverschrijdende overeenkomsten, waarbij partijen uit verschillende jurisdicties afkomstig zijn, beïnvloed door verschillende wettelijke bepalingen van dwingendrechtelijke aard. Deze kunnen betrekking hebben op o.a. bescherming van de zwakkere partijen⁵⁷, uitvoering van diensten van maatschappelijk belang.⁵⁸ Bovendien houden specifieke wetten contractdwang in.⁵⁹

De contractdwang ontnemt de vrijheid van (vaak) één van de partijen om te bepalen of hij/zij al dan niet een overeenkomst gaat sluiten. Een voorbeeld hiervan is de verzekeringsplicht (1). Tevens kan het voorkomen dat contractdwang ook de vrijheid van een van de partijen ontnemt om te bepalen met wie hij/zij een overeenkomst gaat sluiten.⁶⁰ Wegens het feit dat in Nederland een dergelijke verplichting alleen ten aanzien van de aanbieder van verzekeringen voorkomt, wordt hierbij van een acceptatieplicht gesproken (2). Een dergelijke contractdwang is de meest vergaande vorm van de beperking van de contractsvrijheid. Contractdwang kan tevens ook tot een beperking van de partijautonomie leiden door dwingendrechtelijke regels van toepassing op de inhoud van een bepaald type verzekeringsovereenkomst (zie bijvoorbeeld verplichting tot het gebruik van modelovereenkomsten).

Contractdwang ten aanzien van verzekeraars wordt vertaald naar acceptatieplicht. Ingevolge de acceptatieplicht mag een verzekeraar niet weigeren om een verzekeringsovereenkomst te sluiten met een aspirant-verzekeringnemer.⁶¹

Houben maakte in haar proefschrift uit 2005 onderscheid tussen een directe en indirecte contractdwang voor verzekeraars. Waar de directe contractdwang in Nederland maar bij één verzekering wordt waargenomen (zie hierna de toelichting inzake de zorgverzekering), kan indirecte contractdwang bij verschillend type verzekeringen voorkomen.⁶²

Hieronder worden, ten aanzien van beide situaties voorbeelden opgenomen uit de Nederlandse wet- en regelgeving.

Het meest relevante voorbeeld vormt de Nederlandse Zorgverzekeringswet (hierna Zvw). Deze wet, die van toepassing is op de verzekeraars die (basis)zorgverzekeringen in Nederland aanbieden, houdt ten aanzien van verzekerden en verzekeraars dwingendrechtelijke regels in. Deze regels hebben betrekking op de verzekeringsplicht (art. 2 lid 1 Zvw) en de acceptatieplicht (art. 3 Zvw), dus beide voornoemde vormen van beperking van de contractsvrijheid.

De verzekeringsplicht heeft betrekking op alle natuurlijke personen die aan de criteria van art. 2 lid 1 Zvw jo art. 2.1.1. Wet langdurige zorg (hierna Wlz) voldoen. Hier gaat het om een dwingendrechtelijke bepaling.

Acceptatieplicht geldt voor de zorgverzekeraars die ingevolge art. 3 lid 1 Zvw verplicht zijn om *“ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige die in zijn werkgebied woont, alsmede met of ten behoeve van iedere verzekeringsplichtige die in het buitenland woont, desgevraagd een zorgverzekering te sluiten”*.

De zorgverzekeraar kan geen verzekeringsplichtige weigeren⁶³, om welke reden dan ook. Hier gaat het om de meest ingrijpende vorm van inmenging in de contractsvrijheid van de verzekeraar als privaatrechtelijke onderneming. Acceptatieplicht geldt in Nederland alleen ten aanzien van de zorgverzekering.⁶⁴

⁵⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 659.

⁵⁷ Volgens Hendrikse & Rinkes 2012, p. 121 lijkt contractsvrijheid niet zelden beperkt te zijn bij consumentenverzekering, althans waar het gaat om een consument- verzekeringnemer. Zie Stijns & Swaenepoel 2010, p. 12 waarin is gesteld dat wettelijke ingrepen beogen een grotere gelijkheid tussen de contractspartijen. Op p. 13 wordt onder beschermde partijen ook de consumenten-verzekeringnemers opgenomen.

⁵⁸ Barents & Brinkhorst 2012, p. 659.

⁵⁹ De verplichting tot het aangaan van een verzekeringsovereenkomst kan naast een wettelijk gestelde verzekerings- of acceptatieplicht ook gebaseerd zijn op het ongeschreven recht.

⁶⁰ Contractdwang maakt hierbij inbreuk op de keuzevrijheid van de contractspartij. Zie hierbij dwingendrechtelijke bepalingen gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en daarmee samenhangende discriminatieverbod, Houben 2005, p. 3.

⁶¹ Houben 2005, p. 157. Verder wordt gesteld dat in beginsel geen acceptatieplicht bestaat ten aanzien van een particuliere verzekeraar. Dat betekent dat deze verzekeraar vrij is om te kiezen of hij met een aspirant verzekeringnemer een verzekeringsovereenkomst wil sluiten.

⁶² Houben 2005, p. 158, hier gaat het dan om maatschappelijke, politieke druk of ongeschreven recht.

⁶³ Gesteld kan worden dat de acceptatieplicht in strijd is met de regel van wilsautonomie. Volgens Vansweelt & Weyts (Vansweelt & Weyts 2016, p. 31) bestaat geen ‘recht op verzekering’, aangezien de verzekeraar niet verplicht zou kunnen worden om een verzekeringsovereenkomst aan te bieden. Volgens de auteurs wordt de wilsautonomie wel begrensd door de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel. In Nederland werkt art. 1 Grondwet (hierna Gw) via de Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna AWGB)

Een ander voorbeeld van verzekeringsplicht heeft betrekking op de bezitters c.q. houders van motorrijtuigen. Deze verzekeringsplicht volgt uit art. 2 van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (hierna WAM). Houben⁶⁵ oordeelde dat er geen reden was om de verplichting ingevolge de WAM als contractdwang te bestempelen. Hier gaat het weliswaar om een contracteerplicht van de eigenaar of houder van een motorrijtuig, maar deze heeft een ruime keuze tussen mogelijke contractspartijen (autoverzekeraars).

De verzekeringsplicht ten aanzien van proefpersonen ingevolge art. 7 lid 1 van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (hierna WMO), legt een plicht op degene die een wetenschappelijk onderzoek met mensen (proefpersonen) wil uitvoeren om een verzekeringsovereenkomst volgens wettelijk bepaalde inhoud te sluiten. Het verschil tussen de verplichte verzekering ingevolge de WAM en de verzekeringsplicht ingevolge de WMO is dat er maar weinig aanbod is voor deze verzekeringen.⁶⁶

Naast het beperkte aanbod geldt voor de verzekeraars die deze producten aanbieden geen acceptatieplicht, waardoor de onmogelijkheid tot het naleven van de verzekeringsplicht zelf de uitvoering van het wetenschappelijk onderzoek kan belemmeren. Houben⁶⁷ stelde ten aanzien van deze specifieke verzekeringsplicht: *“Het wettelijk opleggen van een verplichte verzekering is alleen houdbaar als het sluiten van de verzekering ook feitelijk mogelijk is.”*

Beperkingen van de contractsvrijheid betreffende de verzekeringsovereenkomst zijn ook in andere lidstaten van de Gemeenschap aanwezig.⁶⁸

De belangrijkste tendens hierbij is dat steeds meer verzekeringen een verplicht karakter hebben gekregen door wettelijke, contractuele⁶⁹ of deontologische⁷⁰ regels. Een ander relevant aspect verbonden aan de beperking van de contractvrijheid is toezicht en handhaving op de naleving van de gestelde verplichtingen: *“l’existence d’une obligation d’assurance suppose des contrôles, et des sanctions civiles, voire pénales, à l’égard des contrevenants.”*⁷¹

2.4.2. Beperkingen partijautonomie

Het *Unierecht*⁷² heeft op verschillende wijze invloed op het nationale contractenrecht (zie bijvoorbeeld het algemeen beginsel van gelijke behandeling) en meer specifiek op de partijautonomie.⁷³ Ingevolge art. 7 lid 1 AWGB geldt in Nederland een discriminatieverbod voor iedere aanbieder van producten of diensten. De

door in horizontale privaatrechtelijke verhoudingen, dus ook in de verhoudingen tussen verzekeraar en verzekeringnemer. Houben 2005, p. 159.

⁶⁴ Zie hierbij Beantwoording Kamervragen over het ontbreken van een acceptatieplicht bij autoverzekeringen, p. 3, 11 december 2015. www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/12/11/antwoorden-kamervragen-over-zijn-brief-dd-3-november-2015-betreffende-het-ontbreken-van-een-acceptatieplicht-bij-autoverzekeringen

⁶⁵ Houben 2005, p. 167.

⁶⁶ Zie het Besluit van 24 november 2014, houdende regels inzake de verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 2015) Stb.2015, 477. Met dit besluit werd het Besluit van 23 juni 2003, houdende regels inzake de verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, Stb. 2003, 266, ingetrokken. Het Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 2015 bracht belangrijke wijzigingen met zich mee met betrekking tot (1) het schrappen van uitsluitingen die de verzekeringsdekking onnodig beperkten, (2) marktconforme aanpassing van de verzekerde bedragen en (3) de eis dat de verzekeringsdekking voor alle proefpersonen binnen een multicenteronderzoek in één verzekering moest worden ondergebracht.

⁶⁷ Houben 2005, p.167-168.

⁶⁸ Zie de site van FSMA (www.fsma.be/nl/lijst-van-de-verplichte-verzekeringen) voor een overzicht van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen in België. Deze verplichte verzekeringen (bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsverzekering van in-richters van wielervedstrijden en cyclo-cross, de aansprakelijkheidsverzekering van jagers en die van de architecten, de aansprakelijkheidsverzekering van de bewakingsondernemingen en van de interne bewakingsdiensten, de aansprakelijkheidsverzekering van reisorganisatoren) beogen de mogelijke slachtoffers te beschermen. Zie ook Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 15 met een behandeling van de opkomst en rechtvaardiging van verplichte verzekeringen.

⁶⁹ Zie Vansweelt & Weyts 2016, p. 34. Hier is gesteld dat verzekeringsovereenkomsten, die op basis van een contractuele plicht worden gesloten, niet onder de wettelijk verplichte verzekeringen vallen. Bij deontologische verzekeringsplicht speelt vaak dat de uitoefening van een bepaald beroep niet mogelijk is zonder de naleving van een deontologische code waarin de verzekeringsplicht is opgenomen. Zie hierbij ook Jocque 2016, 241.

⁷⁰ Een deontologische reden houdt verband met de plichtleer van een bepaald beroep.

⁷¹ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 15.

⁷² Onder het *Unierecht* vallen de bepalingen die zijn opgenomen in het Verdrag betreffende de Europese Unie, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Een nadere toelichting volgt in hoofdstuk 3 van dit proefschrift.

⁷³ Barents & Brinkhorst 2012, p. 659.

Europese regels⁷⁴, van invloed op het overeenkomstenrecht, hebben betrekking op de verschillende aspecten van de overeenkomst zoals vormvoorschriften, uitleg, bepalingen ten aanzien van oneerlijke bedingen, algemene voorwaarden en toepasselijk recht.⁷⁵ Deze invloed vult de reeds vóór de Unie bestaande tendens aan waarbij de nationale overheid de vrije ruimte om overeenkomsten te sluiten ging beperken.⁷⁶

Voor wat betreft de verzekeringsovereenkomst gelden ten aanzien van verzekeraars en verzekeringnemers verschillende wettelijke beperkingen betreffende hun partijautonomie. Nationale bepalingen van dwingend-rechtelijke aard⁷⁷, die effect hebben op de partijautonomie, hebben vaak betrekking op de bescherming van de zwakkere partijen⁷⁸ en uitvoering van diensten van maatschappelijk belang.⁷⁹

Bij een wettelijke bepaling, die invloed heeft op de partijautonomie bij een verzekeringsovereenkomst, wordt de vrijheid om zelf invulling te geven aan de verzekeringsvoorwaarden beperkt. De rechten van het individu worden begrensd door de belangen van de gemeenschap. Omgekeerd zal de gemeenschap de rechten van het individu ook moeten ontzien.

Voor wat betreft de toepassing van het discriminatieverbod op de verzekeraars stelt Houben⁸⁰ terecht de complicatie bij de toepassing van dit verbod bij een verzekeraar, aangezien het maken van onderscheid tussen bepaalde risico's juist van wezenlijk belang is voor het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf.

*“Het verbod op discriminatie wil dan ook niet zeggen dat de verzekeraar geen risicogroepen mag maken waarbij hij ongelijke gevallen ongelijk behandelt”.*⁸¹

Wel zal de verzekeraar ervoor moeten waken dat het door hem toegepaste onderscheid gebaseerd is op aantoonbare risicoverschillen.

De Nederlandse zorgverzekering biedt een van de voorbeelden van beperking van de partijautonomie. Ingevolge de Zvw wordt de inhoud van de basiszorgverzekering van overheidswege bepaald. Deze modelovereenkomst ontnemt de mogelijkheid van het maken van eigen keuzes ten aanzien van de inhoud van de dekking en overige voorwaarden van de zorgverzekering. Dit brengt een aanzienlijke beperking van de partijautonomie, naast de eerder, in paragraaf 2.4.2. toegelichte overige beperkingen van contractsvrijheid. Voornoemde beperking brengt met zich mee dat zorgverzekeraars niet met verschillende verzekeringsvoorwaarden mogen werken die aansluiten bij de wensen en behoeften van de verzekeringnemers. Zo is een 60-jarige verzekerd voor kraamzorg en een 19-jarige voor behandeling van geriatrische klachten/ ziektes.

De in paragraaf 2.4.2 reeds behandelde contractdwang heeft ook effect op de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en brengt een beperking van de partijautonomie met zich mee. Deze beperking is gelegen in het feit dat ten aanzien van de inhoud van de verplichte verzekeringen, evenals ten aanzien van de voorwaarden van verzekeringen waarvoor de verzekeraar een acceptatieplicht kent, nadere regels worden gesteld.

Ingevolge art. 179 lid 2 richtlijn Solvabiliteit II dient een verzekeringsonderneming, die een overeenkomst in het kader van een door een lidstaat opgelegde verplichting tot verzekering wil aanbieden, te voldoen aan specifieke bepalingen ten aanzien van die verzekering.

Conform art. 206 lid 1 onder a) van richtlijn Solvabiliteit II geldt verder ten aanzien van de ziektekostenverzekeringen, die de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk

⁷⁴ Zie richtlijn 2008/48/EG (consumentenkrediet), richtlijn 2000/31/EG (elektronische handel in de EU), richtlijn 2002/47/EG (financiële zekerheidsovereenkomsten), richtlijn 2002/65/EG (verkoop op afstand van financiële diensten), richtlijn 2005/29/EG (oneerlijk handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt), richtlijn 2011/83/EU (consumentenrechten waaronder oneerlijke bedingen en overeenkomsten op afstand).

⁷⁵ Smits 2006, p. 5.

⁷⁶ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁷⁷ Hendrikse & Rinkes 2012, p. 121. Hierin wordt gesteld dat de Wft nieuwe grenzen stelt aan de wijze waarop polisvoorwaarden worden ingericht en de manier waarop verzekeringnemers daaromtrent worden geïnformeerd op grond van de (wettelijke) zorgplicht. Tevens stellen Hendrikse & Rinkes (Hendrikse & Rinkes 2012, p. 122) dat de hernieuwde aandacht van de EU voor het verzekeringsbedrijf en de positie van de consument als contractpartij bij een verzekeringsovereenkomst vooral tot uiting komt in aangescherpte eisen voor informatievoorziening, met uitvoerige aandacht voor polisvoorwaarden, innovatie en vernieuwing. Zie ook art. 179 lid 2 van richtlijn Solvabiliteit II.

⁷⁸ Zie Fontaine 2016, p. 12 die pleit voor voorzichtigheid bij het rechtvaardigen van wettelijke bepalingen ten behoeve van consumentenbescherming.

⁷⁹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 659.

⁸⁰ Houben 2005, p. 160.

⁸¹ Houben 2005, p. 160.

vervangen, de verplichting om te voldoen aan de door de lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen. Deze wettelijke bepalingen zijn opgesteld ter bescherming van het algemeen belang waarop deze ziektekostenverzekeringen betrekking hebben.

Een andere beperking van de vrijheid van de contractspartijen bij een verzekeringsovereenkomst is gelegen in het groot aantal regels waaraan het aanbieden van verzekeringen gebonden is. Deze regels (bijvoorbeeld de regels van minimum eigen vermogen) verhogen de nalevingskosten van de aanbieders van verzekeringen met als gevolg dat de toegang tot en het uitoefenen van de verzekeringsactiviteiten steeds complexer en mede daardoor duurder wordt. Hier gaat het weliswaar niet om een primaire beperking van de partij-autonomie maar heeft uiteindelijk wel effect op de inhoud en werking van de verzekerings-overeenkomst. Voornoemde regels kunnen immers leiden tot het verminderen van de bereidheid van private partijen om in een verzekeringsonderneming te investeren of verzekeringsactiviteiten uit te oefenen. Tevens kunnen voornoemde regels leiden tot het verminderen van de bereidheid van bestaande verzekeraars om rekening te houden met de individuele wensen van de verzekeringnemers.

Een onbedoeld effect van de beperkingen van de partijautonomie en voornoemde wettelijke bepalingen kan zijn dat de verzekeraars zich voorzichtiger opstellen voor wat betreft het verkennen van hun eigen mogelijkheden binnen de grenzen van de toepasselijke wet- en regelgeving. Tevens kunnen deze beperkende maatregelen ertoe leiden dat verzekeraars steeds meer geneigd zullen zijn om standaardproducten aan te bieden, waarbij de verzekeringnemer nog weinig te vertellen heeft over de inhoud van de te sluiten verzekeringsovereenkomst. Eveneens zal de bereidheid om maatwerk aan de verzekeringnemers aan te bieden afnemen.⁸² Dit leidt mogelijk weer tot een aanzienlijke beperking van de keuzemogelijkheden van de verzekeringnemer.

Een beperking van de variatie in de aangeboden producten vermindert de op individuele wensen toegesneden verzekeringsproducten en service. Hierdoor komt nog meer nadruk op de premie (d.w.z. de hoogte ervan) te liggen als kenmerkend element van het product. De hoogte van de verzekeringspremie wordt in het slechtste geval de meest relevante factor voor het kiezen van een verzekeringsproduct door de verzekeringnemer. Deze verzekeringnemer zal, zonder werkelijke mogelijkheden om te onderhandelen over de inhoud van de polis en de voorwaarden verbonden aan de verzekeringsovereenkomst, in ieder geval voor de laagste premie willen gaan en dus de keuze voor een product laten afhangen van de hoogte van de verzekeringspremie en niet zijn of haar werkelijke behoefte om financiële risico's te verzekeren.

2.5. Regels van internationaal privaatrecht

Het internationaal privaatrecht (IPR) bevat bepalingen voor het vaststellen van de rechtsregels die van toepassing zijn op een privaatrechtelijk geschil met een internationaal karakter.⁸³ De regels van IPR kunnen naast het privaatrecht ook relevant zijn voor het publiekrecht, voornamelijk omdat steeds vaker publiekrechtelijke normen privaatrechtelijk worden gehandhaafd.⁸⁴

Het IPR bevat regels van nationaal recht die gericht zijn op het oplossen van problemen die voortvloeien uit een samenloop van verschillende jurisdicties bij grensoverschrijdende/internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Hier gaat het om regels betreffende de internationale bevoegdheden van de Nederlandse rechter, de vraag naar het toepasselijk recht en om regels van erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse (gerechtelijke) vonnissen.

In Nederland worden de contractuele verhoudingen, die ontstaan uit een door partijen afgesloten verzekeringsovereenkomst, in beginsel beheerst door de bepalingen uit Boek 7, titel 17 BW⁸⁵ in samenhang met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht.

De Nederlandse wetgever heeft met de invoering van boek 10 BW -de recente codificatie van het Nederlandse IPR- getracht de toegankelijkheid van het IPR te bevorderen, waardoor bij het sluiten van grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten ook de regels van het IPR (zoals opgenomen in boek 10 BW) van toepassing zijn. Belangrijk uitgangspunt hierbij is dat het niet de taak van de nationale wetgever is

⁸² Euben 2015, p. 172 over het risico van 'defensief verzekeren', waardoor verzekeraars bepaalde risico's gaan vermijden, een beweging die vermoedelijk de innovatie en vooruitgang van de sector gaat tegenwerken.

⁸³ Klein & Tak 2017, p.18.

⁸⁴ Klein & Tak 2017, p.18.

⁸⁵ Hier gaat het om het per 1 januari 2006 in werking getreden nieuwe verzekeringsovereenkomstenrecht van Titel 7:17 BW (Stb.2005, 700 en 2006, 1). Hierin is de rechtsbetrekking tussen de verzekeraars en verzekeringnemers geregeld.

om het toepassingsgebied van het Europese recht, zoals art. 7 van verordening Rome I⁸⁶, nader aan te geven⁸⁷. Boek 10 BW houdt daarom slechts bepalingen in die verband houden met de aanwijzing van het toepasselijke materiële recht⁸⁸.

In de algemene bepalingen van Boek 10 BW wordt in art. 5 vastgelegd wat onder de toepassing van het recht van een staat wordt verstaan. Hier gaat het dan om de toepassing van de rechtsregels die in de desbetreffende staat gelden met uitzondering van het internationaal privaatrecht.

Het toepassen van het recht van een andere staat is niet toegestaan indien de toepassing hiervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde (zie art. 10:6 BW). Ook in het geval dat het recht van een ander land wordt toegepast mag niet worden afgeweken van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de staat onder wiens werkingssfeer een overeenkomst valt (art. 10:7 lid 1 BW). Ingevolge art. 10:7 lid 2 BW blijft de toepassing van het vreemde recht waarnaar een verwijzingsregel verwijst achterwege, indien in het gegeven geval bepalingen van Nederlands bijzonder dwingend recht toepasselijk zijn.

In Boek 10 BW, titel 13 zijn de bepalingen van het IPR inzake verbintenissen uit overeenkomst opgenomen. In art. 153 wordt verwezen naar verordening Rome I, die zelfstandige regels van IPR bevat en het toepasselijke recht op overeenkomsten,⁸⁹ gesloten tussen contractspartijen afkomstig uit verschillende landen, aanwijst. Deze verordening wordt ingevolge art. 10:154 BW van overeenkomstige toepassing verklaard ook op de verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome I vallen.

Art. 155 van Boek 10 BW bepaalt dat in de gevallen bedoeld in art. 7 lid 3, tweede alinea Rome I, een rechtskeuze gemaakt kan worden overeenkomstig art. 3 Rome I. Ten slotte wordt in art. 156 een regeling opgenomen ten aanzien van verplichte verzekeringen. Hierin is vastgelegd de toepassing van art. 7, lid 4, onder b Rome I op de verzekeringsovereenkomsten voor de dekking van de risico's, waarvoor een lidstaat een verplichting oplegt om ter zake een verzekering te sluiten. Deze verzekeringsovereenkomsten worden beheerst door het recht van de lidstaat die de verzekeringsplicht oplegt. Dat betekent dat de bepaling uit art. 7 Rome I ter zake van de mogelijke rechtskeuze bij een verzekeringsovereenkomst terzijde wordt geschoven ten gunste van het recht van de lidstaat die de verzekeringsplicht ten aanzien van het desbetreffende risico heeft opgelegd. In het geval van een Nederlandse zorgverzekering (verplichte verzekering) betekent dit dat het Nederlands recht wordt toegepast op de verzekeringsovereenkomst, ook in het geval dat volgens de regels van art. 7 Rome I het recht van het land waar het risico is gelegen, zou moeten worden toegepast.⁹⁰

In paragraaf 2.6.2. wordt verordening Rome I uit het oogpunt van partijautonomie behandeld. Tevens komen enkele bepalingen uit deze verordening in hoofdstuk 9 uitgebreid aan de orde in verband met het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst.

2.6. Rome I en EEX-Verordening: het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst

Het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht is van groot belang voor o.a. de inhoud van de verzekeringsovereenkomst, de rechten en plichten van de contractspartijen en de rechtsbescherming van de verzekeringnemers.⁹¹ Deze regels zijn opgenomen in verordening Rome I. Eveneens van groot belang zijn de regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Deze regels zijn opgenomen in de Verordening EG nr. 44/2001,

⁸⁶ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *OJ L 177*, 4.7.2008.

⁸⁷ Zie 'Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht over Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek' van 2 juli 2008, p. 7.

⁸⁸ Zie 'Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht over Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek' van 2 juli 2008, p. 2.

⁸⁹ Heeft betrekking op de overeenkomsten gesloten op of na 17 december 2009.

⁹⁰ Zie hierbij bijvoorbeeld de situatie waarbij een in Duitsland woonachtige persoon verplicht verzekerd is in Nederland (doordat hij in Nederland werkt) en een zorgverzekeringsovereenkomst sluit met de Nederlandse zorgverzekeraar. Op basis van art. 7 Rome I zou op de overeenkomst Duits recht worden toegepast, maar wegens het feit dat de zorgverzekering een verplichte verzekering is in Nederland, wordt ingevolge art. 10:156 BW het Nederlands recht van toepassing verklaard op de verzekeringsovereenkomst.

⁹¹ Beckmann 2015, p. 8, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 83.

hierna EEX Verordening⁹² (ofwel Verordening Brussel I) en de opvolger ervan, Verordening EG nr. 1215/2012 (ofwel Verordening Brussel *Ibis*) en het Verdrag van Lugano (EVEX)⁹³. Hieronder wordt ingegaan op de mogelijkheid van de contractspartijen bij een verzekeringsovereenkomst, om zelf het toepasselijk recht te kiezen als mede de bevoegdheden van de nationale rechters in grensoverschrijdende geschillen voortvloeiend uit een verzekeringsovereenkomst.

Uit de volgende behandeling zal blijken dat de contracterende partijen in meerdere gevallen beperkt worden in hun rechtskeuze. Tevens zal naar voren komen dat inzake geschillenbeslechting de regels van toepassing op enerzijds de vorderingen van verzekeraars en anderzijds die van de verzekeringnemers (waaronder begrepen ook verzekerden en begunstigen) van elkaar aanzienlijk afwijken en meer bescherming bieden voor de verzekeringnemers.⁹⁴

2.6.1. Het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomsten

Op 1 april 1991 trad het Verdrag inzake verbintenissen uit overeenkomsten (hierna EVO)⁹⁵ als belangrijk onderdeel van het IPR van het recht op de verzekeringsovereenkomst in werking.⁹⁶ Het EVO werd van toepassing verklaard op verzekeringen waarbij de gedekte risico's buiten de EU⁹⁷ lagen.⁹⁸

Doordat Nederland ervoor heeft gekozen om de conflictenrechtelijke regels van EVO ook van toepassing te verklaren op overeenkomsten waar de conflictenrechtelijke regels van de richtlijnen geen adequate oplossing boden, werd de mogelijkheid geopend voor het toepassen van de regels van EVO ook op verzekeringsovereenkomsten waarbij het verzekerde risico binnen de EU is gelegen.⁹⁹ Het EVO hield uitsluitend regels van internationaal privaatrecht in en liet vrije rechtskeuze toe¹⁰⁰, ongeacht het bestaan van een mogelijke binding met een gekozen rechtsstelsel.

Rechtskeuze van partijen liet de dwingende bepalingen van het recht van het land waarmee de overeenkomst gewoonlijk was verbonden onverlet.¹⁰¹ Bij een consumentenovereenkomst werden de dwingende beschermende maatregelen van de gewone verblijfplaats van de consument-verzekeringnemer toegepast in plaats van het gekozen recht.¹⁰² Tegelijk met de toepassing van het EVO voor verzekeringsovereenkomsten, waarbij het risico buiten de EU is gelegen, werd de conflictenrechtelijke regelgeving van een aantal EU-richtlijnen¹⁰³ toegepast op de overeenkomsten waarbij het verzekerde risico binnen de EU was gelegen¹⁰⁴,

⁹² Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG*.L. 12, 16 januari 2001. Voor Denemarken is de Verordening niet bindend, noch van toepassing.

⁹³ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 915-916. Het Verdrag van Lugano werd vastgelegd ten aanzien van de EVA-landen (Europese Vrijhandelsassociatie), maar bevat, voor wat betreft de specifieke bevoegdheden bij verzekeringsgeschillen, geen afwijkingen in vergelijking met de EEX-Verordening.

⁹⁴ Vágási 2013, p.165.

⁹⁵ Verdrag 80/934/EEG van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156. Het verdrag was van toepassing op verbintenissen uit overeenkomsten in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moest worden gekozen, ook als het recht van een niet-verdragsluitende staat werd gekozen.

⁹⁶ Voor Nederland is het EVO op 1 september 1991 in werking getreden.

⁹⁷ Zie art.1, lid 3 EVO waarin is bepaald dat het verdrag niet van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten betreffende risico's gelegen op het grondgebied van de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap zijn gelegen (exclusief herverzekeringsovereenkomsten).

⁹⁸ Nederland heeft ervoor gekozen om de conflictenrechtelijke regels van EVO ook van toepassing te verklaren daar waar de conflictenrechtelijke regels van de richtlijnen geen adequate oplossing boden. Dit houdt in dat de regels van EVO ook van toepassing kunnen zijn op verzekeringsovereenkomsten waarbij het verzekerde risico binnen de EU is gelegen. Zie ook Vágási 2013, p. 168.

⁹⁹ Voortvloeiend uit deze keuze zie de arresten van het Hof's-Gravenhage 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:55 waarin geprocedeerd is over de vraag naar welk recht moet worden beoordeeld of een in Nederland gevestigde assurantietussenpersoon een beroepsfout heeft gemaakt jegens een in Engeland gevestigde reder ingevolge art. 4 van EVO. Zie verder ook het arrest van de Hoge Raad in cassatie in hetzelfde geschil, HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2389.

¹⁰⁰ Ingevolge art. 3 lid 1 en 2 en art. 2 EVO. De rechtskeuze diende uitdrukkelijk gedaan te worden en verder duidelijk te blijken uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Partijen kunnen hun rechtskeuze ook op een deel van de overeenkomst van toepassing verklaren en de gemaakte rechtskeuze ieder moment wijzigen.

¹⁰¹ Art. 3, onder 3) EVO. Zie ook Wansink 2010.

¹⁰² Vágási 2013, p. 168.

¹⁰³ Het gaat om de Eerste richtlijn schadeverzekeringen, de Tweede richtlijn schadeverzekeringen, de Derde richtlijn schadeverzekeringen, de Tweede richtlijn levensverzekeringen en de Vierde richtlijn levensverzekeringen.

¹⁰⁴ De conflictenregels uit de richtlijnen zijn in Nederland in de Wet Conflictenrecht schadeverzekering (WCS) en Wet Conflictenrecht levensverzekering (WCL) geïmplementeerd.

met als gevolg dat er afhankelijk van de soort verzekering, de plaats van het risico en de vestigingsplaats van de verzekeraar tegelijkertijd verschillende conflictregels golden.¹⁰⁵

2.6.2. Verordening Rome I

Op 24 juli 2008 trad de verordening¹⁰⁶ Rome I¹⁰⁷ (hierna Rome I) in werking. Deze verordening verving het EVO. Anders dan bij het EVO vallen na het inwerkingtreding van Rome I alle verzekeringsovereenkomsten onder de werking van deze verordening. Hiermee heeft Rome I tot meer uniformiteit van de conflictenregels tussen de lidstaten¹⁰⁸ gezorgd en heeft de regeling inzake het toepasselijk recht eenvoudiger gemaakt.¹⁰⁹

Volgens overweging 11 van Rome I is de partijautonomie, de vrijheid van partijen om het toepasselijke recht te kiezen, de hoeksteen van het systeem van de collisieregels met betrekking tot de verbintenissen uit overeenkomsten.

Betekent dit dat Rome I volledige partijautonomie (dat wil zeggen de onbeperkte keuzemogelijkheid van de contractspartijen om de overeenkomst naar eigen wens, op basis van de gezamenlijk gemaakte afspraken vorm te geven) biedt?

Op basis van Rome I mogen partijen kiezen tussen het rechtstelsel van het eigen land en een rechtstelsel van een ander land, waaronder rechtstelsels van lidstaten en niet-lidstaten. Het feit dat regels van gewoon dwingend privaatrecht, die door de lidstaten of door de Gemeenschap worden vastgesteld, niet opzij gezet mogen worden door een rechtskeuze voor een vreemd rechtstelsel betekent een opmerkelijke inbreuk op de partijautonomie.¹¹⁰ Als rechtvaardiging van deze inbreuk wordt in overweging 23 van Rome I gesteld dat zwakkere partijen bij een overeenkomst beschermd moeten worden door collisieregels.

Het opnemen van dwingende regels ten aanzien van een bepaalde categorie contractanten is bedoeld om de belangen van deze partijen te waarborgen.¹¹¹ Dit doel rechtvaardigt het afwijken van de algemene regels.

Met zwakkere partijen worden in het bijzonder consumenten¹¹² bedoeld. Deze dienen te worden beschermd door rechtsregels van het land van hun gewone woonplaats. Bij de overeenkomst mag niet van deze regels worden afgeweken.¹¹³ Dit betekent dus dat deze rechtsregels, ondanks een afwijkende rechtskeuze, zullen prevaleren.

Bescherming van de zwakkere partij en van de algemene communautaire belangen gaat ten koste van de conflictenrechtelijke partijautonomie.¹¹⁴

De partijautonomie wordt verder beperkt door bepalingen uit:

- art. 5 (betreffende de vervoerovereenkomsten¹¹⁵),
- art. 6 (betreffende de consumentenovereenkomsten¹¹⁶),
- art. 7 (betreffende de verzekeringsovereenkomsten) en
- art. 8 (betreffende de arbeidsovereenkomsten¹¹⁷) van Rome I.

¹⁰⁵ Vágási 2013, p. 168.

¹⁰⁶ Een verordening is, anders dan een verdrag, geen overeenkomst tussen een groep lidstaten. Een verordening is een supranationaal instrument van de Raad en het EP dat rechtstreeks in de lidstaten geldt.

¹⁰⁷ Verordening 593/2008.

¹⁰⁸ Anders dan de richtlijnen hoeft een verordening niet te worden geïmplementeerd in nationaal recht, dat mag zelfs niet. Aan de uniformiteit kan echter in het geval van de conflictenregels voor de verzekeringsovereenkomst in Rome I wel afbreuk worden gedaan doordat lidstaten op bepaalde punten in hun nationale recht toch nog van de uniforme regels mogen afwijken.

¹⁰⁹ Vágási 2013, p. 168.

¹¹⁰ Zie hier o.a. NIVR 2008, p. 7 en Vágási 2013, p. 172.

¹¹¹ Fontaine 2016, p. 118 ev.

¹¹² Zie overwegingen 24, 25, 27 en 28 Rome I.

¹¹³ Vágási 2013, p. 172.

¹¹⁴ Van Bochove & Kramer 2010, p. 5.

¹¹⁵ Volgens art. 5, lid 2 Rome I kunnen partijen als het recht dat overeenkomstig art. 3 van toepassing is op een overeenkomst voor het vervoer van passagiers, alleen het recht kiezen van het land waar: (1) de passagier zijn gewone verblijfplaats heeft, (2) de vervoerders zijn gewone verblijfplaats heeft, (3) de vervoerder zijn hoofdvestiging heeft, (4) het vertrek plaatsvindt of (5) het aankomst plaatsvindt.

¹¹⁶ Art. 6 geeft duidelijk het standpunt weer dat, enige uitzonderingen nagelaten (zie art.6, lid 4), over de door de dwingende regelingen gewaarborgde bescherming van de consument niet onderhandeld kan worden.

¹¹⁷ Beperking rechtskeuzevrijheid om bescherming van de werknemer bij individuele arbeidsovereenkomst te waarborgen.

Ingevolge art. 9 Rome I, dat bepalingen van bijzonder dwingend recht bevat en art. 21 Rome I, waarin regels betreffende openbare orde zijn opgenomen,¹¹⁸ brengt Rome I met zich mee dat bepaalde regels van het door de contractspartijen gekozen rechtsstelsel buiten toepassing zullen blijven.

In het geval van art. 7 Rome I gelden de beperkingen slechts voor de verzekeringsovereenkomsten betreffende de overige (dus geen grote) risico's.

Een mogelijke beperking van de partijautonomie kan tevens voortvloeien vanuit de bestaande internationale verplichtingen van de lidstaten. Deze verplichtingen, mits vóór de vaststelling van de verordening aangeaan, laat Rome I onverlet.

Op basis van Rome I mogen partijen kiezen voor het rechtsstelsel van een ander land, anders dan het recht van een lidstaat. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt naar de soort overeenkomsten, soort risico's en hoedanigheid van contractspartijen bij de verzekeringsovereenkomst.

Hoewel Rome I de mogelijk te kiezen rechtsstelsels heeft uitgebreid, de nadrukkelijke zorg voor bescherming van de zwakkere partij bij de overeenkomst en het bieden van waarborg voor communautaire belangen hebben ertoe geleid dat deze verordening een typische EU compromisverordening is geworden. Door dit compromiskarakter is de vrijheid van rechtskeuze, de partijautonomie beperkt voor de overeenkomsten met consumenten en midden- en kleinbedrijf (M)KB. Door deze beperkingen zouden consumenten en (M)KB, die door de veronderstelde kennisachterstand veelal als de zwakkere partij bij een verzekeringsovereenkomst worden gezien, beter beschermd worden¹¹⁹ en dus zich veiliger moeten voelen bij het sluiten van een overeenkomst ter dekking van particuliere of (M)KB risico's.

In overweging 13 van Rome I staat:

“deze verordening laat onverlet dat partijen in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst kunnen opnemen, door verwijzing ernaar.”

Op basis van deze overweging zou de conclusie gerechtvaardigd zijn dat contractspartijen, ongeacht of het om een nationaalrechtelijke of grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst gaat, ervoor zouden kunnen kiezen om een andere regeling, bijvoorbeeld de Principles of European Insurance Contract Law¹²⁰ (PEICL), een materieelrechtelijk verdrag of modelbepalingen¹²¹ als toepasselijk recht op hun overeenkomst te verklaren.¹²² Dit zou betekenen dat ook het facultatieve instrument (toelichting hierover volgt in paragraaf 9.3. van dit proefschrift) gekozen kan worden, ongeacht of partijen een nationaalrechtelijke of een grensoverschrijdende overeenkomst sluiten.¹²³ Echter is in Rome I uiteindelijk deze keuzemogelijkheid niet opgenomen, waardoor de PEICL wel als toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst gekozen kan worden, maar zonder de mogelijkheid om door deze keuze de dwingendrechtelijke bepalingen van het op basis van Rome I geldende statelijk recht opzij te zetten. Volgens Rinkes¹²⁴ kan hiermee een regeling zoals de PEICL hooguit het regelend recht vervangen.

Anders dan in de richtlijnen is voor de toepassing van Rome I de plaats van de vestiging van de verzekeraar niet relevant. De conflictenrechtelijke regels van Rome I gelden ook op overeenkomsten gesloten door verzekeraars met zetel buiten de lidstaten¹²⁵, maar waarbij de verzekerde risico's op het grondgebied van een van de lidstaten zijn gelegen.

De rechtskeuze dient uitdrukkelijk te zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval.¹²⁶ Eventuele wijzigingen van de rechtskeuze na het

¹¹⁸ Van Bochove & Kramer 2010, p. 18-19.

¹¹⁹ Zie hierbij ook overweging 25 bij Rome I over consumentenbescherming.

¹²⁰ De tekst van de PEICL is te vinden op www.restatemen.info.

¹²¹ Hieronder zouden o.a. de UNIDROIT-beginselen en PECL kunnen vallen.

¹²² Van der Plas 2009, p. 319; Plender & Wilderspin 2009, p. 138.

¹²³ Zie ook Rutgers 2012, p. 49. In dit artikel wordt gesteld dat wanneer op basis van Rome I het recht van een lidstaat op een overeenkomst van toepassing is, partijen kunnen ook kiezen voor de toepassing van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEK), waarvoor op 11 oktober 2011 een voorstel is ingediend door de Europese Commissie, COM(2011) 635 final.

¹²⁴ Rinkes 2016, p. 83.

¹²⁵ Deze verzekeraar dient te beschikken over één in de lidstaten verkregen vergunning.

¹²⁶ De rechtskeuze kan ook achteraf worden gemaakt en partijen mogen een eerder gemaakte rechtskeuze wijzigen. Wanneer ten aanzien van een overeenkomst betreffende groot risico geen rechtskeuze is gemaakt vindt het recht van het vestigingsland van de verzekeraar toepassing. Fontaine (2016, p. 121) stelt hierbij wel dat *“s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroite avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique”*. Zie ook Vágási 2013, p. 168.

sluiten van de overeenkomst, beïnvloeden de formele geldigheid van de overeenkomst¹²⁷ niet en laten de rechten van derden onverlet.¹²⁸

Herverzekeringsovereenkomsten zijn van de werking van Rome I uitgesloten.

Ingevolge art. 267 VWEU beschikt het Hof van Justitie met betrekking tot Rome I van een interpretatiebevoegdheid.¹²⁹

In hoofdstuk 9 van dit proefschrift wordt uitgebreid ingegaan op enkele relevante bepalingen van Rome I waaronder art. 7.

2.6.3. EEX-Verordening

De regels van de EEX-Verordening en die van de Verordening EU Brussel *Ibis* vinden hun toepassing op geschillen met een internationaal karakter.

Voor wat betreft verzekeringszaken kennen de geschillen in de volgende twee situaties een internationaal karakter:

1. wanneer de woonplaats of gewone verblijfplaats van de betrokken partijen in verschillende staten ligt, en
2. wanneer partijen weliswaar in dezelfde staat hun woonplaats of gewone verblijfplaats hebben, maar het geschil op een schadegeval betrekking heeft dat zich in buitenland heeft voorgedaan.¹³⁰

Rechterlijke bevoegdheid betreffende verzekeringszaken is geregeld in Hoofdstuk II, afdeling 3, artikelen 8 t/m 14 van de EEX-Verordening en de artikelen 10 t/m 16 van de Verordening Brussel *Ibis*. Conform art. 9 van de EEX-Verordening en art. 11 Verordening Brussel *Ibis* kan een verzekeraar met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat opgeroepen worden voor de gerechten van die lidstaat, of in een andere lidstaat voor het gerecht van de woonplaats van de eiser, voor zover het een vordering van een verzekeringnemer, verzekerde of begunstigde betreft.¹³¹ Verder kan de verzekeraar opgeroepen worden voor het gerecht van een lidstaat waar een vordering tegen een medeverzekeraar is ingesteld (van toepassing op co-assurantie). Ten aanzien van de verzekeringnemer, verzekerde of begunstigde bepaalt art. 12 van de EEX-Verordening en art. 14 lid 1 Verordening Brussel *Ibis* dat de vordering van de verzekeraar slechts voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder¹³² woonplaats heeft kunnen worden gebracht.¹³³

De bevoegdheidsregels worden in het algemeen gegrond op de woonplaats van de verweerder. Dit uitgangspunt is bevestigd in de overwegingen 11 en 13 van de EEX-Verordening.¹³⁴

¹²⁷ Ingevolge art. 11 van Rome I wordt de geldigheid van de verzekeringsovereenkomst beantwoordt op basis van het recht dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van toepassing was.

¹²⁸ Vágási 2013, p. 168.

¹²⁹ Strikwerda 2012, p. 163.

¹³⁰ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 917, Traest 2016, p. 1022.

¹³¹ Een verzekeraar kan voor een groot aantal bevoegde rechters gedaagd worden: (1) volgens art. 9, lid 1 onder a EEX-Verordening en art. 11, lid 1 onder a Verordening Brussel *Ibis* voor het gerecht van zijn vestigingsland, (2) volgens art. 9, lid 1 onder b EEX-Verordening en art. 11, lid 1 onder b Verordening Brussel *Ibis* voor het gerecht van de woonplaats van de eiser in een andere lidstaat indien het gaat om een vordering van een verzekeringnemer, verzekerde of begunstigde, (3) volgens art. 9, lid 1 onder c EEX-Verordening en art. 11, lid 1 onder c Verordening Brussel *Ibis* voor het gerecht van de lidstaat waar de vordering tegen een eerste verzekeraar is ingesteld voorzover om een medeverzekeraar gaat, (4) volgens art. 8 jo art. 5 lid 5 EEX-Verordening en art. 10 jo art. 7 lid 5 Verordening Brussel *Ibis* voor het gerecht waar hij een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging heeft, (5) volgens art. 10 EEX-Verordening en art. 12 Verordening Brussel *Ibis* voor het gerecht van de lidstaat waar het schade toebrengende feit is gebeurd, voor zover bij het geschil een aansprakelijkheidsverzekering of een verzekering betreffende onroerende goederen is betrokken en (6) volgens art. 11 lid 1 EEX-Verordening en art. 13 lid 1 Verordening Brussel *Ibis* kan de verzekeraar ter zake van een aansprakelijkheidsverzekering in vrijwaring worden geroepen voor het gerecht waar de rechtsovername van de benadeelde tegen de verzekerde aanhangig is, voor zover de voor dit gerecht geldende wetgeving dit toelaat. Ten aanzien van de uitleg van art. 9 lid 1 onder b), juncto art. 11 lid 2 van de EEX-Verordening zie het arrest HvJ EU van 20 juli 2017, C-340/16 (MMA IARD), ECLI:EU:C:2017:576. Hierin is bepaald dat voornoemd artikel aldus moet worden uitgelegd “*dat een in een eerste lidstaat gevestigde werkgever die het loon heeft doorbetaald van zijn wegens verkeersongeval afwezige werknemer en die is gesubrogeerd in de rechten van die werknemer jegens de in een tweede lidstaat gevestigde maatschappij die de wettelijke aansprakelijkheid voor het bij dat ongeval betrokken voertuig dekt, als ‘getroffene’ in de zin van deze laatste bepaling die verzekeringsmaatschappij kan oproepen voor de gerecht van de eerste lidstaat, wanneer een rechtstreekse vordering mogelijk is.*”

¹³² Onder verweerder kan verzekeringnemer, verzekerde of begunstigde worden verstaan.

¹³³ Vágási 2013, p. 165, Traest 2016, p. 1027.

¹³⁴ In overweging 11 is bepaald dat “[...] de bevoegdheid moet altijd op die grond (woonplaats verweerder) kunnen worden bevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de

Ingevolge art. 11 lid 2 EEX-Verordening en art. 13 lid 2 Verordening Brussel *Ibis* zijn de artikelen 8, 9, 10 van de EEX-Verordening, respectievelijk art. 10, 11, 12 van Verordening Brussel *Ibis* ook van toepassing op de vorderingen die door de getroffen rechtstreeks tegen de verzekeraar worden ingesteld.¹³⁵ Voorwaarde hiervoor is wel dat een rechtstreekse vordering mogelijk is conform het verwijzingsrecht.¹³⁶ Ten aanzien van de verzekeraar die als gevolg van een rechtstreekse vordering is gedaagd, geldt de bevoegdheid om op basis van art. 11 lid 3 EEX-Verordening en art. 13 lid 3 Verordening Brussel *Ibis* ook de verzekeringnemer of de verzekerde in het geding te betrekken.¹³⁷

Afdeling 3 van deze verordeningen zijn bedoeld om een autonoom stelsel in met betrekking tot de gerechtelijke bevoegdheidsverdeling in verzekeringszaken invoert.¹³⁸

Hierbij zijn ook regels vastgelegd ten aanzien van de rechtsgevolg van een forumkeuzebeding tussen verzekeraar en verzekerde. Ingevolge art. 23 lid 5 van de EEX-Verordening en art. 25 lid 5 Verordening Brussel *Ibis* hebben forumskeuzebedingen geen rechtsgevolg indien deze strijd opleveren met o.a. art. 13 van de EEX-Verordening en o.a. art. 15 Verordening Brussel *Ibis*.

In het arrest Assens Havn van 13 juli 2017 oordeelde het HvJ¹³⁹ dat art. 13, lid 5, juncto art. 14, lid 2 onder a) van de EEX-Verordening aldus moet worden uitgelegd dat een gelaedeerde, die een rechtstreekse vordering kan instellen tegen een verzekeraar van degene, die de door hem geleden schade heeft veroorzaakt ofwel verzekeringnemer, niet gebonden is aan de tussen de verzekeraar en deze verzekeringnemer overeengekomen forumkeuze.

Wanneer de verweerder voor een gerecht van een andere lidstaat dan zijn/haar eigen woonplaats verschijnt en geen exceptie van onbevoegdheid oproept, zal de rechter zich bevoegd moeten verklaren. Dergelijke verschijning wordt immers als een stilzwijgende aanwijzing van een bevoegd gerecht geoordeeld in de zin van art. 24 EEX-Verordening en art. 26, lid 1 van Verordening Brussel *Ibis*.¹⁴⁰

Indien de verweerder niet op het grondgebied van een van de lidstaten woonachtig is, wordt de bevoegdheid van de rechter ten aanzien van de verweerder vastgelegd door de nationale wetgeving van elke lidstaat (conform art. 9 lid 2 EEX-Verordening en art. 11 lid 2 Verordening Brussel *Ibis*).

De bevoegdheidsregels in verzekeringszaken, die ten aanzien van verzekeringnemers, verzekerden en begunstigen gelden, beogen de zwakker geachte partijen te beschermen.¹⁴¹ Onder de zwakkere partijen vallen niet alleen consumenten. Voornoemde bepaling is immers ook op de verzekeringnemers van

partijen een ander aanknopingspunt wettigt [...]”.

¹³⁵ Traest 2016, p. 1026.

¹³⁶ Voor dit verwijzingsrecht zie art. 18 van de Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ofwel Rome II (*PbEUB.L.* 31 juli 2007, afl. 199) waarin is bepaald dat degene die schade heeft geleden, zijn vordering rechtstreeks tegen de verzekeraar van de aansprakelijke persoon kan instellen, indien het op de niet-contractuele verbintenis toepasselijke recht of het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht hierin voorziet. Een belangrijke uitzondering hierop is te vinden in het Haagse Verkeersongevallenverdrag (Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, ‘s- Gravenhage, 04-05-1971), welk verdrag ingevolge art. 28 lid 1 Rome II voorrang heeft op verordening Rome II. Zie hierbij ook Traest 2016, p. 1026 en het arrest HvJ EG 13 december 2007, C-463/06 (FBTO Schadeverzekeringen), ECLI:EU:C:2007:792, waarin het HvJ verduidelijkte de verwijzing naar art. 13 lid 2 van Verordening Brussel *Ibis*.

¹³⁷ Traest 2016, p. 1027, Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 920.

¹³⁸ Zie r.o. 29 van het arrest HvJ EG 12 mei 2005, C-112/03 (Société financière et industrielle du Peloux), ECLI:EU:C:2005:280 en r.o. 29 van het arrest van HvJ EU 13 juli 2017, C-368/16 (Assens Havn), ECLI:EU:C:2017:546.

¹³⁹ Zie het arrest van HvJ EU 13 juli 2017, C-368/16 (Assens Havn), ECLI:EU:C:2017:546. In r.o. 40 van dit arrest is bepaald dat een forumkeuze gemaakt tussen een verzekeraar en verzekeringnemer niet kan worden tegengeworpen aan de gelaedeerde. Hetzelfde geldt indien voornoemde gelaedeerde een rechtstreekse vordering wil instellen voor het gerecht van zijn woonplaats. Zie ten aanzien van deze mogelijkheid ook r.o. van het arrest HvJ EG 13 december 2007, C-463/06 (FBTO Schadeverzekeringen), ECLI:EU:C:2007:792.

¹⁴⁰ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 920, Traest 2016, p. 1028. In het arrest HvJ EU 20 mei 2010, C-111/09 (ČPP Vienna Insurance Group), ECLI:EU:C:2010:290 stelde het HvJ dat “artikel 24 van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet aldus worden uitgelegd dat het gerecht dat is aangezocht zonder dat de regels in afdeling 3 van hoofdstuk II van deze verordening in acht zijn genomen, zich bevoegd moet verklaren wanneer de verweerder verschijnt en geen exceptie van onbevoegdheid opwerpt, aangezien een dergelijke verschijning geldt als een stilzwijgende aanwijzing van het bevoegde gerecht”.

¹⁴¹ Traest 2016, p. 1023 en overweging 13 van EEX-Verordening. Bescherming van de zwakkere partij is door het HvJ in verschillende arresten benadrukt: HvJ EG 13 december 2007, C-463/06 (FBTO Schadeverzekeringen), ECLI:EU:C:2007:792, HvJ EG 17 september 2009, C-347/08 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse), ECLI:EU:C:2009:561, HvJ EU 13 juli 2017, C-368/16 (Assens Havn), ECLI:EU:C:2017:546.

toepassing die de in het geschil betrokken verzekeringsovereenkomst in het kader van hun professionele activiteiten hebben afgesloten.¹⁴²

Het belang van deze bescherming is in ieder geval tweezijdig van aard. Enerzijds worden deze partijen beschermd in het geval dat ze in buitenland betrokken raken bij een schade toebrengende gebeurtenis. Anderzijds is deze bescherming van belang in het geval dat deze partijen een grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst hebben afgesloten. De bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening en Verordening Brussel *Ibis* leveren hiermee een belangrijke bijdrage in de goede werking van de interne verzekeringsmarkt,¹⁴³ waaronder het vergroten van het vertrouwen van de aspirant- verzekeringnemers om overeenkomsten aan te gaan met verzekeraars met zetel in een andere lidstaat dan hun gewone woonplaats.

Ten aanzien van de grote risico's zijn, ingevolge art. 14 lid 5 EEX-Verordening en art. 16 lid 5 Verordening Brussel *Ibis*, afwijkende bedingen betreffende rechterlijke bevoegdheden toegelaten.¹⁴⁴

Verder blijven de artikelen 10 t/m 16 en art. 11, lid 1 onder a) Verordening Brussel *Ibis*, buiten toepassing bij geschillen tussen herverzekeraars en verzekeraars.

Ingevolge art. 13 EEX-Verordening en art. 15 Verordening Brussel *Ibis* worden ook afwijkende forumbedingen toegelaten. Een afwijkend forumbeding is slechts mogelijk bij overeenkomsten die (1) of zijn gesloten na het ontstaan van een geschil; (2) of die welke aan de verzekeringnemer, de verzekerde of de begunstigde de mogelijkheid geven de zaak bij andere gerechten dan de in deze afdeling genoemde aanhangig te maken; (3) of waarbij een verzekeringnemer en een verzekeraar die op het tijdstip waarop de overeenkomst wordt gesloten, hun woonplaats of hun gewone verblijfplaats in dezelfde lidstaat hebben, zelfs als het schade toebrengende feit zich in het buitenland heeft voorgedaan, de gerechten van die lidstaat bevoegd verklaren, tenzij de wetgeving van die lidstaat deze overeenkomsten verbiedt; (4) of die gesloten zijn door een verzekeringnemer, die zijn woonplaats niet in een lidstaat heeft, behalve wanneer het gaat om een verplichte verzekering of een verzekering van een in een lidstaat gelegen onroerend goed; (5) of betreffende een verzekeringsovereenkomst, voorzover daarmee een of meer van de risico's bedoeld in artikel 14 EEX-Verordening (art. 16 Verordening Brussel *Ibis*) worden gedekt. Het HvJ¹⁴⁵ heeft ten aanzien van de toepassing van de bepaling inzake afwijkende forumkeuze gesteld dat deze niet kan worden tegengeworpen aan de verzekerde die (1) de begunstigde is van de in het geschil betrokken verzekeringsovereenkomst en die (2) het beding niet uitdrukkelijk heeft aanvaard en die (3) in een andere lidstaat dan de verzekeringnemer en de verzekeraar woonachtig of gevestigd is.

2.7. Conclusie

Uit de bovenstaande uiteenzetting blijkt dat de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst gebaseerd is op een tweezijdige wilsovereenstemming.

In het licht van de doelstelling van de Unie om de goede werking van de interne verzekeringsmarkt te waarborgen zou het wenselijk zijn dat de begripsbepalingen verbonden met de verzekeringsovereenkomst een verdere harmonisatie binnen de Gemeenschap en dus tussen de lidstaten zouden ondergaan. Hiermee zouden vermoedelijk de verschillende verzekeringsculturen uit de lidstaten dichter bij elkaar komen, waardoor wanneer over verzekeringsactiviteiten wordt gesproken in ieder lidstaat aan dezelfde activiteit wordt gedacht en dat de basisregels voor de uitoefening van deze activiteit vergelijkbaar zijn en gedeeld worden.

Hoewel de totstandkoming van een tweezijdige wilsovereenkomst partijautonomie van de contractspartijen veronderstelt, wordt in het geval van de verzekeringsovereenkomst de keuzevrijheid van de verzekeraar en die van de verzekeringnemer vaak beperkt. Deze beperking van de partijautonomie kent verschillende vormen en gradaties en heeft gevolgen voor onder andere de inhoud, beschikbaarheid en/of prijs van een

¹⁴² Heiss 2016, p. 408. Traest (2016, p. 1023) maakt hierbij melding van de exclusieve toepasselijkheid van de artikelen 17 t/m 19 van de Verordening Brussel *Ibis* op consumentenovereenkomsten, welke buiten het kader van professionele activiteiten worden gesloten.

¹⁴³ Traest 2016, p.1023, Heiss 2016, p. 408.

¹⁴⁴ Traest 2016, 1024, Heiss 2016 II, p. 410.

¹⁴⁵ Zie HvJ EG HvJ EG 12 mei 2005, C-112/03 (Société financière et industrielle du Peloux), ECLI:EU:C:2005:280.

verzekeringproduct. Hierdoor kan voorkomen dat voor de verzekeringnemer de hoogte van de premie als enig onderscheidend criterium overblijft bij het sluiten van een bepaald type verzekeringsovereenkomst. Ook de op de verzekeraars rustende regeldruk kan tot een beperking van de partijautonomie leiden. De verzekeraar wordt hierdoor immers vaak voorzichtiger en om die reden minder bereid om op individuele wensen van de verzekeringnemer in te gaan. Dat brengt met zich mee dat voor de verzekeringnemer geen reële mogelijkheid overblijft om over de inhoud van de dekking en overige voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst te onderhandelen. Wederom blijft de hoogte van de premie als een onderscheidende factor over waarop de uiteindelijke keuze voor een verzekeringproduct wordt gebaseerd. Dit betekent dat verzekeraars zich niet meer gaan onderscheiden op basis van een bij de verzekeringnemer passend product maar steeds meer voor standaardproducten kiezen waarbij ze elkaar op de premie beconcurreren.

De regels van het Nederlandse IPR bepalen dat de relevante artikelen van Rome I van toepassing vinden bij het bepalen van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Deze regels bevatten beperkingen van de partijautonomie ten aanzien van een deel van de verzekeringsovereenkomsten. Ondanks het feit dat de definitie voor de verzekering binnen de Unie een standaard uitgangspunt vormt verwijzen de regels van toepasselijk recht naar verschillende jurisdicties van de afzonderlijke lidstaten. Dit betekent dat in grensoverschrijdende situaties verzekeringsovereenkomsten per geval (afhankelijk van het land waar het verzekerde risico is gelegen) andere kenmerken krijgen. Contractspartijen zullen als gevolg van de beperking van hun partijautonomie rekening moeten houden met verschillende, vaak zeer uiteenlopende regels, afhankelijk van het recht van de lidstaat dat van toepassing wordt verklaard op hun verzekeringsovereenkomst.

Voor wat betreft de rechtelijke bevoegdheid bij grensoverschrijdende verzekeringsgeschillen bevatten de EEX-Verordening en Verordening Brussel *Ibis* de toepasselijke bepalingen. Uit de in deze verordeningen opgenomen regels blijkt dat de verzekeringnemers, verzekerden of begunstigden betrokken in een geschil voortvloeiend uit een verzekeringsovereenkomst, aanzienlijke bescherming genieten in vergelijking met de verzekeraar. Deze bescherming is gunstig voor de verzekeringnemer en leidt vermoedelijk tot meer vertrouwen in het sluiten van grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten. Om die reden hebben deze verordeningen mogelijk een positieve bijdrage aan de betere werking van de interne verzekeringsmarkt.

3. Verdragsrecht en verzekeren

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uitgebreid ingegaan op het verdragsrecht dat van toepassing is op de Europese interne markt. Tevens komt de toepasselijkheid van dit verdragsrecht op het aanbieden van financiële diensten zoals verzekeringen aan de orde.

Ten eerste worden de constitutionele rechtsbronnen van de Unie¹⁴⁶ bestaande uit het *Verdrag betreffende de Europese Unie*¹⁴⁷ (VEU), het *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*¹⁴⁸ (VWEU)¹⁴⁹ en het *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*¹⁵⁰ (Hv) kort toelicht. Daarna komen de doelstellingen van de Unie aan de orde. Verder wordt ingaan op de kenmerken en rechtsbeginselen van het Unierecht. Hieruit zal blijken dat de werking van de interne markt een belangrijke doelstelling is van de Unie.

Na een toelichting betreffende de relatie tussen het Unierecht en de interne markt, wordt de bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten behandeld. Hierbij wordt aandacht besteed aan de bevoegdhedenverdeling die bedoeld is om de toegang tot en de werking van de interne markt te waarborgen.

Binnen het kader van het waarborgen van de goede werking van de interne markt wordt ingegaan op de vraag in hoeverre in het materiële Unierecht bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van financiële diensten en meer specifiek het aanbieden van verzekeringen binnen de interne markt. Tevens wordt de bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten, uitgaande van het soevereiniteits- en territorialiteitsbeginsel behandeld. Hierna worden enkele, voor de financiële dienstverlening op de interne markt, relevante aspecten van het verdragsrecht toelicht. Hierbij wordt vooral aandacht besteed aan een mogelijke relatie tussen de voornoemde beginselen en de regulering van toepassing op het aanbieden van de verzekeringen.

Verder bevat dit hoofdstuk een beknopte toelichting op de visie van de Europese wetgever en instanties over het verzekeren op de interne markt, de voordelen van het benutten van de interne markt en de wijze waarop de werking van de interne verzekeringsmarkt verbeterd zou kunnen worden. Aanbieden van de verzekeringen op de interne markt zal vervolgens ook aan de orde komen samen met de geconstateerde belemmeringen verbonden aan de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten.

Ten slotte worden enkele technologische ontwikkelingen met betrekking tot het verzekeren geschetst. Deze zijn relevant voor het overwinnen van een deel van de belemmeringen die er gelden bij het aanbieden van grensoverschrijdende (verzekerings)activiteiten en voor het opereren van de verzekeringsondernemingen binnen de interne verzekeringsmarkt.

3.2. Constitutionele rechtsbronnen Unierecht

In het VEU en het VWEU zijn de regels opgenomen die de basis vormen van het recht van de Unie.¹⁵¹ Deze verdragen vormen samen met het Hv de constitutionele rechtsbronnen van het Unierecht.

Het VEU houdt de hoofdlijnen van de Unie in, terwijl de VWEU een uitwerking bevat van de in het VEU opgenomen hoofdlijnen. De aan beide verdragen gehechte protocollen (11 per verdrag) hebben dezelfde rechtskracht als het VEU en het VWEU.¹⁵² Ondanks het feit dat in praktisch opzicht het VWEU een uitwerking vormt van de in het VEU opgenomen regels, hebben beide verdragen een zelfstandige en gelijke juridisch kracht en vormen ingevolge art. 1, lid 2 VWEU het fundament van de Unie.¹⁵³

“Dit Verdrag en het Verdrag betreffende de Europese Unie vormen de Verdragen waarop de Unie is gegrondvest. Deze twee Verdragen, die dezelfde juridische waarde hebben, worden aangeduid met de term “de Verdragen”.

¹⁴⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 34.

¹⁴⁷ Verdrag betreffende de Europese Unie, *PbEG* Nr. C 325 van 24/12/2002, blz. 0005 – 0032.

¹⁴⁸ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* C326/47 van 26.10.2012.

¹⁴⁹ Teksten in *PbEU*. 2010, C83/1.

¹⁵⁰ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2010/C 83/02.

¹⁵¹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 29.

¹⁵² Barents & Brinkhorst 2012, p. 32.

¹⁵³ Barents & Brinkhorst 2012, p. 32.

Het Hv bevat rechten, vrijheden en beginselen en is sinds 1 december 2009 juridisch bindend voor de instellingen, organen en instanties van de Unie en voor de lidstaten zodra zij het Unierecht toepassen.¹⁵⁴ Volgens Thiery¹⁵⁵ is het Hv een teken van het belang dat de Unie hecht aan de bescherming van de grondrechten.

3.3. Unierecht

Het beginsel van gemeenschapstrouw heeft betrekking op de verhouding tussen de Unie en de lidstaten. Deze verhouding kan tot in het rechte afdwingbare gevolgen leiden.¹⁵⁶ Dit beginsel brengt met zich mee dat de lidstaten zoveel mogelijk de volle werking van het Unierecht op hun grondgebied moeten waarborgen. Dit doen de lidstaten door het nationale recht ook zoveel mogelijk in lijn met de bedoelingen van het Unierecht uit te leggen¹⁵⁷ en alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen voor het verzekeren van de naleving van het Unierecht.¹⁵⁸ Een dergelijke plicht geldt ingevolge het HvJ bijvoorbeeld ten aanzien van de in het Unierecht gewaarborgde grondrechten¹⁵⁹, algemene rechtsbeginselen¹⁶⁰ en door de lidstaten erkende normen van internationaal recht.¹⁶¹ Voor het geval dat nationale voorschriften strijd (zouden) opleveren met de rechtstreeks werkende bepalingen van het Unierecht¹⁶² wordt van de lidstaten verwacht dat ze de desbetreffende nationale voorschriften buiten toepassing verklaren.¹⁶³ Deze verplichtingen gelden naast de nationale rechters ook ten aanzien van bestuursorganen.¹⁶⁴

Dit beginsel laat onverlet de mogelijkheid van een lidstaat om regelingen in te stellen die binnen zijn grondgebied wel een probleem oplossen terwijl voor dat probleem het Unierecht (nog) geen regeling biedt.¹⁶⁵

Het effectiviteitsbeginsel gaat uit van de verplichting van de lidstaat om de volle werking van het Unierecht te waarborgen.¹⁶⁶ De aan het effectiviteitsbeginsel verbonden prioriteit van het Unierecht impliceert dat de nationale wettelijke regels de naleving van de verplichtingen uit het gemeenschapsrecht niet mogen belemmeren.¹⁶⁷ Volgens Laaper¹⁶⁸ brengt het effectiviteitsbeginsel met zich mee dat de lidstaten handhavend

¹⁵⁴ Zie www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten.

¹⁵⁵ Thiery 2011, p. 87.

¹⁵⁶ Lauwaars & Timmermans 2003, p. 41 en Barents & Brinkhorst 2012, p. 120.

¹⁵⁷ Zie 'Tussen rechtszekerheid en gemeenschapstrouw', ICER 04-05.b, vindplaats www.minbuza.nl/binaries/content/assets/ecer/ecer/import/icer/adviezen/2007_advies_formele_rechtskracht/icer-2007-rapport-formele-rechtskracht.pdf. Zie ook HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson en Kamann), ECLI:EU:C:1984:153 en HvJ 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:395. Zie verder Van Nuffel 2012, p. 18 die stelt dat een dergelijke verplichting losstaat van de vraag of de relevante EU-norm een rechtstreekse werking heeft, maar dat de verplichting op de voorrang van het Unierecht op het nationale recht van de lidstaten is gebaseerd. Zie ook Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 473 e.v. over voorrang en rechtstreekse werking van het Unierecht.

¹⁵⁸ Laaper 2017, p. 343.

¹⁵⁹ Zie o.a. HvJ EG 8 april 1992, C-62/90 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1992:169, HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95 (Vereinigde Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH/Bauer Verlag), ECLI:EU:C:1997:325, HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 (N.S. e.a.) en C-496/10 (M.E. e.a.), ECLI:EU:C:2011:265.

¹⁶⁰ Zie o.a. HvJ EG 6 november 2003, C-101/01 (Lindqvist), ECLI:EU:C:2003:596, HvJ EG 26 juni 2007, C-305/05 (Ordre des barreaux francophones en germanophone e.a.), ECLI:EU:C:2007:383 en HvJ EU 19 april 2012, C-461/10 (Bonner Audio e.a.), ECLI:EU:2012:219.

¹⁶¹ Zie HvJEU 5 juli 2017, C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2017:513.

¹⁶² Zie Van Nuffel 2012, p.15 over het beslissende criterium voor de vraag of een EU-norm al dan niet rechtstreekse werking geniet. Hierbij is ook gesteld dat de rechtstreekse werking ook een techniek is waarmee een particulier de rechten kan doen gelden die hem in een EU-norm worden toegekend. Zie inzake rechtstreekse werking EU-norm en beroepsmogelijkheden particulieren op deze norm in o.a. HvJ EG 7 maart 1985, C-32/84 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1985:104, HvJ EG 15 december 1995, C-415/93 (Bosman e.a.), ECLI:EU:C:1995:463, HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri), ECLI:EU:C:2007:809 en HvJ EU 10 maart 2011, C-379/09 (Casteels), ECLI:EU:C:2011:131. Zie ook Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 136-137 met een uitgebreide behandeling van het arrest Van Gend & Loos.

¹⁶³ Zie Van Nuffel 2012, p. 14 over situaties waarbij nationale regel en EU-normen met elkaar in conflict komen.

¹⁶⁴ Zie de arresten van het HvJ van 22 juni 1989, C-103/88 (Fratelli Constanzo), ECLI:EU:C:1989:256, HvJ van 9 september 2003, C-198/01 (CIF), ECLI:EU:C:2003:430, HvJ van 26 januari 2017, C-421/14 (Banco Primus), ECLI:EU:C:2017:6.

¹⁶⁵ Zie het arrest van het HvJ van 21 december 2011, C-495/10 (Centre hospitalier universitaire de Besançon), ECLI:EU:C:2011:869.

¹⁶⁶ Laaper 2017, p. 343, Aelen & Van den Broek 2014, p. 13-14, Tjong Tjin Tai 2014, p. 790, Smits 2016, p. 60.

Effectiviteitsbeginsel wordt ook wel als een structuurbeginsel gezien. De term wijst op de structurerende functie van dit beginsel.

¹⁶⁷ Tjong Tjin Tai 2014, p. 790 e.v.

¹⁶⁸ Laaper 2017, p. 343.

moeten optreden als het gaat om de naleving van het Unierecht. Het staat hun niet vrij om een gedoogbeleid te voeren.¹⁶⁹

Het effectiviteitsbeginsel kent ook een legitimerende functie. Tevens vormt de basis waaraan het HvJ zijn bevoegdheid ontleent om “*vérgaande ingrijpen in het nationale recht te kunnen doen*”.¹⁷⁰

In het arrest van 21 september 1989 stelde het HvJ dat de lidstaten verplicht waren om “*alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren*”.¹⁷¹ Deze maatregelen dienen volgens de jurisprudentie van het HvJ aan de volgende kenmerken te voldoen: doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend.¹⁷² In het arrest Pannon GSM¹⁷³ stelde het HvJ regels over de bevoegdheden en verplichtingen van de nationale rechters inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.¹⁷⁴

Het discriminatieverbod op basis van nationaliteit betekent dat binnen de Unie geen (ongerechtvaardigd) onderscheid is toegestaan tussen de verschillende EU-onderdanen op basis van hun nationaliteit. Het in art. 18 VWEU¹⁷⁵ opgenomen discriminatieverbod is een uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel is een van de basisprincipes van het Unierecht.¹⁷⁶ Waar eerst het gelijkheidsbeginsel¹⁷⁷ vooral als middel voor de marktintegratie en economische vooruitgang¹⁷⁸ binnen de Unie gold, is dit, volgens Thiery¹⁷⁹, tot een “*constitutioneel beschermd fundamenteel recht*” uitgegroeid¹⁸⁰. Het uit het algemene gelijkheidsbeginsel voortvloeiende recht op gelijke behandeling vormt inmiddels een grondrecht¹⁸¹ waarop door rechtssubjecten (burgers en ondernemingen van een lidstaat) niet alleen tegenover de soevereine staat een beroep gedaan kan worden, maar ook in de relatie tussen de rechtssubjecten onderling.¹⁸² Art. 18 VWEU heeft om die reden een horizontale rechtstreekse werking.¹⁸³ Volgens vaste rechtspraak van het Hof¹⁸⁴ vereist

¹⁶⁹ Laaper 2017, p. 343 waarin is gesteld dat het voeren van een gedoogbeleid en het ontbreken van handhavend optreden van de lidstaten zou ook een afbreuk doen aan het gelijke speelveld als voorschriften van het Unierecht in de ene lidstaat wel en in andere lidstaten niet gehandhaafd zouden worden. Zie hierbij ook HvJ EG 21 september 1989, C-68/88 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:1989:339, waarin aan de Helleense Republiek werd verweten dat ze geen straf- of tuchtrechtelijke vervolging hebben ingesteld tegen degenen die betrokken zouden zijn geweest bij het verrichten of het toedekken van de handelingen waardoor in de zaak behandelde landbouweffingen konden worden ontdoken en dat ze niet over zijn gegaan tot passende verificaties en controles. Zie ook Koutrakos & Snell 2017, p. 63 over de verplichtingen van de lidstaten inzake het waarborgen van de naleving van het Unierecht.

¹⁷⁰ Tjong Tjin Tai 2014, p. 790 e.v., Zie hierbij ook HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77 (Simmenthal), ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁷¹ Zie r.o. 23 van HvJ EG 21 september 1989, C-68/88 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:1989:339.

¹⁷² Aelen & Van den Broek 2014, p. 13 en HvJ EG 21 september 1989, C-68/88 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:1989:339.

¹⁷³ Zie HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon GSM), ECLI:EU:C:2009:350.

¹⁷⁴ Pavillon 2001, p. 44. Zie hierbij ook het arrest van het HvJ EU van 20 september 2017, C-186/16 (Andriuc e.a.), ECLI:EU:C:2017:703 voor wat betreft het beroep van een consument op richtlijn 93/13 EEG.

¹⁷⁵ Bevat de meest fundamentele uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel, zie hierover Thiery 2011, p. 27, Jansen 2012, p. 151.

¹⁷⁶ Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 134 en Bell 2002, p. 82, Jansen 2012, p. 156, Beckmann 2015, p. 122 en de arresten van het HvJ die het algemene gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het Unierecht bevestigen. Zie hierbij het arrest in gevoegde zaken HvJ EG 17 oktober 1977, C-117/76 en C-16/77 (Ruckdeschel e.a.), ECLI:EU:C:1977:160 waarin is bepaald dat het discriminatieverbod een bijzondere uitdrukking is van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat een van de grondprincipes van het gemeenschapsrecht is en HvJ EG 8 oktober 1980, C-810/79 (Uberschar), ECLI:EU:C:1980:228 waarin is geoordeeld dat: “*volgens een vaste rechtspraak van het Hof is het algemene gelijkheidsbeginsel, [...], een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht. Conform dit beginsel mogen gelijke omstandigheden niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil objectief ware gerechtvaardigd*”. Zie ook Tridimas 1999, p. 5 en De Vries 2005, p. 14.

¹⁷⁷ Het gelijkheidsbeginsel is een algemeen beginsel van het Unierecht (art. 20 van het Hv). Het in art. 21, lid 1 Hv neergelegde non-discriminatiebeginsel vormt een bijzondere uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel. In het arrest Mangold (HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709) oordeelde het HvJ: “*het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet derhalve worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht*”.

¹⁷⁸ Jansen 2012, p. 152.

¹⁷⁹ Thiery 2011, p. 26.

¹⁸⁰ Zie hiervoor HvJ EG 11 juli 1985, C-137/84 (Ministere public/ Mutsch), ECLI:EU:C:1985:335 over de voorwaarde van gelijkheid van behandeling bij de uitoefening van het recht van het vrij verkeer.

¹⁸¹ Van Leuwen 2009, p. 85.

¹⁸² Thiery 2011, p. 2, zie ook Velaers 2003, 295, Jansen 2012, p. 188 over de horizontale werking van de gelijkheidsbeginsel. Zie ook Stijns & Swaenepoel 2010, p. 18.

¹⁸³ Jansen 2012, p. 151 en 155 en HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709, HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21. In dit laatste arrest benadrukte het HvJ dat “*de nationale rechter aan wie een geschil tussen particulieren werd voorgelegd, moet de naleving verzekeren van het beginsel van non-discriminatie*” en bevestigde de horizontale rechtstreekse werking van het gelijkheidsbeginsel. Zie ook Stijns & Swaenepoel 2010, p. 17 over de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht en onrechtstreekse horizontale werking. Zie ook Rinkes 2016, p. 77 over het fenomeen horizontale directe werking van art. 56 VWEU.

het gelijkheidsbeginsel “*dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is*”¹⁸⁵.

Thiery stelt in zijn dissertatie dat aan de bescherming van het algemene gelijkheidsbeginsel inmiddels even hoge prioriteit wordt gegeven als aan de werking van de interne markt.¹⁸⁶ In paragraaf 14.3.9 van dit proefschrift volgt een uitgebreide toelichting betreffende verschillende vormen van discriminatie en de relevante jurisprudentie van het HvJ.

Om de doelstellingen van de Unie te bereiken wordt op het niveau van de Unie gewerkt aan wetgeving, zoals opgenomen in richtlijnen en verordeningen, die enerzijds via implementatie in de nationale wetgeving van de lidstaten (in het geval van de richtlijnen) of anderzijds door rechtstreekse werking (in het geval van verordeningen¹⁸⁷), binnen de hele Unie van toepassing is.

Voor wat betreft de nationale wetgeving: deze mag geen beperkingen inhouden ten aanzien van de vrijheden of bepalingen uit het materiële Unierecht. Uitzonderingen op deze regel zijn mogelijk, maar toepassing ervan is aan strikte voorwaarden gebonden. In art. 36 VWEU is bijvoorbeeld bepaald dat verboden of beperkingen ten aanzien van invoer, uitvoer of doorvoer mogelijk zijn, mits gerechtvaardigd uit “*hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom*”. Bovendien mogen deze verboden of beperkingen “*geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen*”.

Door het gebruikmaken van een limitatieve opsomming van de mogelijke rechtvaardigingsgronden wordt tot uitdrukking gebracht dat enkel in een beperkt aantal gevallen en onder strikte voorwaarden beperkingen van de door het Unierecht gegarandeerde vrijheid zijn geoorloofd.

In het arrest Gebhard¹⁸⁸ oordeelde het HvJ over de mogelijke strijd tussen een nationale regeling en de in het Unierecht gewaarborgde, fundamentele vrijheden. Volgens het HvJ dienen nationale regelingen die fundamentele vrijheden belemmeren aan de volgende vier voorwaarden te voldoen:

- zonder discriminatie toegepast;
- rechtvaardiging in dwingende reden van algemeen belang;
- geschikt voor het waarborgen van de naleving van het gestelde doel; en
- niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van het gestelde doel.¹⁸⁹

Zodra ten aanzien van een bepaald onderwerp binnen de Unie harmoniserende bepalingen zijn opgesteld, kunnen de lidstaten zich niet meer beroepen op een nationale regel¹⁹⁰ die een beperking onder voorwaarde(n) toelaat (zoals art. 36 VWEU). Vanaf dat moment wordt iedere nationale regeling over het desbetreffende onderwerp getoetst aan de harmoniserende regeling uit het Unierecht.¹⁹¹

Zie verder HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15 (Farrell), ECLI:EU:C:2017:745 over de voorwaarden waaronder bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben aan een privaatrechtelijke entiteit kunnen worden tegengeworpen.

¹⁸⁴ Zie HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.), ECLI:EU:C:2008:728 en HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09 (Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop vzw e.a.), ECLI:EU:C:2011:100.

¹⁸⁵ HvJ EU 5 juli 2017, C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2017:513.

¹⁸⁶ Thiery 2011, p. 2.

¹⁸⁷ Via een verordening worden particulieren en bedrijven rechtstreeks gebonden. Deze binding geldt voor alle onderdelen van de verordening. Rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening is bepaald in art. 288 VWEU. Bij een richtlijn is sprake van een middellijke (via lidstaat) binding.

¹⁸⁸ Zie HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411.

¹⁸⁹ Zie ook HvJ 31 maart 1993, C-19/92 (Kraus), ECLI:EU:C:1993:125.

¹⁹⁰ Zie van Nuffel 2012, p. 24 ev. over buiten toepassing laten van strijdige nationale rechtsregels. Zie hierbij het arrest HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88 (Fratelli Constanzo), ECLI:EU:C:1989:256, waarin is door het HvJ geoordeeld dat de verplichting om strijdige bepalingen van het nationale recht buiten toepassing te laten niet alleen op de nationale rechter maar ook op alle overheidsinstanties, inclusief bestuursorganen ligt.

¹⁹¹ Van der Burg & Voermans 2015, p.85, Van Nuffel 2012, p. 21.

Ook kan het Unierecht rechtstreekse gevolgen hebben; zo levert een mededingingsbeperkende afspraak strijd met art. 101 VWEU. Dit leidt tot nietigheid van de desbetreffende overeenkomst (ingevolge art. 101, lid 2 VWEU) en recht op schadevergoeding indien een particulier of een rechtspersoon hierdoor schade lijdt.¹⁹²

3.4. De Unie en de interne markt

Reeds in het *Verdrag tot oprichting van een Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal* (hierna EGKS-Verdrag) waren doelstellingen opgenomen gericht op de interne vergemeenschappelijking enerzijds en de afscherming naar buiten toe anderzijds.¹⁹³ Deze doelstellingen kwamen overeen met de twee belangrijkste kenmerken van de binnenmarkt ofwel de gemeenschappelijke markt. Het via deze weg ontwikkelde concept van de binnenmarkt ligt aan de basis van het begrip ‘interne markt’ als de gemeenschappelijke markt uit het VEU en het VWEU.

Een gemeenschappelijke markt is een belangrijk middel voor het bereiken van de in het VEU en het VWEU beoogde integratie en samenwerking tussen de lidstaten binnen de Unie.¹⁹⁴ Tevens is een gemeenschappelijke markt geschikt om economische en sociale vooruitgang te realiseren.¹⁹⁵

In de preambule van het VEU is het doel van de Unie als volgt verwoord:

“Vastbesloten de economische en sociale vooruitgang van hun volkeren te bevorderen, met inachtneming van het beginsel van duurzame ontwikkeling en in het kader van de voltooiing van de interne markt en van versterkte cohesie en milieubescherming, en een beleid te voeren dat er borg voor staat dat de vooruitgang op het gebied van de economische integratie en de vooruitgang op andere terreinen gelijke tred met elkaar houden”.

Binnen de Unie, waarvan Nederland sinds 1952 lid is¹⁹⁶ zijn de vrijheid van vestiging¹⁹⁷ en vrij verrichting van diensten¹⁹⁸, zoals geformuleerd in de artikelen 49 en 46 van het VWEU, van essentieel belang voor het efficiënt functioneren van de interne markt.

In art. 3 lid 3 van het VEU is bepaald: *“De Unie brengt een interne markt tot stand.”* In art. 26, lid 2 VWEU wordt de interne markt als volgt omschreven:

“de interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen”.

Binnen de interne markt wordt, mede gelet op de afwezigheid van binnengrenzen, geen onderscheid gemaakt naar oorsprong en bestemming van goederen, kapitaal, diensten en personen.¹⁹⁹ Door het wegnemen van belemmeringen wordt de markttoegang van goederen, kapitaal, diensten en personen gegarandeerd. Hierdoor ontmoeten aanbod en vraag uit alle lidstaten elkaar, binnen een gemeenschappelijke interne markt.²⁰⁰ Het oorsprongslandbeginsel heeft hierbij een belangrijke rol aangezien het land van bestemming bij de toepassing van het nationale recht rekening moet houden met de toepassing van het recht van het land van oorsprong.

¹⁹² Van Nuffel 2012, p.14. Ook de arresten HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (Courage en Crehan), ECLI:EU:C:2001:465 en HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 (Manfredi), ECLI:EU:C:2006:461. Ten aanzien van het recht op schadevergoeding oordeelde het HvJ in het arrest Manfredi dat uit het doeltreffendheidsbeginsel en het recht van particulieren om vergoeding te vorderen *“van de schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen”* volgt *“dat de personen die schade hebben geleden niet alleen vergoeding moeten kunnen vorderen van de reële schade (damnum emergens), maar ook van gederfde winst (lucrum cessans), alsmede van rente”.*

¹⁹³ Zie artikelen 3f en 70 EGKS.

¹⁹⁴ Lauwaars & Timmermans 2003, p. 178.

¹⁹⁵ Voor deze doelstelling zie Preambule van het VWEU: *“besloten hebbende door gemeenschappelijk optreden de economische en sociale vooruitgang van hun staten te verzekeren en daartoe de barrières die Europa verdelen te verwijderen”.*

¹⁹⁶ Op 18 april 1951 werd het Verdrag van Parijs ondertekend, waarmee met ingang van 23 juli 1952 de Europese gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) ontstond. Ondertekenaars waren Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland, Italië, België, Nederland en het Groothertogdom Luxemburg.

¹⁹⁷ Vrijheid van vestiging is van toepassing indien in een lidstaat een onderneming uit een andere lidstaat door middel van een agent-schap of bijkantoor activiteiten wil uitvoeren, zoals aanbieden van verzekeringen. Ook is sprake van vrijheid van vestiging indien een onderneming uit een lidstaat middels de oprichting van een dochteronderneming of overname van een bestaande onderneming in een andere lidstaat activiteiten wil uitvoeren.

¹⁹⁸ Vrije dienstverrichting geldt voor de situatie waarbij een onderneming gevestigd in een lidstaat, vanuit zijn vestiging diensten of goederen aanbiedt naar een andere lidstaat.

¹⁹⁹ Grundman, Kerber & Weatherill 2001, p. 134, Barents & Brinkhorst 2012, p. 470.

²⁰⁰ Barents & Brinkhorst 2012, p. 551.

Voor wat betreft de verzekeringsdiensten wordt onder het land van oorsprong de lidstaat waar een vergunning aan de verzekeraar is verleend bedoeld.

In het VWEU is bepaald dat de Unie gedeelde bevoegdheden heeft met de lidstaten voor wat betreft de interne markt.²⁰¹ Ingevolge art. 26 lid 1 VWEU²⁰² kreeg de Unie de bevoegdheid om maatregelen te nemen om de interne markt tot stand te brengen en de goede werking hiervan, overeenkomstig relevante bepalingen van de Verdragen, te waarborgen.²⁰³ Beleidsvorming van de Unie wordt voor een groot deel gevat in het Unierecht welke veelvuldig wordt ingezet als de motor voor economische en politieke ontwikkeling en samenwerking binnen de Unie.²⁰⁴

In de hiernavolgende paragraaf 3.5. wordt nader ingaan op de voornoemde bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten.

3.5. Bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten ten aanzien van de interne markt

De verdragen voorzien in een verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten en de Unie. Op basis van de verdragen worden aan de Unie bevoegdheden ofwel ‘soevereine rechten’ aan de instellingen van de Unie toegekend.²⁰⁵ Dit heeft tot gevolg dat de soevereine bevoegdheden van de lidstaten worden begrensd. Hier gaat het dus nadrukkelijk om een begrenzing van bevoegdheden en niet om de overdracht van de volledige soevereiniteit van de lidstaten aan de Unie.²⁰⁶ Verder heeft de Unie geen zelfstandig recht om te beslissen over de uitbreiding van haar eigen taken en/of bevoegdheden.

3.5.1. Bevoegdheden van de Unie

De Unie kan ingevolge art. 4 lid 1 en art. 5 lid 2 VEU enkel binnen de grenzen van de aan haar toegekende bevoegdheden handelen. Bevoegdheden, die door de verdragen niet aan de Unie zijn toegedeeld, blijven bij de lidstaten.

Ingevolge art. 5 lid 1 VEU:

“De afbakening van de bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door het beginsel van bevoegdheids-toedeling”.

In het arrest *Costa/Enel*²⁰⁷ bepaalde het HvJ dat de bevoegdhedenverdeling tussen de Unie en de lidstaten een definitief karakter kent:

“dat de Lid-Staten de rechten en plichten die uit de Verdragsbepalingen voortvloeien aan de rechtsorde van de Gemeenschap hebben overgedragen, dit impliceert dat hun soevereine rechten definitief zijn beperkt, zodat latere eenzijdig afgekondigde wettelijke voorschriften, die tegen het stelsel ingaan, iedere werking ontberen.”

Uit latere rechtspraak, waarin het definitieve karakter nader is uitgelegd, blijkt dat bij de bevoegdhedenverdeling sprake is van onomkeerbaarheid en onherroepelijkheid.²⁰⁸

Ingevolge art. 5 lid 1 VEU wordt de uitoefening van de bevoegdheden van de Unie beheerst door het subsidiariteit- en evenredigheidsbeginsel. Het beginsel van subsidiariteit werd eerder in paragraaf 3.3. toegelicht. Ingevolge het evenredigheidsbeginsel (ofwel het proportionaliteitsbeginsel), vastgelegd in art. 5 lid 4 VEU, gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat noodzakelijk is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.

De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het *Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid*.²⁰⁹ In de rechtspraak vormt het evenredigheidsbeginsel een belangrijk criterium voor het beoordelen van de rechtmatigheid van het optreden van de Unie en die van de lidstaten.²¹⁰

²⁰¹ Zie art. 4 lid 2 onder a) VWEU.

²⁰² Equivalent van art. 14 VEG.

²⁰³ Van Ooik & Wessels 2009, p. 145.

²⁰⁴ Van der Burg & Voermans 2015, p. 7.

²⁰⁵ Barents & Brinkhorst 2012, p. 75.

²⁰⁶ Van der Burg & Voermans 2015, p. 63.

²⁰⁷ Zie het arrest HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa/ Enel*), ECLI:EU:C:1964:66.

²⁰⁸ Barents & Brinkhorst 2012, p. 75.

²⁰⁹ Zie art. 5 lid 4 VEU.

²¹⁰ Barents & Brinkhorst 2012, p. 208.

3.5.2. Bevoegdhedenverdeling betreffende de interne markt

Voor wat betreft de bevoegdhedenverdeling binnen de Unie is in art. 3 VEU bepaald dat de Unie over één institutioneel kader beschikt. Dit kader dient de samenhang en de continuïteit van het optreden van de Unie te verzekeren en tegelijk het *acquis communautaire* in acht te nemen en te ontwikkelen.

Verder werd bepaald dat de Unie voor de samenhang van haar gehele externe optreden zorgt in het kader van haar beleid op het gebied van externe betrekkingen, veiligheid, economie en ontwikkeling.

Ten aanzien van de Raad en de Europese Commissie (hierna Commissie) is ten slotte vastgelegd dat zij verantwoordelijk zijn voor het verzekeren van voornoemde samenhang en dat ze daartoe samenwerken. Tevens dragen ze zorg voor de uitvoering van het beleid, rekening houdend met hun verschillende bevoegdheden.

In art. 4 VEU zijn bepalingen opgenomen betreffende de doelstellingen, samenstelling en organisatie van de Raad. Volgens Konstadinidos²¹¹ is de lijst van bevoegdheden uit de artikelen 3 en 4 VEU bedoeld: “*to provide guidance as to the scope of issues over which the Community has powers to take action*”.

In art. 5 VEU is vastgelegd dat:

“Het Europees Parlement, de Raad, de Commissie, het Hof van Justitie en de Rekenkamer oefenen hun bevoegdheden uit onder de voorwaarden en ter verwezenlijking van de doelstellingen die zijn vastgesteld in enerzijds de bepalingen van de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en van de Verdragen en akten waarbij deze zijn gewijzigd of aangevuld, en anderzijds de andere bepalingen van dit Verdrag”.

Ingevolge art. 3, lid 1 onder b VWEU is de Unie exclusief bevoegd tot vaststelling van de mededingingsregels, die voor de werking van de interne markt nodig zijn. De reden voor het toekennen van deze exclusieve bevoegdheid is gelegen in de voorwaarden voor een gemeenschappelijk markt gebaseerd op eerlijke concurrentieregels.²¹² Volgens Kortmann is een dergelijke markt slechts te bereiken middels “*algemeen geldende, uniforme concurrentieregels die niet opzij gezet kunnen worden door afwijkende nationale voorschriften die de eigen ondernemers en werknemers zouden bevoordelen.*”²¹³

Ingevolge art. 4, lid 2 onder a) VWEU heeft de Unie gedeelde bevoegdheden met de lidstaten voor wat betreft de interne markt. Hierbij blijft het initiatief van de Unie van groot belang voor het overvleugelen van nationale handels- en economische maatregelen die niet noodzakelijk gericht zijn op het waarborgen van de interne markt.²¹⁴ Dit belang is erkend in art. 26 lid 1 VWEU:

“De Unie stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren, overeenkomstig de bepalingen terzake van de Verdragen.”

In art. 114 lid 1 VWEU is de bepaling opgenomen dat, tenzij in de Verdragen anders bepaald, de in dit artikel opgenomen regels van toepassing zijn op de verwezenlijking van de doelstellingen uit art. 26 VWEU. Procedureel betekent dit dat het Europees Parlement (hierna EP) en de Raad volgens een gewone wetgevingsprocedure de maatregelen vaststellen betreffende de onderlinge aanpassing van de “*wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen*”.

In art. 114 lid 4 VWEU is verder bepaald dat wanneer een lidstaat, nadat de voornoemde harmonisatiemaatregel is genomen, het noodzakelijk acht om nationale bepalingen (verband houdend met de gewichtige eisen uit art. 36 VWEU of verband houdend met bescherming van het milieu of arbeidsmilieu) te handhaven, zij hiervan een kennisgeving geeft aan de Commissie. Ook volgt een kennisgeving aan de Commissie indien een lidstaat, nadat een voornoemde harmonisatiemaatregel is genomen, via nationale bepalingen maatregelen wenst te treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens betreffende de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die desbetreffende lidstaat heeft aangediend.²¹⁵ De Commissie keurt ingevolge art. 114 lid 6 VWEU de betrokken nationale bepalingen goed of wijst die af.

²¹¹ Konstadinidos 2009, p. 156.

²¹² Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 89 met verwijzing naar de concurrentie op de interne markt en uitdaging van de Franse verzekeraars en juridisch system om zich aan de Europese regels aan te passen.

²¹³ Kortmann 2016, p. 118.

²¹⁴ Konstadinidos 2009, p. 169.

²¹⁵ Zie art. 114 lid 5 VWEU.

In art. 115 VWEU is bepaald:

“Onverminderd artikel 114 stelt de Raad na raadpleging van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, richtlijnen vast voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt.”

Verder bevat het VWEU bepalingen betreffende de bevoegdheden van de lidstaten en/of van de Unie op verschillende deelterreinen en sectoren. Alle bevoegdheden die niet expliciet aan de Unie zijn toegekend blijven bij de lidstaten.

3.6. Rechtsmacht van de lidstaat

Bevoegdheden van de lidstaten kunnen, bijvoorbeeld ingevolge het *home country control systeem*²¹⁶, tot buiten het grondgebied van afzonderlijke lidstaten uitstrekken. Deze bevoegdheden kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het toezicht op bepaalde activiteiten door de lidstaten en ook op het reguleren van deze activiteiten buiten de desbetreffende lidstaat.

In het kader van deze behandeling wordt onder het begrip *rechtsmacht* de jurisdictie van een staat verstaan om rechtsregels op te stellen ten aanzien van personen en rechtspersonen en hiermee gezag uit te oefenen. Handhaving van deze regels valt ook onder de rechtsmacht van de staat en wordt aangeduid als handhavings-jurisdictie²¹⁷, evenals de bevoegdheid van de rechter om recht te spreken. Hieronder worden de twee basisbeginselen van de rechtsmacht van een staat²¹⁸, het soevereiniteitsbeginsel en het territorialiteitsbeginsel, toegelicht.

3.6.1. Soevereiniteitsbeginsel

Het begrip soevereiniteit hangt samen met het ontstaan van de moderne staat die in de 16^e eeuw afstand heeft genomen van de unificerende macht van de room-katholieke kerk en van de feodale structuren.²¹⁹

Volgens Kortmann gaat het bij het soevereiniteitsbeginsel om de *“hoogste, niet herleidbare, ondeelbare, ongebonden en niet te beperken macht of bevoegdheid”*.²²⁰

Bij soevereiniteit gaat het om de onafhankelijkheid van een staat van andere staten. Dit betekent dat de staat op zijn rechtsgebied, d.w.z. binnen zijn landsgrenzen, de overheidsmacht zonder inmenging van andere staten mag uitoefenen. Deze bevoegdheid van de soevereine staat hoeft de onderworpenheid aan volkenrechtelijke regels, verdragsrecht niet uit te sluiten. Een dergelijke beperking van de soevereiniteit is mogelijk na de erkenning van verdragen door de staat zelf.²²¹

Bij het begrip soevereiniteit wordt onderscheid gemaakt tussen de interne en externe soevereiniteit.²²² De interne dimensie duidt op het organiseren van de macht²²³, terwijl de externe dimensie (ofwel soevereiniteit in de volkenrechtelijke zin) betrekking heeft op de onafhankelijkheid van de staat ten opzichte van andere staten in de uitoefening van de overheidsmacht op zijn rechtsgebied.

Aangezien binnen de Unie een deel van de bevoegdheden van de lidstaten aan de Unie zijn overgedragen, past het klassieke soevereiniteitsbegrip niet meer bij de huidige politieke en juridische realiteit binnen de Unie.²²⁴ De Unie vormt een nieuwe rechtsorde ten gunste waarvan de lidstaten, op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben beperkt.²²⁵ Deze bevoegdhedenoverdracht is echter niet bedoeld om tot een Europese staat te leiden.

²¹⁶ Het *home country control* systeem gaat uit van de toepasselijkheid van de wet- en regelgeving van het zeteland op de uitoefening van verzekeringsactiviteiten van een verzekeraar met zetel in een van de lidstaten in de hele interne markt. Voor nader uitleg zie par. 8.3 van dit proefschrift.

²¹⁷ Klein & Tak 2017, p. 13.

²¹⁸ Klein & Tak 2017, p. 11.

²¹⁹ Kortmann 2016, p. 65.

²²⁰ Kortmann 2016, p. 65.

²²¹ Kortmann 2016, p. 62.

²²² Manusama ea. 2016, p. 9 e.v.

²²³ Klein & Tak 2017, p. 15.

²²⁴ www.europa-nu.nl/id/vg9pn1p65vi9/bevoegdheden_europese_unie.

²²⁵ Lauwaars & Timmermans 2003, p. 17.

Door het overdragen van een deel van de bevoegdheden van de lidstaten aan de Unie, beschikken de lidstaten niet meer over volledige rechtsmacht binnen hun grondgebied. Dit betekent dat ze op bepaalde terreinen niet meer eenzijdig kunnen optreden. Hierdoor heeft de soevereine staat (die tevens een lidstaat is van de Unie) geen exclusief gezag meer op zijn eigen rechtsgebied waardoor zijn soevereiniteit is beperkt.²²⁶

In art. 4, lid 1 VEU is verder bepaald dat de Unie, anders dan de nationale staten, geen bevoegdheden aan zichzelf kan toekennen.

“Overeenkomstig artikel 5 behoren bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegeedeeld, toe aan de lidstaten”.

Tevens is in art. 5 lid 2 VEU bepaald:

“Krachtens het beginsel van bevoegdheidstoedeling handelt de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegeedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.”

3.6.2. Territorialiteitsbeginsel

Het territorialiteitsbeginsel gaat uit van het exclusieve gezag van een soevereine staat op zijn rechtsgebied, waaronder ook begrepen het toepassen van eigen wettelijke regels binnen het eigen grondgebied²²⁷.

*“Overheidshandelingen tot uitvoering, controle en handhaving van publiekrechtelijke regels zijn als hoofdregel alleen mogelijk binnen het eigen grondgebied”.*²²⁸

Dit publiekrechtelijke beginsel van territorialiteit impliceert ook dat aan de publiekrechtelijke voorschriften en rechtshandelingen van andere staten geen rechtsgevolgen worden toegekend. Dit kan echter opzij gezet worden door extraterritoriale regelgeving, die gedrag beoogt te reguleren, dat buiten het grondgebied van het land plaatsvindt of wordt vertoond door ondernemingen die buiten het desbetreffende land zijn gevestigd.²²⁹

Indien de beleidsdoelstellingen niet via mondiale of interstatelijke afspraken bereikt kunnen worden, kiest de Europese wetgever steeds vaker²³⁰ voor het opstellen van regels met een extraterritoriale werking.²³¹

Hierdoor wordt invloed uitgeoefend op gedragingen van bijvoorbeeld ondernemingen van buiten de Unie die wel producten binnen de Unie willen verkopen²³² en die (gedeeltelijk) buiten de Unie plaatsvinden.²³³

Het HvJ oordeelde in zijn arrest in de zaak Marks & Spencer²³⁴: *“volgens het territorialiteitsbeginsel, dat zowel in het internationaal recht als in het gemeenschapsrecht geldt, is de lidstaat van vestiging van de moedervennootschap fiscaal niet bevoegd voor niet-ingezeten dochtervennootschappen”.*

Dit brengt met zich mee dat volgens de in de ter zake gebruikelijke bevoegdheidsverdeling de niet-ingezeten dochtervennootschappen onder de bevoegdheid van de staten vallen waar die wel gevestigd zijn en hun bedrijfsactiviteiten uitoefenen.

Het territorialiteitsbeginsel is door het HvJ erkend als *“legitieme doelstelling die een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen in met name de context van nationale belastingregelingen”.*²³⁵

²²⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 45.

²²⁷ Het grondgebied van een staat bestaat uit het landgebied, de binnenwateren en eventueel de territoriale zee en de luchtkolom boven deze onderdelen.

²²⁸ Barents & Brinkhorst 2012, p. 383.

²²⁹ Klein & Tak 2017, p. 26.

²³⁰ Voorbeelden hiervan zijn richtlijn 2009/101/EG tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten op te nemen in de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap, Verordening (EG) nr. 1007/2009 betreffende de handel in zeehondenproducten, Verordening (EU) 995/2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen, Verordening (EU) 648/2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, Verordening (EU) 600/2014 betreffende markten in financiële instrumenten, Verordening (EU) 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

²³¹ Klein & Tak 2017, p. 26. Zie ook Ryngaert 2015 waarin is gesteld dat *“the EU has adopted a considerable number of legal instruments governing situations which are not wholly territorial (intra-EU), but which have undeniable effects beyond the EU’s territorial boundaries”.*

²³² Voorbeelden hiervan zijn het verbieden van producten vervaardigd door kinderarbeid of waarvan het productieproces schadelijk is voor het milieu.

²³³ Zie Ryngaert 2015, waarin verwezen wordt naar de volgende doelstellingen *“to realizing global values and interests, such as environmental protection, privacy, conflict prevention, and human rights”.*

²³⁴ Arrest van het HvJ van 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763.

²³⁵ Zie hierbij de conclusie van Advocaat –Generaal, H. Saugmandsgaard ØE van 4 mei 2017, C-566/15 (Erzberger), ECLI:EU:C:2017:347, arrest van het HvJ 23 januari 2014, C-164/12 (DMC), ECLI:EU:C:2014:20.

In het arrest van het HvJ in de zaak *Rewe Zentralfinanz*²³⁶ kwam ook de vraag aan de orde in hoeverre een nationale regeling als toepassing van het territorialiteitsbeginsel beschouwd kan worden. Volgens het HvJ bood het territorialiteitsbeginsel onvoldoende rechtvaardiging voor de in het geding zijnde regeling die in strijd was met de verdragsbepalingen inzake vrijheid van vestiging. Volgens deze regeling ging de lidstaat (Duitsland) de mogelijkheden van de in Duitsland gevestigde moedervennootschap om het verlies uit afschrijving op de waarde van haar deelneming in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen fiscaal af te trekken, beperken. In deze zaak ging het om de belastingbevoegdheden, maar verondersteld kan worden dat deze toepassing betreffende het territorialiteitsbeginsel ook ten aanzien van de begrenzing van andere bevoegdheden van de lidstaten geldt.

Volgens Barents & Brinkhorst²³⁷ ontstaat bij het territorialiteitsbeginsel binnen de interne markt een merkwaardige tegenstrijdigheid. Deze heeft te maken met de concurrentie tussen het bestemmingslandbeginsel²³⁸, waarvan het territorialiteitsbeginsel een uitvloeisel van is, en het oorsprongslidbeginsel waarop het interne marktconcept is gebaseerd.

Met het oorsprongslidbeginsel hangt de wederzijdse erkenning van de toepassing van de nationale wetgeving van de lidstaten samen, terwijl het bestemmingslandbeginsel slechts een non-discriminatieverbod inhoudt. Ook ten aanzien van justitiële samenwerking in strafzaken maakt het bestemmingslandbeginsel het vrij verkeer van gerechtelijke beslissingen onmogelijk. Dit beginsel past dan ook niet bij het concept van de interne markt van de Unie.²³⁹

Uitgaande van voornoemde definitie zou het territorialiteitsbeginsel met zich brengen dat bijvoorbeeld binnen Nederland enkel de wet- en regelgeving van de Nederlandse wetgever zou gelden en dat de toepasselijkheid van deze regels mogelijk niet meer afdwingbaar is buiten het grondgebied van Nederland. Maar kan de interne markt functioneren op basis van het territorialiteitsbeginsel? Hoe moet worden omgegaan met de vervaging van de landsgrenzen in de huidige digitale wereld en met de vele grensoverschrijdende rechtshandelingen door bedrijven en consumenten. Welke regels worden hierop van toepassing verklaard, hoe wordt gecontroleerd en gehandhaafd? Hoe verhoudt het territorialiteitsbeginsel zich tot het home country control systeem dat van toepassing is op het toezicht op de financiële instellingen binnen de interne markt? Ook het één -vergunning- vereiste en de toepassing van wetgeving van het zeteland op de grensoverschrijdende activiteiten van de verzekeraars lijkt in strijd te zijn met het territorialiteitsbeginsel.

Op deze vragen en stelling wordt verder ingaan in paragraaf 3.9. van dit hoofdstuk.

3.6.3. Rechtsmacht van de lidstaat en de regulering inzake financiële diensten

Gedrag dat plaatsvindt binnen het grondgebied van een staat valt onder de rechtsmacht van die staat.²⁴⁰

Brengt deze vaststelling met zich mee dat bij het aanbieden van financiële diensten binnen een lidstaat de regels van die staat van toepassing worden geacht, ook wanneer deze diensten door bedrijven gevestigd in andere landen worden aangeboden? Wat gebeurt er in de situatie dat op deze bedrijven ook andere regels van toepassing worden verklaard? Denk hier bijvoorbeeld aan de rechtsregels die verband houden met hun vestigingsland en die een extraterritoriale werking kennen. Een dergelijke situatie kan leiden tot een *“overlap of botsen met regels uit andere jurisdicties, meestal de jurisdictie waar het gedrag plaatsvindt”*.²⁴¹

Dit brengt een spanningsveld met zich mee welk ook mogelijke verschillen van benadering van een gedraging naar boven kan brengen: een bepaald gedrag kan binnen een staat als schadelijk en ongewenst worden geoordeeld, terwijl een andere staat dezelfde gedraging niet als zodanig aanmerkt. In dergelijke situaties kan het Unierecht een belangrijke rol spelen door boven de belangen en opvattingen van de afzonderlijke lidstaten te staan en met een harmoniserende regeling te komen en die van toepassing te verklaren.

In paragraaf 3.4.2. van dit hoofdstuk is gesteld dat binnen de Unie in meerdere rechtsdomeinen het niet meer mogelijk is om vast te houden aan het klassieke territorialiteitsbeginsel van de lidstaten. De Unie heeft

²³⁶ HvJ 29 maart 2007, C-347/04 (*Rewe Zentralfinanz*), ECLI:EU:C:2007:194.

²³⁷ Barents & Brinkhorst 2012, p. 545.

²³⁸ Het bestemmingslandbeginsel speelt een belangrijke rol in het internationale belastingrecht en de strafrechtelijke samenwerking tussen de staten.

²³⁹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 455.

²⁴⁰ Klein & Tak 2017, p. 29.

²⁴¹ Klein & Tak 2017, p. 29.

bevoegdheden gekregen van de soevereine lidstaten om rechtsregels vast te stellen die van rechtswege toepassing vinden in de wetgeving van de lidstaten (voor het geval dat deze rechtsregels in een verordening worden opgenomen) of welke geïmplementeerd worden in de nationale wetgeving (voor het geval dat de rechtsregels in een richtlijn worden opgenomen).

*“Het Unierecht geeft de norm, het nationale recht en de nationale organen moeten ervoor zorgdragen dat deze Europese norm ook daadwerkelijk toegepast en nageleefd wordt; al dan niet na omzetting in het nationale recht.”*²⁴²

Deze wetgeving vervaagt de grenzen tussen de nationale en Europese wetgeving en brengt tevens met zich mee dat de rechtsmacht van een lidstaat niet ophoudt bij zijn landsgrenzen en dat andere lidstaten ook rechtsmacht krijgen over bijvoorbeeld de activiteiten van ondernemingen, die in hun land zijn gevestigd, maar in een andere lidstaat activiteiten uitoefenen. Deze rechtsmacht houdt dus niet op bij de landsgrenzen en strekt verder binnen de Unie. Tegelijkertijd dienen de lidstaten ook de over hun eigen grondgebied uitstreckende rechtsmacht van andere lidstaten te tolereren.

De financiële crisis die de financiële systemen binnen de Unie na september 2008 raakte, heeft aangetoond dat enkel toezien op de solvabiliteit en liquiditeit van de financiële instellingen onvoldoende is voor het waarborgen van de financiële stabiliteit.²⁴³ Dit besef heeft ertoe geleid dat vanaf 2011 het toezicht op enerzijds de individuele financiële instellingen en anderzijds het financieel systeem van de Unie als geheel is gereorganiseerd. Hierbij zijn er drie onafhankelijke autoriteiten gevormd die ieder toezicht houden op een deel van het financieel systeem van de Unie. Het gaat om de European Securities and Market Authority (hierna ESMA) voor de effectenmarkten, de European Banking Authority (hierna EBA) voor banken en de European Insurance and Occupational Pensions Authority (hierna EIOPA) voor verzekeraars en pensioenfondsen. Deze autoriteiten vormen samen het European System of Financial Supervisors (hierna ESFS).²⁴⁴

Verder is de regelgeving aangevuld en versterkt op basis van de volgende uitgangspunten²⁴⁵:

- meer transparantie;
- verbeterd toezicht en handhaving;
- verbeterd risicomanagement;
- consumentenvertrouwen.

In verschillende Europese wetgeving zoals MiFIR²⁴⁶ en EMIR²⁴⁷ komt de wens van de Europese wetgever tot uitdrukking om een meer uniform rechtskader te scheppen.²⁴⁸ Tevens komt in voornoemde regelgeving ook de wens naar voren om extraterritoriale extensie te creëren, waardoor bepaalde regels niet alleen ten aanzien van de financiële instellingen gevestigd binnen de EU gelden, maar ook ten aanzien van ondernemingen uit derde landen, indien de gesloten overeenkomst effect heeft of kan hebben binnen de EU.²⁴⁹

“Het is passend om een gemeenschappelijk regelgevingskader op het niveau van de Unie te introduceren. Een dergelijk kader moet de bestaande versnipperde regeling harmoniseren, zekerheid verschaffen aan en een eenvormige behandeling garanderen van ondernemingen van derde landen die toegang tot de Unie wensen, ervoor zorgen dat de Commissie de daadwerkelijke gelijkwaardigheid van het prudentiële en

²⁴² Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 15.

²⁴³ Zie Barents & Brinkhorst 2012, p. 541, verder zie verwijzing van Lamfalussy 2000, p. 58 ev. naar vier financiële crisissituaties in de opkomende markten (Latin America 1982-83, Mexico 1994-95, Oost-Azië 1997-98 en Rusland 1998) met waardevolle lessen voor wat betreft het waarborgen van de financiële stabiliteit.

²⁴⁴ Het ESFS bestaat uit de volgende twee pijlers: (1) de door de Europese Comité voor Systemrisico's, ofwel ERSB uit te voeren macro-prudentiële toezicht en (2) de door het nationale toezichthouders gevormde netwerk van Europees Systeem van Financiële Toezichthouders ofwel ESFT belast met het micro-prudentiële toezicht.

²⁴⁵ Barents & Brinkhorst 2012, p. 541.

²⁴⁶ Verordening (EU) Nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, *PbEU* L 173/84 van 12 juni 2014.

²⁴⁷ Verordening (EU) Nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, *PbEU* 201/1 van 27 juli 2012.

²⁴⁸ Zie overweging 1 MiFIR en overwegingen 12, 14, 37 en 99 van EMIR.

²⁴⁹ Zie hiervoor bijvoorbeeld de verplichting uit MiFIR om aandelen te verhandelen in een handelsruimte en verplichtingen, die EMIR kan scheppen ten aanzien van ondernemingen uit derde landen, bepalingen inzake toepasselijkheid van MiFIR uit art. 1, lid 1, onder f, lid 5 en EMIR art. 25.

bedrijfsvoeringskader van derde landen heeft getoetst, en een vergelijkbaar niveau van bescherming bieden aan cliënten in de Unie die diensten van ondernemingen van derde landen ontvangen.”²⁵⁰

In art. 58 lid 2 VWEU is een regeling opgenomen ten aanzien van de vrijheid van beroeps- en bedrijfsuitoefening betreffende financiële instellingen (meer specifiek banken en verzekeraars): *“De liberalisatie van de door banken en verzekeringsmaatschappijen verrichte diensten waarmede kapitaalverplaatsingen gepaard gaan, moet worden verwezenlijkt in overeenstemming met de liberalisatie van het kapitaalverkeer.”*

Voor wat betreft de totstandkoming van interne markt voor de verzekeringsdiensten zijn er middels richtlijnen een aantal relevante regels (betreffende solvabiliteit, eigen vermogen, transparantie, vergunningverlening, rechtskeuze, consumentenbescherming, liquidatie en afwikkeling) geharmoniseerd. Deze richtlijnen worden in paragraaf 3.8 nader toegelicht.

Tevens is er een toezichtskader ontwikkeld dat gebaseerd is op wederzijdse erkenning van de controles door de bevoegde toezichthoudende instanties (op basis van het home country control beginsel) en samenwerking (waaronder informatie-uitwisseling) tussen de toezichthoudende autoriteiten.²⁵¹

In paragraaf 3.9. komt de relatie tussen het territorialiteitsbeginsel en de regelgeving betreffende het aanbieden van verzekeringen aan de orde. Dit onderwerp is relevant voor het uitvoeren van het home country control systeem en binnen de Unie ontwikkelde financiële toezichtkader, die van toepassing is op financiële ondernemingen waaronder verzekeraars.

3.7. Europees beleid inzake verzekeren

Het Europees beleid op het gebied van aanbieden van verzekeringen, als onderdeel van het uitoefenen van de vrijheid van vestiging en vrij verrichting van diensten, was en is erop gericht om kaders te scheppen waarbinnen verzekeraars de mogelijkheid hebben om overal in de Unie zich te mogen vestigen en vrij hun diensten te mogen aanbieden. Dit kunnen ze doen op basis van één vergunning verkregen in één van de lidstaten van de Unie.

Dit beleid werd o.a. verwoord in de eerste overweging van de Richtlijn 92/49/EEG²⁵²:

“Overwegende dat de interne markt in de sector schadeverzekeringen zowel uit het oogpunt van de vrijheid van vestiging als uit dat van het vrij verrichten van diensten moet worden voltooid, ten einde het voor verzekeringsondernemingen die hun hoofdkantoor in de Gemeenschap hebben, gemakkelijker te maken in de Gemeenschap gelegen risico's te dekken;”

In de tweede overweging van richtlijn Solvabiliteit II staat eveneens de wens van het EP en Raad (hierna samen ook als de ‘Europese wetgever’ aangeduid) om de toegang tot en de uitoefening van de verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten te vergemakkelijken. Tevens werd hier de wens onderstreept om een rechtskader te scheppen waarbinnen (her)verzekeringsondernemingen de mogelijkheid krijgen om binnen de hele interne markt²⁵³ het verzekeringsbedrijf uit te oefenen.

De lidstaten hebben meegewerkt aan het opstellen van voornoemde doelen en hebben hun instemming gegeven om de naleving met of namens hen vorm te geven en te waarborgen. Deze acceptatie was en is een voorwaarde voor het bereiken van de gestelde doelen. Hiertoe is immers een gezamenlijke inspanning vereist.

Bij een gedeeld doel gaat de realisatie ervan in principe een ieder aan en draagt een ieder hiertoe de verantwoordelijk voor.

²⁵⁰ Zie overweging 41 van MiFIR.

²⁵¹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 538.

²⁵² 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 schadeverzekeringen ofwel de derde coördinatierichtlijn inzake schadeverzekeringen).

²⁵³ De interne markt is de ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal in de EU is gewaarborgd. Het begrip interne markt heeft alleen betrekking op het vrij verkeer binnen de Unie en niet op de handel met derde landen. Voor de import van goederen van buiten de EU hanteren de lidstaten een gemeenschappelijk importtarief.

Zie www.europa-nu.nl/id/vh7eg8yo94yo/vier_vrijheden.

De Commissie heeft in 2015 in haar strategiedocument ten behoeve van de verbetering van de interne markt²⁵⁴ acties voorgesteld die gericht zijn op de volgende drie gebieden:

- a) het creëren van kansen voor consumenten, professionals en bedrijven;
- b) het stimuleren van modernisering en innovatie;
- c) het zorgen voor een praktische uitvoering die nuttig is voor consumenten en bedrijven in hun dagelijks leven.²⁵⁵

De Commissie beoogt met deze voorgestelde acties om de grensoverschrijdende dienstverlening te vergemakkelijken en belemmeringen ter zake van deze activiteiten weg te nemen. Alles wijst op een sterke politieke wil van de Commissie om de interne markt verder te ontwikkelen en de mogelijkheden die deze markt biedt toegankelijk te maken voor consumenten en ondernemingen.

Door het ontwikkelen van een gemeenschappelijk beleid, zoals op het gebied van monetair beleid, wordt het beleid niet langer bepaald door de lidstaten, maar door de Unie. De lidstaten zijn dan slechts de uitvoerders van dit gemeenschappelijk beleid.²⁵⁶

Voor het bereiken van een goedwerkende interne markt is naar het oordeel van de Commissie een sterk en effectief toezichtskader van groot belang. De Commissie stelde in haar Commission Staff Working Document Impact Assessment uit 2010²⁵⁷ vast:

“The main advantage of the home country principle is its consistency with the supervisory framework, since the home country supervisor is responsible for prudential regulation, including solvency requirements, and for starting the winding-up process”.

Ten aanzien van de grensoverschrijdende verzekeringen stelde EIOPA in 2016²⁵⁸ vast: *“Freedom of services (FOS) in the European insurance market represent an important means to achieve an integrated market.”*

In de lijn met bovenstaande stelde de president (2014-2019) van de Commissie heer Juncker in zijn politieke standpunt²⁵⁹ dat:

“An integrated EU economy is the best asset for meeting the challenges of globalisation. We need to complete the internal market in products and services and make it the launch pad for companies and industry to thrive in the global economy and create growth. The internal market has to be completed. If we are successful in this, we will add another € 200 billion of added value to the European economy. We have to do it.”

3.7.1. Algemeen

In het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) uit 2005 over ‘De Europese Verzekeringsovereenkomst’²⁶⁰ is aannemelijk gemaakt dat als een verzekeraar in de gehele Unie onder een uniforme regeling, producten zou kunnen verkopen, deze binnen de Gemeenschap de verzekerde risico’s zou kunnen bundelen²⁶¹ zonder rekening te hoeven te houden met de verschillen van de nationale wetgeving. In

²⁵⁴ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s, ‘De eengemaakte markt verbeteren: meer mogelijkheden voor mensen en ondernemingen’, COM(2015)550 final van 28.10.2015.

²⁵⁵ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 5.

²⁵⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 388.

²⁵⁷ Zie Commission proposal ‘White Paper on Insurance Guarantee Schemes’, adopted on 12.07.2012 with the proposal reference: COM(2010)370 and Impact Assessment report (accompanying document to the ‘White paper on Insurance Guarantee Schemes’) with reference SEC(2010)840 (hierna SEC(2010)840), p. 66.

²⁵⁸ Zie EIOPA rapport van ‘Final Report on the Peer Review on Freedom to Provide Services’, EIOPA-BoS-16-072, 29.04.2016.

²⁵⁹ Zie het document ‘A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change’, Strasbourg, 15.07.2014 door Jean-Claude Juncker, https://ec.europa.eu/commission/publications/president-junckers-political-guidelines_en#page=7.

²⁶⁰ Zie

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:157:0001:0015:NL:PDF>, publicatie 2005/C 157/01 van 28.6.2005, p. 2.

²⁶¹ Vágási 2013, p. 164.

dat geval zouden de verschillen tussen het verzekeringsovereenkomstenrecht van de lidstaten geen belemmering vormen voor de verzekeraar om zijn diensten in verschillende lidstaten aan te bieden.²⁶²

Ruim een decennium later ziet de werkelijkheid er nog steeds anders uit: verzekeraars moeten nog steeds hun producten en polissen per land aanpassen aan het nationale recht van het desbetreffende land.

Met het vrij verkeer van diensten en door het opstellen van talrijke Europese wettelijke regelingen wordt de voltooiing van de interne markt beoogd. De Commissie heeft in 2005 in haar ‘Witboek over het beleid op het gebied van financiële diensten 2005-2010’²⁶³ de belangrijkste doelstelling, namelijk de dynamische consolidatie van de financiële dienstverlening, geformuleerd.²⁶⁴ De Commissie stelde dit doel te willen bereiken door een open, concurrerend, economisch efficiënte, financiële interne markt waarin de resterende beperkingen van vrijheid van verkeer, diensten en kapitaal weggenomen worden.²⁶⁵ Hiervoor is voortdurende harmonisatie en verbetering van de wet- en regelgeving en een betere samenwerking van toezichthouders noodzakelijk.

Overweging 20 van de Richtlijn 92/49/EEG bevatte het vereiste dat de:

“Lid-Staten erop moeten kunnen toezien dat de verzekeringsproducten en de contractuele documenten die worden gebruikt voor de dekking van op hun grondgebied gelegen risico’s op grond van het recht van vestiging of in het kader van het vrij verrichten van diensten, in overeenstemming zijn met de toepasselijke specifieke wettelijke bepalingen van algemeen belang”. Verder wordt in dezelfde overweging benadrukt de noodzaak tot aanpassing van de toe te passen toezichtstelsels aan de eisen van de interne markt.

3.7.2. Consumenten

Reeds in 2007 heeft de Commissie in haar ‘Groenboek over financiële diensten voor consumenten op de interne markt’²⁶⁶ het belang van de integratie van deze diensten onderstreept.²⁶⁷

Volgens de Commissie kon deze integratie bereikt worden door:

- consumenten concrete voordelen te bieden;
- het vertrouwen in de financiële aanbieders te versterken; en
- door het vergroten van de financiële basiskennis van de consumenten.

Door de uitvoering van voornoemde actiepunten zouden consumenten beter in staat zijn om, uitgaande van hun eigen financiële middelen en behoeftes, de juiste beslissingen te nemen en voor de juiste producten/oplossingen te kiezen. De consument die door voornoemde maatregelen assertiever en kundiger is geworden zal bij het zoeken van het juiste aanbod voor zijn verzekeringsbehoefte zich gemakkelijker en ongeacht de locatie gaan oriënteren op de aanbieders, dus op de hele interne markt.²⁶⁸

Voornoemde analyse gaat uit van het klassieke mensbeeld, de zogenaamde *homo economicus* en de daaraan verbonden veronderstelling van een weloverwogen besluit bij het kiezen voor een bepaald verzekeringsproduct of financiële dienst.²⁶⁹ Hierbij sluit ook aan het door Smits²⁷⁰ aangehaalde uitgangspunt van het contractenrecht dat *“de vrije burger slechts datgene wenste dat voordelig voor hem was”* en waarmee de vrije wil op een voetstuk is gezet. Gedragseconomische aspecten, waaronder de manier waarop

²⁶² Zie

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0629:FIN:NL:PDF, COM\(2005\)629 van 01.12.2005, p. 7.](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0629:FIN:NL:PDF, COM(2005)629 van 01.12.2005, p. 7.)

²⁶³ Zie

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0629:FIN:NL:PDF, COM\(2005\)629 van 01.12.2005, p. 4.](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0629:FIN:NL:PDF, COM(2005)629 van 01.12.2005, p. 4.)

²⁶⁴ Vágási 2013, p. 164.

²⁶⁵ Vágási 2013, p. 164.

²⁶⁶ Commissie, ‘Groenboek over financiële diensten voor consumenten in de interne markt’, COM/2007/0226 final, van 30.04.2007. COM/2007/0226 final, 30.4.2007, p. 2-3. Zie ook Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 90, waarin bescherming van het belang van de consumenten op de interne verzekeringsmarkt en in het kader van de Europese harmonisatie is benadrukt.

²⁶⁷ Vágási 2013, p. 164.

²⁶⁸ In Hendrikse & Rinkes 2012, p. 129, werd gesteld dat voor het succesvol functioneren van de interne verzekeringsmarkt nodig is dat aanbieders en consumenten hun eigen verantwoordelijkheid nemen. Het nemen van eigen verantwoordelijkheid door de consument veronderstelt meer kennis van de consumenten over hun rechten en plichten.

²⁶⁹ De Cloe-Vos & Cox 2017, p. 157.

²⁷⁰ Smits 1995, p. 31.

consumenten naar de beschikbare informatie zoeken en keuzes maken, kwamen niet aan de orde bij het formuleren van deze conclusies.²⁷¹

Desondanks kan de digitalisering als belangrijke trend binnen de distributie van financiële diensten, de toegang van de Europese consumenten tot (online) grensoverschrijdende diensten en offertes vergemakkelijken. Digitalisering gecombineerd met de mogelijkheden van vrije dienstverrichting van de aanbieders van verzekeringsproducten bieden de consument mogelijk meer vertrouwen en gemak bij het doen van grensoverschrijdende aankopen. Hierdoor wordt ook de vraagkant versterkt die bij voldoende aanbod de werkelijke toegang van de consument tot de interne markt zou kunnen waarborgen.

Het Unierecht bevat regels die ertoe strekken de rechten van het consumenten te beschermen. Deze regels ofwel het zogenaamde consumentenrecht van de Unie²⁷² zijn ingevolge art. 169 lid 1 VWEU gericht op:

- het bevorderen van de belangen van de consumenten;
- het waarborgen van consumentenbescherming op hoog niveau.

Gelet op deze doelstelling vormt consumentenbescherming een belangrijk onderdeel van het beleid van de Unie.²⁷³

Het beleid van de Unie gericht op consumentenbescherming is van wezenlijk belang, zeker in relatie tot de financiële dienstverlener, welke relatie door een zeker gebrek van evenwicht tussen de contracterende partijen wordt gekenmerkt.²⁷⁴ Om het voornoemde doel inzake de bescherming van de consumenten te bereiken draagt de Unie bij tot de bescherming van “*de gezondheid, veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen*”.²⁷⁵

Het consumentenrecht en met name het consumentencontractenrecht binnen de Unie is sterk geharmoniseerd.²⁷⁶ Het consumentenrecht van de Unie heeft een belangrijk effect op het nationale privaatrecht van de lidstaten.²⁷⁷ Aangezien consumentenrecht een onderdeel is van het algemene contractenrecht wordt via het Unierecht het nationale contractenrecht ook beïnvloed door de harmonisatiemaatregelen van de Unie. Waar de regels ter bescherming van de consumenten uit het Unierecht nog niet tot volledige harmonisatie hebben geleid worden regels van algemeen belang binnen het nationale recht van de lidstaten vastgesteld, die ook van toepassing zijn op alle verzekeringsdiensten verricht ten aanzien van risico's gelegen in die lidstaat, ongeacht het zetland van de verzekeraar.

Onder het bevorderen van economische belangen van de consumenten wordt ook het bevorderen van de financiële belangen bedoeld. Om dit doel te realiseren zijn binnen de Unie verschillende richtlijnen²⁷⁸ opgesteld betreffende de diverse fases en onderdelen van de deelname van de consumenten aan het economisch verkeer en meer specifiek de financiële dienstverlening.²⁷⁹

Uit het beleidsdocument van de Commissie²⁸⁰ uit 2013 inzake consumenten binnen de interne markt blijkt dat ondanks de steeds betere voorwaarden en toegenomen transparantie (o.a. dankzij digitalisering, verbetering wettelijk kader en rechtsbescherming van de consumenten) slechts 25% van de EU consumenten

²⁷¹ Zie hiervoor ook de beschrijving van het keuzegedrag van consumenten in het boek van D. Kahnemann, *Thinking, fast and slow* uit 2011 waaruit blijkt dat het systeem van intuïtief keuzes maken altijd aanstaat en per definitie voorrang heeft op het systeem van bewuste informatieverwerking die aangezet moet worden. Zie ook de verwijzing uit De Cloe-Vos & Cox 2017 naar het onderzoek van het keuzegedrag van beleggers. Hieruit blijkt dat consumenten (onbewust) niet naar het beste resultaat streven in hun keuze.

²⁷² Barents & Brinkhorst 2012, p. 753.

²⁷³ Ingevolge Hendrikse & Rinkes 2012, p. 129, ontbreekt vooralsnog een “*consistent consumentenbeleid en een eenduidig gecodificeerd consumentenrecht zowel nationaal als op Europees niveau*”.

²⁷⁴ Zie hierbij o.a. r.o. 22 van het arrest van HvJ EG van 26 mei 2005, C-77/04 (GIE Réunion européenne e.a.), ECLI:EU:C:2005:327.

²⁷⁵ Zie art. 169 lid 1 VWEU.

²⁷⁶ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 479.

²⁷⁷ Barents & Brinkhorst 2012, p. 754.

²⁷⁸ Zie o.a. Richtlijn 2006/114, *PbEU* L 376/21 inzake vergelijkende reclame, Richtlijn 2005/29 *PbEU* L 149/22 inzake oneerlijke handelspraktijken, Richtlijn 2008/48, *PbEU* L 133/66 inzake consumentenkrediet, Richtlijn 97/5, *PbEG* L 43/25 inzake grensoverschrijdende betalingen, Richtlijn 97/7, *PbEG* L 144/19 inzake op afstand gesloten overeenkomsten, Richtlijn 2002/65, *PbEG* L 271/16 inzake verkoop op afstand van financiële diensten, Richtlijn 93/13, *PbEG* L 95/29 inzake oneerlijke bedingen.

²⁷⁹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 755.

²⁸⁰ Zie Commission Staff Working Document ‘The Consumer Conditions Scoreboard Consumers at home in the single market’ ninth edition- juli 2013, SWD(2013)291 final.

is geïnteresseerd in grensoverschrijdende aankopen in de nabije toekomst. Dit geringe percentage rechtvaardigt de stelling dat ondanks betere voorwaarden niet te verwachten valt dat alle consumenten binnen de EU massaal open staan voor vrij verkeer van producten en diensten binnen de interne markt.

Dit proefschrift gaat niet in op de mogelijke redenen die consumenten kunnen bewegen om de mogelijkheden van de interne verzekeringsmarkt, net als andere markten waar consumenten deze dagen zonder moeite wel grensoverschrijdende aankopen doen, te betreden. Wel zou een onderzoek gericht op de beweegredenen van de consumenten helpen om vast te stellen welke aspecten de consumenten tegenhouden om grensoverschrijdende aankopen te overwegen.

Voor de groep van consumenten die wel interesse toont in grensoverschrijdende verzekeringsdiensten en/of producten van verzekeraars met zetel in een andere lidstaat dan hun eigen woonland, is het van belang dat ze voldoende informatie ontvangen over hun rechten en de toepasselijke wet- en regelgeving, wanneer ze binnen de interne markt aankopen willen doen of van bepaalde diensten gebruik willen maken.

De EU-wetgever heeft in dit kader reeds in overweging 21 bij de Richtlijn 92/49/EEG onderstreept dat: *”het wenselijk is dat, indien de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is, hij door de verzekeringsonderneming in kennis wordt gesteld van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is en van de regeling voor het behandelen van klachten van verzekeringnemers met betrekking tot de overeenkomst”*.

Overweging 29 van de Richtlijn 92/49/EEG benadrukt de noodzaak om sancties op te leggen wanneer de verzekeringsondernemingen zich in de lidstaat, waar het risico is gelegen, niet voegen naar de op hen toepasselijke bepalingen van algemeen belang.²⁸¹ Echter uit niets is gebleken dat er daadwerkelijk toezicht wordt uitgeoefend op deze aspecten en bovendien is twijfelachtig of dergelijke sancties bestaan en dat er gehandhaafd wordt in het geval dat verzekeringsondernemingen bij het grensoverschrijdend verzekeren de toepasselijke regels van algemeen belang of overige relevante regels van het ontvangstland niet naleven. De toezichthouder uit het zetelland van verzekeraars hebben vaak onvoldoende zicht op en kennis van jurisdicties van andere lidstaten om effectief toezicht te houden op voornoemde naleving van regels van algemeen belang die gelden in andere lidstaten.

Willen de consumenten gebruik maken van grensoverschrijdende verzekeringsdiensten dan is het verder van belang dat er voldoende aanbieders zijn die deze consumenten willen bedienen, dus dat er werkelijk te kiezen valt voor deze potentiële verzekeringnemers.

3.8. Europese wet- en regelgeving gericht op het verzekeren

Om een toegankelijke en goedwerkende interne markt voor de verzekeringssector te realiseren is er veel aandacht besteed aan het ontwikkelen van een Europese wet- en regelgeving, gericht op het aanbieden van verzekeringen en het beschermen van een deel van de verzekeringnemers. In dit kader zijn inmiddels vier belangrijke, constitutieve stappen gezet teneinde de fundamentele te leggen van het vrije verzekeringsverkeer op de interne markt²⁸².

Ten eerste zijn de Coördinatierichtlijnen Schadeverzekeringen en Levensverzekeringen²⁸³ opgesteld, met als belangrijkste resultaat de uitwerking van het recht van vestiging²⁸⁴ en van de toelatingsvoorschriften voor de vrije uitoefening van het verzekeringsbedrijf in de EU- lidstaten.²⁸⁵

In de tweede fase zijn de tweede generatie richtlijnen (schade en leven) aangenomen.²⁸⁶ Doel van deze richtlijnen was het wegnemen van de eerder geconstateerde beperkingen van het vrije verzekeringsverkeer.²⁸⁷

Middels de tweede coördinatierichtlijn inzake niet-levensverzekeringen van 22 juni 1988 (Richtlijn 88/357/EEG) was een belangrijke bijdrage geleverd aan de totstandkoming van de interne markt voor schadever-

²⁸¹ Zie overweging 29 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

²⁸² Zie Beckmann 2015, p. 15 over het belang van de “*drei Richtliniengenerationen*” voor de harmonisering van het verzekeringsrecht binnen de Unie.

²⁸³ De eerste coördinatierichtlijn inzake ‘niet-levensverzekeringen’ van 24 juli 1973 (73/239/EEG) en voor de levensverzekeringen de richtlijn van 5 maart 1979 (79/267/EEG).

²⁸⁴ Recht van vestiging zoals opgenomen in art. 43-48 EG-Verdrag, Beckmann 2015, p. 88.

²⁸⁵ Vágási 2013, p. 165.

²⁸⁶ Bij de tweede coördinatierichtlijn inzake niet-levensverzekeringen van 22 juni 1988 (88/357/EEG) is een onderscheid gemaakt tussen ‘grote risico’s’ en ‘massarisico’s’. Voor de levensverzekeringen geldt richtlijn 90/619/EEG van 8 november 1990.

²⁸⁷ Vágási 2013, p. 165.

zekeringen. Dit gebeurde door aan de verzekeringnemers, die gelet op hun hoedanigheid of grootte of wegens de aard van te verzekeren risico's geen bijzondere bescherming behoeven in de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen, totale vrijheid te verlenen om een beroep te doen op een zo ruim mogelijke verzekeringsmarkt.²⁸⁸ De definitie van de zgn. grote risico's is opgenomen in art. 5 van richtlijn 88/357/EEG.²⁸⁹ De tweede levensrichtlijn (Richtlijn 90/619/EEG) ging uit van de vrijheid van dienstverrichting in relatie tot de rechten van de verzekeringnemers bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst met een verzekeraar met zetel in een andere lidstaat.²⁹⁰

Vervolgens heeft de Europese wetgever met de derde generatie richtlijnen (schade en leven)²⁹¹ een verdere optimalisatie van de vrijheid van dienstverrichting beoogd.

*“Overwegende dat met de onderhavige richtlijn wordt beoogd een wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfseconomisch toezicht, waardoor een en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het toezicht wordt uitgeoefend door de Lid-Staat van herkomst.”*²⁹²

In deze richtlijnen is een uitwerking van het home country control systeem opgenomen met daarin de waarborg voor toezicht vanuit het zeteland dat verenigd is met de wensen en de uitoefeningsvoorwaarden voor de vrijheid van dienstverrichting.²⁹³

Ten slotte is richtlijn Solvabiliteit II aangenomen. Deze richtlijn gaat, anders dan de voornoemde richtlijnen, uit van maximale harmonisatie. Naast richtlijn Solvabiliteit II, die geïmplementeerd werd in de nationale wetgeving van de lidstaten werd ook de Gedelegeerde Verordening²⁹⁴ aangenomen, met een rechtstreekse werking in de lidstaten.

In voornoemde richtlijnen is herhaaldelijk bevestigd dat in het kader van de interne verzekeringsmarkt aan verzekeringnemers, die gelet op hun hoedanigheid of grootte of wegens de aard van te verzekeren risico's geen bijzondere bescherming behoeven in de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen, totale keuzevrijheid toekomt voor wat betreft het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht.²⁹⁵ Tevens is afgesproken dat de harmonisatie van het recht uit de lidstaat, welk recht van toepassing wordt verklaard op de verzekeringsovereenkomst, geen prelabelle voorwaarde is voor de totstandkoming van de interne (verzekerings-)markt.²⁹⁶

Verzekeringnemers, die gelet op hun hoedanigheid of grootte of die wegens de aard van te verzekeren risico's wel bijzondere bescherming behoeven in de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen, vonden deze extra bescherming in de aan de lidstaat gelaten mogelijkheid om verzekeringsovereenkomsten tot dekking van risico's gelegen in hun eigen land onder toepassing van het recht van dit land te laten vallen.²⁹⁷

Later zijn in art. 7 van Rome I de regels, inzake toepasselijk recht op verzekeringsovereenkomsten gesloten tussen deze groep van verzekeringnemers en verzekeraars, verankerd. Deze regels kennen een rechtstreekse werking in de lidstaten.

De Europese wetgever heeft in richtlijn Solvabiliteit II het belang van toegang tot en uitoefening van verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten op de interne markt onderstreept. Tevens is vanuit de Unie gepleit voor de harmonisatie van het nationaal wettelijk kader, van toepassing op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen.

In overweging 3 van deze richtlijn is opgenomen:

“Ter vergemakkelijking van de toegang tot en de uitoefening van verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten dienen de grootste verschillen die op het gebied van de voor verzekerings- en herverzekerings-

²⁸⁸ Zie hiervoor ook overweging 2 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

²⁸⁹ Zie over de grote risico's Beckmann 2015, p. 93.

²⁹⁰ Beckmann 2015, p. 94.

²⁹¹ De derde coördinatierichtlijn voor de niet-levensverzekeringen van 18 juni 1992 (92/49/EEG) en derde coördinatierichtlijn voor de levensverzekeringen van 10 november 1992 (92/96/EEG).

²⁹² Zie overweging 5 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

²⁹³ Vágási 2013, p. 165, Beckmann 2015, p. 95-96, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 83.

²⁹⁴ Gedelegeerde Verordening (EU) 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).

²⁹⁵ Zie overweging 17 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

²⁹⁶ Zie overweging 18 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

²⁹⁷ Zie overweging 18 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

ondernemingen geldende voorschriften tussen de nationale wetgevingen bestaan, te worden afgeschaft. Er dient derhalve een rechtskader tot stand te worden gebracht om verzekerings- en herverzekerings-ondernemingen de mogelijkheid te bieden op de gehele interne markt het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, opdat het voor verzekerings- en herverzekeringsondernemingen met hoofdkantoor in de Gemeenschap gemakkelijker wordt gemaakt aldaar verbintenissen en de daaraan verbonden risico's aan te gaan.”

Met de introductie van richtlijn Solvabiliteit II heeft de Europese wetgever zich voorgenomen om met deze wetgeving een essentieel instrument te bieden voor de totstandbrenging/voltooiing van de interne verzekeringsmarkt.²⁹⁸

Het voornoemde Europeesrechtelijk wettelijk kader bevat voornamelijk publiekrecht. Echter naast het publiekrecht bevat de nationale wet- en regelgeving inzake het verzekeringsbedrijf en het aangaan van een verzekeringsovereenkomst ook bepalingen die onderdeel zijn van het privaatrecht aangezien ze betrekking hebben op de relatie tussen twee private partijen.²⁹⁹

Publiekrechtelijke bepalingen hebben betrekking op de relatie tussen de overheid en particulieren/bedrijven en in het kader van dit proefschrift voornamelijk op de relatie tussen de (her)verzekeringsondernemingen en de toezichthouders die namens de overheid toezicht houden op de sector en op de afzonderlijke ondernemingen.

Privaatrechtelijke regels hebben betrekking op de relatie tussen particulieren/bedrijven. In het kader van dit proefschrift gaat het om de relatie tussen verzekeraars en verzekeringnemers (waaronder verzekerden en begunstigden) soms met tussenkomst van een tussenpersonen en tussen herverzekerders en verzekeraars onderling.

3.9. Implicaties territorialiteitsbeginsel voor het relevant wettelijk kader

Het reeds in paragraaf 3.6.2. behandelde territorialiteitsbeginsel maakt noodzakelijk dat binnen de Unie en in het kader van het Unierecht maatregelen worden genomen tot de coördinatie van de toepassing van wet- en regelgeving in grensoverschrijdende situaties. Een dergelijke coördinatie heeft tot doel om regels die zijn gebaseerd op het oorsprongslidbeginsel ook buiten de nationale grenzen van een lidstaat te erkennen. Dit betekent dus dat een andere lidstaat deze regels als gelijkwaardig moet erkennen in zijn eigen wetgeving.³⁰⁰ Dit gebeurt onder bepaalde voorwaarden en volgens een door de Unie ontwikkelde methodiek zoals die van het *home country control*.

Wederzijdse erkenning van wetgeving binnen het kader van de verdragen brengt met zich mee dat toepassing van de nationale wetgeving niet meer gebonden is aan de landsgrenzen en effect kan hebben binnen de hele interne markt.

Het territorialiteitsbeginsel wordt bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht in de regels van algemeen belang die lidstaten opleggen aan verzekeraars met zetel in andere lidstaten. Deze verzekeraars mogen immers in een andere lidstaat verzekeringen aanbieden op basis van de wettelijke regels uit hun eigen land. Wel zijn ze verplicht om ook de regels van algemeen belang van het ontvangstland na te leven. Deze regels gelden enkel voor de activiteiten van de verzekeraar die betrekking hebben op risico's gelegen in het desbetreffende ontvangstland.

Theoretisch kan het voorkomen dat een verzekeraar die actief is binnen de hele Gemeenschap de regels van eigen nationale wet- en regelgeving moet naleven voor zijn activiteiten binnen de interne markt, aangevuld met regels van algemeen belang van alle EER landen, waar hij verzekeringen aanbiedt. Deze laatste regels gelden dan steeds voor een deel van de verzekeringsportefeuille van deze verzekeringsonderneming.

Het territorialiteitsbeginsel brengt in relatie tot het verzekeren op de interne markt ook onzekerheden met zich mee, waar het gaat om een grensoverschrijdend aspect door bijvoorbeeld een aanbieder, gevestigd in een andere lidstaat of verzekeringnemers die in een andere lidstaat woonachtig zijn.

²⁹⁸ Zie preambule 11 van de richtlijn 2009/138/EG.

²⁹⁹ Zie Borgesius 2017, p. 77 voor wat betreft de onduidelijkheid over de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Joossen & Raas 2013, p. 15, Gerrits 2017, p. 301.

³⁰⁰ Barents & Brinkhorst 2012, p. 383.

Hoe dient te worden omgegaan met regelgeving waarin niet expliciet is bepaald wat de reikwijdte van de regeling is? Een voorbeeld hiervan is de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna Wmg). Nergens in de wet is een expliciete reikwijdtebepaling opgenomen waardoor onduidelijk is in hoeverre de wet van toepassing is op entiteiten (zorgverzekeraars of zorgaanbieders) die niet in Nederland gevestigd zijn.³⁰¹ Verder is het onduidelijk of het bij de toepassing ook relevant is dat de personen wier belangen met deze regeling worden beschermd ook noodzakelijkerwijs zich op het Nederlands grondgebied bevinden of dat voldoende is dat ze naar Nederlandse regels verplicht verzekerd zijn in Nederland.³⁰²

Voor het beantwoorden van een deel van voornoemde vragen is de uitspraak van 20 juni 2013 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb)³⁰³ relevant. In deze uitspraak is in verband met het territorialiteitsbeginsel in de Nederlandse regelgeving opgenomen dat een bepaling dat een regel niet slechts beperkt is tot het Nederlandse gebruikers, niet expliciet dient te worden opgenomen.

“Het College overweegt dat het feit dat uit de tekst en de toelichting van de bepaling geen beperking tot Nederlandse gebruikers blijkt, niet met zich brengt dat die beperking er niet is. In verband met het territorialiteitsbeginsel behoeft in Nederlandse regelgeving een dergelijke beperking niet expliciet te worden opgenomen.”

Ook in het geval dat er duidelijkheid is over de toepassing van regels en dus deze regels ook gelden voor bedrijven (bijvoorbeeld verzekeraars) met zetel in een andere staat, blijft de vraag of de toezichthouders van buiten het zeteland van deze bedrijven de bevoegdheid hebben om te handhaven. Hebben deze toezichthouders voldoende bevoegdheden om bijvoorbeeld bij niet naleving van een Nederlandse regeling (zie voornoemde voorbeeld ten aanzien van de Wmg) te handhaven indien sprake is van een buitenlandse aanbieder van zorgverzekeringen? Heeft de toezichthouder de bevoegdheid om in het buitenland plaatsen te betreden of gegevens op te vorderen, onderzoek te doen?³⁰⁴

In de rechtspraak is de vraag of een Nederlandse toezichthouder de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen bij een buiten Nederland gevestigde rechtspersoon nog niet definitief beantwoord.³⁰⁵

Op 5 januari 2016 oordeelde de Rechtbank Rotterdam³⁰⁶ in een zaak waarbij DNB inlichtingen vorderde bij een onderneming gevestigd in Suriname, nadat een administratieve bijstand door de Centrale Bank van Suriname was geweigerd.³⁰⁷

De rechtbank stelde vast dat het territorialiteitsbeginsel zich niet verzet tegen het vorderen van inlichtingen in buitenland, maar dat dit beginsel zich wel verzet tegen het vorderen van deze inlichtingen zonder toestemming van het vestigingsland van de onderneming, indien deze bevoegdheid niet uit een verdrag voortvloeit. Omdat er geen sprake was van een dergelijke toestemming, was DNB op grond van het territorialiteitsbeginsel niet bevoegd om van haar toezichtsbevoegdheden gebruik te maken. Kort na deze uitspraak was een andere zaak aan de voorzieningenrechter van rechtbank Rotterdam voorgelegd. In deze zaak³⁰⁸ ging het ook over het vorderen van inlichtingen, in dit geval door de AFM, in het buitenland.³⁰⁹

In de uitspraak van de voorzieningenrechter werd gesuggereerd dat in het desbetreffende geval inzet van toezichtsbevoegdheden zonder toestemming van het zeteland geen strijd opleverde met het territorialiteitsbeginsel.³¹⁰ De rechtbank stelde de mogelijkheid van de toezichthouder om informatie te vorderen van een onderneming met zetel buiten Nederland open te willen laten. *“Hiervoor is wel vereist dat de uitoefening van de toezichtstaak ziet op de naleving van de wet- en regelgeving in Nederland. Indien dit het geval is, handelt de toezichthouder niet in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien hij zijn toezichtsbevoegdheden uitoefent in het buitenland”.*

³⁰¹ De in art. 61 Wmg besloten medewerkingsplicht bevat geen territoriale beperking ten aanzien van de kring van personen jegens wie de medewerkingsplicht zou gelden.

³⁰² Hierbij wordt gerefereerd aan het feit dat ingevolge de Wlz ook personen met woonplaats buiten Nederland verplicht verzekerd kunnen zijn voor de zorgverzekeringen ingevolge de Zvw.

³⁰³ CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716.

³⁰⁴ Klein & Tak 2017, p. 34.

³⁰⁵ Klein & Tak 2017, p. 35.

³⁰⁶ Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

³⁰⁷ Klein & Tak 2017, p. 35.

³⁰⁸ Vrz. Rb. Rotterdam van 11 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6829.

³⁰⁹ Klein & Tak 2017, p. 33.

³¹⁰ Klein & Tak 2017, p. 37.

Alhoewel in de voornoemde zaken en overige relevante jurisprudentie³¹¹ geen verzekeraars, maar andere financiële dienstverleners betrokken waren, is het aannemelijk dat de conclusie ten aanzien van de verzekeraars niet anders zou luiden. De thans bestaande onduidelijkheid over het uitoefenen van de toezichtbevoegdheden ten aanzien van ondernemingen gevestigd in een andere staat, betekent een mogelijke belemmering voor de effectiviteit van het toezicht en handhaving van de nationale wet- en regelgeving in grensoverschrijdende situaties.

3.10. Onderzoek Expert Groep naar belemmeringen van verzekeren op de interne markt

In het kader van de beleidsontwikkeling betreffende het vrij verkeer van verzekeringsdiensten binnen de interne markt is door de Commissie een onderzoek geïnitieerd naar de bestaande belemmeringen voor het verzekeren op de interne markt. Voor het uitvoeren van dit onderzoek is door de Commissie een Expert Groep aangesteld. Dit onderzoek is uitgevoerd in 2013-2014 en was gericht op de invloeden van de verschillende nationale rechtsstelsels betreffende verzekeringen (verzekeringsrecht) op de vrije dienstverrichting en vrije vestiging op de interne markt.³¹² De Expert Groep heeft in haar beoordeling de bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II niet kunnen betrekken omdat deze nog niet van kracht waren.

In haar rapport heeft de Expert Groep een aantal factoren benoemd die belemmerend werken voor de ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt. Interessant is om te beoordelen of de inmiddels in werking getreden en in nationale jurisdicties van de lidstaten geïmplementeerde bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II de door de Expert Groep geconstateerde belemmeringen zouden kunnen wegnemen.

In haar eindrapport stelde de Expert Groep vast:

“Three generations of insurance directives have substantially facilitated the cross-border operations of insurance companies within the EU over the past 40 years. Data indicates that the market share of foreign controlled undertakings and branches or agencies of such undertakings in overall EU primary insurance has almost doubled respectively from 19% to 37% between 2000 and 2009.”

De Expert Groep constateerde verder:

“voor veel levens-, auto- of aansprakelijkheidsverzekeringsproducten die aan consumenten worden verkocht, moeten verzekeringsondernemingen hun overeenkomsten aanpassen aan de nationale regels van de plaats waar de verzekeringnemer is gevestigd”.

Hiertoe zouden de verzekeraars steeds nieuwe overeenkomsten moeten opstellen, afhankelijk van de nationale regels van de verschillende lidstaten.

3.11. Technologische ontwikkelingen van invloed op de interne verzekeringsmarkt

Uitgaande van de explosieve groei van de online aankopen van de afgelopen jaren³¹³ en gelet op de verwachting dat deze online diensten de komende jaren steeds meer aandeel zullen innemen in de totale markt, is de conclusie gerechtvaardigd dat de markt voor online grensoverschrijdende verzekeringen ook groeiend is en vele mogelijkheden biedt voor financiële dienstverleners als consumenten/bedrijven die op zoek zijn naar een geschikt verzekeringsproduct.

Digitalisering en verkoop van online verzekeringsproducten maakt het voor de consumenten/bedrijven eenvoudiger om producten van aanbieders, onafhankelijk van het zeteland van de aanbieder, aan te schaffen. Door de toenemende distributie van verzekeringen via internet zijn de invloed van de traditionele distributiekanaalen en de toegevoegde waarde van advies veranderd. Het op de markt zetten van eenvoudige producten, die via internet worden gedistribueerd, biedt extra kansen voor verzekeraars die groei willen realiseren door het benutten van de interne markt en het internet als distributiekanaal. Verder kunnen technische ontwikkelingen zoals blockchain de hele gedachte over de interne verzekeringsmarkt veranderen

³¹¹ Zie hiervoor Vzr. Rb. Rotterdam 25 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5564, Vzr. Rb. Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9912 en Rb. Rotterdam 1 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4116.

³¹² Zie ‘Final report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law’ uit 2014.

³¹³ Zie onderzoek GfK waaruit blijkt dat online bestedingen in Nederland zijn in 2016 opvallend sterk gegroeid, www.gfk.com/nl/insights/news/online-bestedingen-passeren-de-grens-van-eur-20-miljard-in-2016/. Zie CBS overzicht inzake omzetontwikkeling internetverkoop detailhandel van 14 augustus 2017, <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=82893NED&D1=a&D2=a&D3=37-47&VW=T>.

en het opstellen van nieuwe criteria en regels ten aanzien van toezicht en consumentenbescherming noodzakelijk maken.

In haar Groenboek over financiële betaaldiensten³¹⁴ uit 2015 stelde de Commissie dat de technologische vooruitgang in principe mogelijkheden biedt om “*sommige grensoverschrijdende transacties te vergemakkelijken, de toegang tot effectievere informatie en gericht advies voor consumenten uit te breiden, de vergelijkbaarheid van de producten te verbeteren en het overstapgedrag te doen toenemen*”.

Verder stelde de Commissie:

“De ontwikkeling van online distributiekkanalen is van bijzonder belang op EU-niveau. Door het sluiten en ondersteunen van een verkoop op afstand gemakkelijker en goedkoper te maken voor aanbieders en consumenten, biedt digitalisering toegang tot een grote klantenbasis in de eengemaakte markt die kan profiteren van de beste beschikbare aanbiedingen. Digitalisering zou in principe grensoverschrijdende activiteiten moeten bevorderen zonder dat bedrijven zich in andere lidstaten hoeven te vestigen”.³¹⁵

3.12. Conclusie

De Verdragen (VEU en VWEU) en het Hv vormen de constitutionele rechtsbronnen van het Unierecht. Het materiële Unierecht bevat de doelstellingen van de Unie en de middelen voor het verwezenlijken van deze doelstellingen.

De fundamentele rechtsbeginselen waaraan het Unierecht wordt getoetst, bieden waarborgen voor de correcte uitoefening van de aan de Unie toebedeelde bevoegdheden.

Op het niveau van de Unie zijn verschillende onderwerpen van een harmoniserende regeling voorzien. Deze harmoniserende regeling geldt dan in alle lidstaten. Ten aanzien van onderwerpen waarvoor nog geen harmoniserende regeling is opgesteld, mogen de nationale regelingen van de lidstaten geen beperkingen opleggen en geen strijd met de in het Unierecht gewaarborgde vrijheden inhouden. Eventuele beperkingen die wel zijn toegelaten behoeven een rechtvaardigingsgrond en moeten voldoen aan strikte, door het HvJ bevestigde voorwaarden.

De goede werking van de interne markt is een van de belangrijkste doelstellingen van de Unie. Ten aanzien van de interne markt hebben de Unie en de lidstaten gedeelde bevoegdheden. Echter, het is aan de Unie om maatregelen te nemen ten behoeve van de goede werking van de interne markt. Hiermee zorgt de Unie voor een beleid dat boven de individuele belangen van de lidstaten uitstijgt.

Door de gedeelde bevoegdheden met de Unie hebben de lidstaten hun eigen soevereiniteit beperkt. Ook biedt het territorialiteitsbeginsel aan de lidstaten onvoldoende rechtvaardiging om nationale regels te treffen die strijd opleveren met het Unierecht. Tevens is er een tegenstrijdigheid te constateren tussen dit beginsel en de door het Unierecht geïntroduceerde home country control systeem.

Met betrekking tot onderwerpen, die niet via het Unierecht zijn geregeld, kan het territorialiteitsbeginsel beperkingen met zich meebrengen over de reikwijdte van regelgeving maar ook over de bevoegdheden van de toezichthouders inzake het uitoefenen van toezicht en handhaven inzake ondernemingen met zetel in een andere staat.

Harmoniserende regelingen van de Unie met betrekking tot de financiële diensten zorgen naast beperking van de soevereiniteit van de lidstaten inzake dit onderwerp ook voor een nieuw toezichtskader dat van toepassing is op de aanbieders van deze diensten, gevestigd in de Unie, waaronder (her)verzekeraars.

Het Unierecht bevat bepalingen van consumentenrecht die ook een belangrijke rol spelen bij het verzekeren op de interne markt. Tevens bieden de technologische ontwikkelingen enerzijds een nieuwe uitdaging aan de Uniewetgever en toezichthouders en anderzijds nieuwe, reële kansen voor de verdere ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt.

³¹⁴ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final.

³¹⁵ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 12.

4. Actuele ontwikkelingen Nederlandse verzekeringsmarkt

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk komt de verzekeringsmarkt, meer specifiek de Nederlandse verzekeringsmarkt, aan de orde. De beschrijving van diverse aspecten van deze markt vindt plaats met de bedoeling om het sectorale kader, dat van belang is voor dit onderzoek, te schetsen.

Hierbij wordt gestart met een algemeen overzicht van de Europese verzekeringsindustrie. Voor wat betreft de Europese verzekeringssector wordt ook ingegaan op de verdeling per lidstaat van de *inkomende* en *uitgaande* verzekeringsactiviteiten.³¹⁶ Dit overzicht dient als een graadmeter van de omvang van grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten. Tevens wordt aandacht besteed aan de distributie van verzekeringen en meer specifiek de verschillen tussen de lidstaten in de distributie van leven- en schadeverzekeringsproducten. Deze distributie kan plaatsvinden via verkoop door bemiddeling van tussenpersonen, agenten en brokers, via bancaire distributie en via rechtstreekse tekening (direct writing) waarbij de verzekeraar zonder tussenkomst van derden een overeenkomst met de verzekeringnemer sluit.

Het overzicht wordt aangevuld met een uitgebreide toelichting van de specifieke aspecten van de Nederlandse verzekeringssector waaronder belangrijke dossiers voor de sector en de prioriteiten voor de komende jaren. Deze toelichting wordt opgesteld aan de hand van de relevante aspecten en ontwikkelingen vanuit diverse perspectieven: die van de branche zelf, die van de toezichthouders en onderzoekers.

Ten slotte komen een drietal, voor de verzekeringsbranche relevante, ontwikkelingen aan de orde: Europese samenwerking, online distributie en langdurige lage rente. Deze ontwikkelingen hebben gevolgen voor de interne markt en de verzekeraars die op deze markt opereren. Om die reden worden ze in dit hoofdstuk ook beknopt behandeld.

4.2. De Europese verzekeringsindustrie

De Europese verzekeringsindustrie is 's werelds grootste producent van verzekeringsproducten met 33% van de globale verzekeringsmarkt, gevolgd door Noord-Amerika met 30% en Azië met 29% van de globale verzekeringsproductie.³¹⁷

Insurance Europe, de Europese koepelorganisatie van verzekeraars en herverzekeraars³¹⁸, publiceerde in augustus 2016 het meest recente overzicht van de verzekeringsactiviteiten binnen Europa op 31 mei 2017 het meest recente overzicht van de verzekeringsactiviteiten binnen Europa.³¹⁹ Hieruit blijkt dat in 2015 ruim 3700 verzekeringsmaatschappijen actief waren in de EU³²⁰ met een totaal bruto geschreven premie van 1.200 miljard EURO in 2015.³²¹ Dit onderstreept het aanzienlijke economische belang van de verzekeringsactiviteiten.

Uit voornoemd overzicht van Insurance Europe blijkt dat in 2014 verzekeraars ook actief waren buiten hun zeteland middels bijkantoren of vrije dienstverrichting:

*'In 2014, 578 branches of EU/EEA companies were operating in the EU and around 7.600 licensed insurance operations were overseen by national supervisory authorities on the basis of freedom of services.'*³²²

Verzekeren, als economische activiteit, is historisch gezien een belangrijk onderdeel van de Nederlandse en van de Europese markt.³²³ Dit is te verklaren op basis van de aanzienlijke economische bijdrage van deze

³¹⁶ Onder inkomende verzekeringsactiviteiten worden de activiteiten bedoeld die door verzekeraars worden aangeboden met zetel in een andere lidstaat. De in Nederland gelegen risico's die worden verzekerd door verzekeraars met zetel buiten Nederland, vallen onder inkomende verzekeringsactiviteiten. Met uitgaande verzekeringsactiviteiten worden de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten bedoeld die gericht zijn op het verzekeren van risico's gelegen buiten het vestigingsland van de onderneming. Verzekeringsactiviteiten van Nederlandse verzekeraars betreffende risico's die buiten Nederland zijn gelegen, vallen onder de uitgaande verzekeringsactiviteiten.

³¹⁷ Bron: Swiss Re, Sigma No. 3/2013: 'World insurance in 2012'. Onder het Europese marktaandeel worden de Russische en Ukraine markten berekend, samen goed voor ongeveer 1 % of de globale premie-inkomsten.

³¹⁸ Zie Insurance Europe, 'Annual Report 2016-2017', 31.05.2017.

³¹⁹ Insurance Europe, 'European Insurance – Key Facts', august 2016.

³²⁰ Hierbij zijn niet meegeteld de kleine regionale Duitse insurance associations, de Franse 'Mutuelles 45', de Belgische onderlingen en de Spaanse onder regionaal toezicht opererende verzekeraars.

³²¹ Zie Insurance Europe, 'European Insurance – Key Facts', august 2016.

³²² Zie Insurance Europe, 'European Insurance – Key Facts', august 2016, p. 29.

bedrijfstak. Een verdere verklaring van het belang van de sector ligt in het grote maatschappelijke belang van drempelloze en betaalbare toegang tot verzekeringsproducten en -diensten en een betrouwbare en stabiele verzekeringsindustrie.

*“De verzekeraars vervullen een maatschappelijke rol en verlenen zekerheid door te herverdelen. Ze doen dit als partners van de overheid en burgers.”*³²⁴

De Europese verzekeringsindustrie prijst zichzelf als volgt aan:

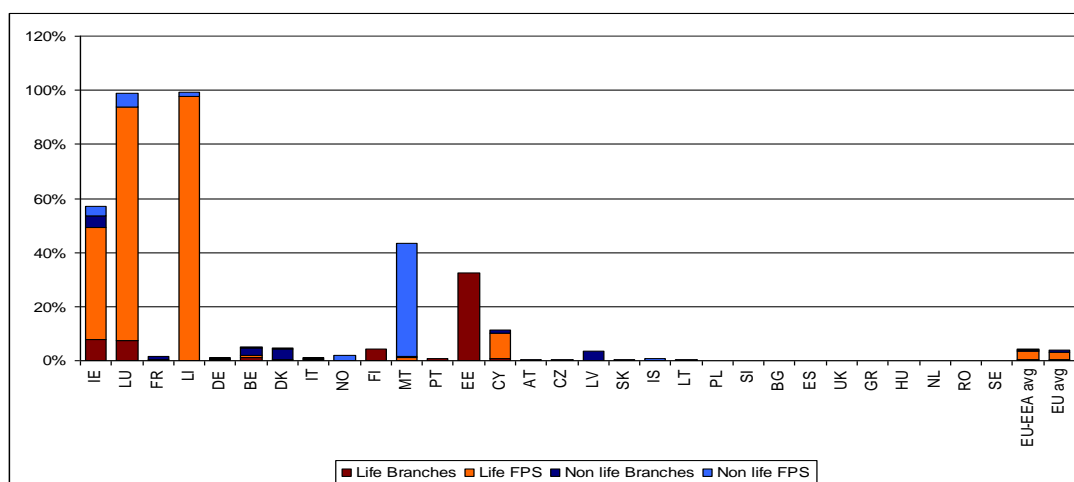
*“Insurance is a cornerstone of modern life. Without insurance, many aspects of today’s society and economic could not function. The insurance industry provides the cover for economic, climatic, technological, political and demographic risks that enables individuals to go about their daily life and companies to operate, innovate and develop.”*³²⁵

4.2.1. Grensoverschrijdende activiteiten

De Commissie heeft in haar onderzoek van 2010³²⁶ de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten binnen de EER-landen³²⁷ per lidstaat en soort verzekering in kaart gebracht³²⁸.

De hieronder opgenomen tabel 1 geeft alle uitgaande verzekeringsactiviteiten via vrije dienstverrichting van de lidstaten weer.

Tabel 1.³²⁹ Aandeel totale (uitgaande) grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten via vrije dienstverrichting in de EU-EER landen.



Tabel 1 biedt een overzicht van alle verzekeringsactiviteiten in vrije dienstverrichting waarbij in andere landen gelegen risico’s zijn verzekerd verdeeld naar schade- en levensverzekeringen. Ondanks het feit dat deze cijfers inmiddels verouderd en achterhaald zijn is uit deze tabel eenvoudig af te lezen welke landen, en dus de daar gevestigde aanbieders van verzekeringsproducten, het grootste aandeel hadden in de uitgaande (geëxporteerde) verzekeringsdiensten via vrije dienstverrichting ter dekking van risico’s gelegen in andere lidstaten. De verwachting is dat de partijen met het grootste aandeel in uitgaande verzekeringsdiensten inmiddels hun aandeel hebben vergroot. Helaas ontbreken actuele en betrouwbare cijfers van grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten waardoor ook geen vergelijking gemaakt kan worden tussen de huidige stand en die vanuit 2010. Om die reden kan voornoemde aanname niet getoetst worden.

De hieronder opgenomen tabel 2 geeft het aandeel van inkomende (geïmporteerde) verzekeringsactiviteiten per lidstaat weer. Hier gaat het om grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten in vrije dienstverrichting.

³²³ Vágási 2013, p. 164.

³²⁴ Euben 2015, p. 164.

³²⁵ Zie Insurance Europe ‘How insurance works’, 2012.

³²⁶ Zie Commissie, ‘Impact Assessment’, COM_SEC(2010)0840, 12.07.2010.

³²⁷ EER landen = landen van Europese Economische Ruimte. Hieronder vallen de 28 EU-lidstaten en Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

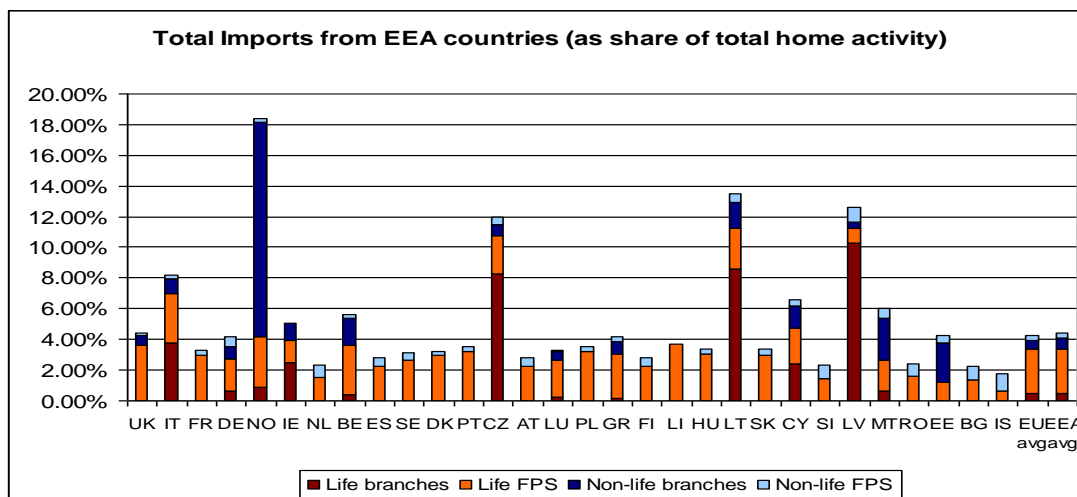
³²⁸ Vágási 2013, p. 167.

³²⁹ Bron: European Commission, DG Internal Market and services, gebaseerd op CEIOPS en Insurance Europe (voorheen CEA) data, 2010.

Hoe groter het percentage van deze verzekeringen ten opzichte van de totale verzekeringsmarkt/verzekeringsactiviteiten in een bepaald lidstaat, hoe meer verzekeringsproducten door verzekeraars met een zetel in een andere lidstaat worden aangeboden.³³⁰

Tabel 1 en 2 tonen de grote verschillen aan tussen de omvang van uitgaande en inkomende grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten via vrije dienstverrichting in de verschillende lidstaten. Dit overzicht biedt verder ook een goed beeld van de verschillen tussen de leven- en schadeproducten.

Tabel 2.³³¹ Aandeel totale (inkomende) grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten via vrije dienstverrichting uit de EU-EER landen.



Bovenvermelde informatie geeft een waardevol inzicht in de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten van de aanbieders met zetel in de afzonderlijke lidstaten. Het aanzienlijk aandeel van grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten is ook een bevestiging van de stelling uit de dissertatie van Duijkersloot uit 1995, dat het verzekeringsbedrijf een inherente tendens tot internationalisering kent, voornamelijk wegens de noodzaak tot spreiding van de risico's.³³² Hierbij wordt aangetoond dat per lidstaat grote verschillen zijn in de mate van inkomende en uitgaande verzekeringsactiviteiten. Tevens wordt duidelijk welke branches meer aanbieders vanuit een andere lidstaat kennen. Deze informatie zou uitgangspunt kunnen zijn voor een onderzoek naar de oorzaken van deze verdelingen en het vaststellen van de omstandigheden die deze keuze van de aanbieders beïnvloeden.

Verder geeft bovenvermeld overzicht ook weer in welke lidstaat de meeste verzekeraars met een groot aandeel in grensoverschrijdende activiteiten hun zetel hebben.

Dit onderzoek rechtvaardigt de conclusie dat er grote verschillen bestaan tussen de inkomende en uitgaande verzekeringsactiviteiten per lidstaat en daarbinnen ook tussen de levens- en schadeverzekeringen.

Wat is de verklaring voor deze verschillen?

Volgens EIOPA³³³ zijn er verschillende redenen voor de grote omvang van grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten:

“For some lines of business, it would not be feasible to operate unless relatively high volumes of freedom of services business are acceptable. Marine aviation and transit business is one of the more obvious examples. International business is another, where a multinational insured obtains cover for multiple jurisdictions in a single placement”.

Wat zijn de beweegredenen voor verzekeraars die een groot deel van hun activiteiten naar een andere lidstaat exporteren? Welke kansen en mogelijkheden zien zij en waarom worden deze kansen en mogelijkheden niet door andere verzekeraars (die geen grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten hebben) gezien? Welke rol

³³⁰ Vágási 2013, p. 167.

³³¹ Bron: European Commission, DG Internal Market and services, gebaseerd op CEIOPS en Insurance Europe (voorheen CEA) data.

³³² Duijkersloot 1995, p. 29.

³³³ Zie EIOPA rapport ‘Final Report on the Peer Review on Freedom to Provide Services’, EIOPA-BoS-16-072, 29.04.2016, p. 15.

speelt kennis van de markt en van de wet- en regelgeving, en ondernemerschap bij het maken van deze keuzes? Hebben de toezichhouders of de specifieke verzekeringscultuur van een land een rol hierbij?

Wat zegt een groot aandeel van geïmporteerde verzekeringsactiviteiten over een nationale markt? Wat biedt deze markt voor verzekeraars met een zetel in andere lidstaat ten opzichte van landen waar het aandeel geïmporteerde verzekeringen (dus verzekeringsactiviteiten door verzekeraars met zetel in een andere lidstaat) heel laag is?

Waar liggen de mogelijkheden die door aanbieders van verzekeringsproducten opgepakt zouden kunnen worden?³³⁴

Gelden de belemmeringen op de interne markt op verschillende wijze? Wat is de reden dat een deel van de verzekeraars deze belemmeringen kennelijk met succes heeft kunnen overwinnen?

4.2.2. Veranderingen en verschillen gerelateerd aan de interne markt

Het verzekeringsbedrijf ondergaat belangrijke veranderingen waarvan de volgende twee relevant zijn voor wat betreft de interne markt.

Ten eerste heeft de bedrijfstak te maken met toenemende regelgeving ten behoeve van de harmonisatie van de op het verzekeringsbedrijf toepasselijke wet- en regelgeving. Voorbeelden hiervan zijn de voornoemde Schade- en Levensrichtlijnen, en de implementaties daarvan in het nationale recht van de lidstaten, verordening Rome I, richtlijn Solvabiliteit II die als doel hebben het faciliteren en het reguleren van het verzekeringsverkeer op de interne markt.

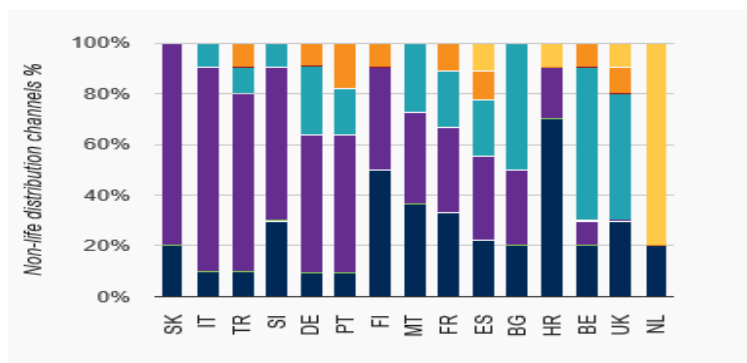
Ten tweede heeft de sector te maken met ontwikkelingen op het terrein van bijvoorbeeld zorg, pensioen en levensverzekeringen, die de verschillen tussen het nationale materiële verzekeringsrecht van de afzonderlijke lidstaten verder vergroten en deze verschillen moeilijk of soms onmogelijk overbrugbaar maken doordat ze hun binding met bijvoorbeeld het sociale zekerheidsrecht, arbeidsrecht, pensioenstelsel en de fiscale wetgeving van de desbetreffende lidstaten steeds verder versterken. Hierdoor worden de mogelijkheden en marktposities van de verschillende verzekeringsbedrijven in de afzonderlijke EU lidstaten kunstmatig beïnvloed. Dit leidt tot een ongelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt.

Verder wordt de markt beïnvloed door de verschillende manieren waarop verzekeraars hun producten distribueren. Distributie van verzekeringsproducten gaat rechtsreeks (via direct writers) of door tussenkomst van onafhankelijke of gebonden tussenpersonen, agenten of brokers of via bancaire distributie.

De hieronder opgenomen overzichten, die door Insurance Europe zijn opgesteld, geven een beeld van de veelzijdigheid en verscheidenheid van de distributiewijze van verzekeringen in de verschillende lidstaten, verdeeld naar levens- en schadeverzekeringen.³³⁵

De informatie opgenomen in tabel 3 geeft de distributiekanaalen per lidstaat ten aanzien van de schadeverzekeringen weer. Dit overzicht is opgesteld op basis van 53% van de geboekte premie en zonder rekening te houden met activiteiten via vrije dienstverrichting en bijkantoren van verzekeraars in andere lidstaten. In dit overzicht zijn niet alle lidstaten opgenomen en is Turkije toegevoegd. Ondanks het feit dat hier geen sprake is van een Unie breed overzicht geven de tabellen de verschillen in distributie van verzekeringen duidelijk weer.

Tabel 3 Distributiewijze schadeverzekeringen



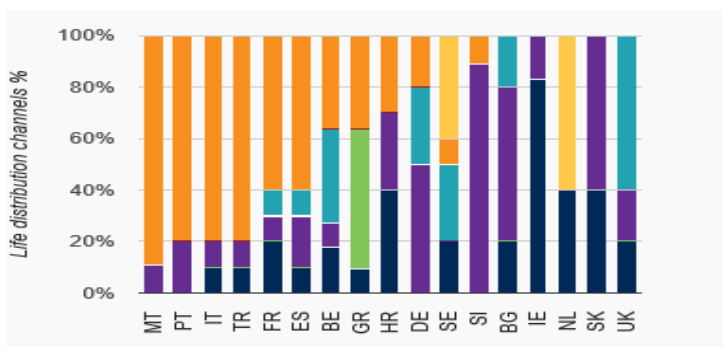
³³⁴ Vágási 2013, p. 168.

³³⁵ Hieronder tabellen van Insurance Europe met informatie uit 2016, www.insuranceeurope.eu/insurancedata.

Tussenpersoon	■
Direct writing	■
Brokers	■
Bancaire distributie	■
Andere distributiekkanalen	■

In tabel 4 is een overzicht opgenomen met informatie over de distributiekkanalen in een aantal lidstaten en Turkije ten aanzien van levensverzekeringen op basis van 68% van de totaal geboekte premie. In dit overzicht is ten aanzien van Nederland en Slowakije geen verschil gemaakt tussen tussenpersonen en brokers maar zijn beide distributiewijzen onder ‘tussenpersoon’ geregistreerd. In deze tabel is verder geen rekening gehouden met activiteiten via vrije dienstverrichting en bijkantoren van de verzekeraars in andere lidstaten.

Tabel 4. Distributiewijze levensverzekeringen



Tussenpersoon	■
Bemiddeling door agents	■
Direct writing	■
Brokers	■
Bancaire distributie	■
Andere distributiekkanalen	■

Een vergelijking tussen tabel 3 en 4 laat duidelijk de verschillen zien tussen enerzijds de verschillende landen en anderzijds de distributie van levens- en schadeverzekeringen. Hierbij is het grootste verschil te zien ten aanzien van de bancaire distributie die veel prominenter aanwezig is bij levensverzekeringen.

De wijze van distributie van verzekeringen beïnvloedt ook de mogelijkheden van vrije dienstverrichting van verzekeraars en hun activiteiten op de interne markt, aangezien verzekeraars ook gebruik kunnen maken van de netwerken van tussenpersonen en brokers om in een andere lidstaat verzekeringen aan te bieden. In dit geval hoeven ze zelf niet direct contact te hebben met de verzekeringnemers en kunnen ze gebruik maken van de lokale kennis, ervaring en expertise van de intermediaires.

Voor wat betreft de kansen, die de vrije dienstverrichting binnen de Unie voor de verzekeraars uit verschillende lidstaten zou kunnen betekenen, gaf Insurance Europe de volgende reactie:³³⁶

“In insurance product design, risk pricing, claims-handling and customer support are influenced by local market culture and consumer standards as well as local regulatory conditions. Professional indemnity insurance is closely tied to national liability legislation (rules of causation, proof of loss and liability determination) and cost-related factors (cost of medical procedures for injury or loss of income due to disability). A decision to enter a foreign market also requires an extensive understanding of that market. Insurers may consider that they need a local presence to offer appropriate customer service and that this makes cross-border transactions less than optimal.

³³⁶ Zie het document ‘Insurance Europe response to EC Consultation on a services passport’, te raadplegen op de site van Insurance Europe.

Considering the above, changes to administrative or regulatory procedures are not guarantees that insurers will be more likely to follow their customers into another member state. Their commercial policy, as well as ability to cover foreign risks, will remain factors in their decisions to offer cross-border cover.”

In haar reactie aan de Commissie³³⁷ uit 2016 inzake de consultatie betreffende de EC Services Passport, erkende Insurance Europe de mogelijkheden van de interne markt en die van het vrij verkeer en vrije dienstverrichting. Naast de erkenning van deze mogelijkheden wijst Insurance Europe nadrukkelijk op het feit dat verzekeringen een nauw verband kennen met de nationale en/of regionale wet- en regelgeving en de hierdoor bestaande verschillen per land moeilijk te overbruggen zijn bij vrije dienstverrichtingsactiviteiten. Verder onderstreept Insurance Europe namens al haar leden het belang van het waarborgen van de naleving van het klantbelang en dat toezicht op de verzekeraars deze ondernemingen in staat moet stellen om klantbelang centraal te stellen.³³⁸ Insurance Europe stelde hierbij³³⁹ dat:

“The expansion of cross-border insurance within the EU is and should remain market-driven and based on demand.”

4.3. De Nederlandse verzekeringsmarkt

Nederland is onderdeel van de Unie en daarom maakt de Nederlandse markt onderdeel uit van de Europese interne markt. Zelfs de kleinste verzekeraar met zetel in Nederland opereert binnen de kaders van deze interne markt. Dit is van groot belang voor de wetgevers en toezichthouders in Nederland. Ze hebben immers een taak om ervoor te zorgen dat het succes van de spelers op de interne markt slechts van hun goede producten, innovatie, hard werken en uitstekende service richting de klant afhangt en niet van regels die een gedeelte van de markt wellicht bevoordelen en een andere deel van de markt de kansen om mee te doen langzamerhand beperken.

In paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk is een korte toelichting opgenomen inzake de Europese verzekeringsmarkt. Tevens zijn er enkele vragen geformuleerd naar aanleiding van de overzichten inzake de grensoverschrijdende activiteiten van de verzekeraars en de wijze van distributie van hun producten.

In deze paragraaf wordt ingezoomd op de Nederlandse verzekeringsmarkt en worden relevante ontwikkelingen en uitdagingen van deze markt toegelicht. Deze toelichting is nadrukkelijk niet bedoeld om een complete beschrijving van de Nederlandse verzekeringsmarkt en haar uitdagingen te bieden, maar is bedoeld om de kaders waarbinnen dit onderzoek is uitgevoerd te tekenen.

De Nederlandse verzekeringsmarkt is een onderdeel van de Europese verzekeringsmarkt. Wel kent dit onderdeel een specifieke ontwikkeling en een eigen dynamiek. De karaktereigenschappen van deze markt dragen ook bij aan de wijze waarop vanuit de Nederlandse verzekeraars naar de interne (Europese) verzekeringsmarkt wordt gekeken en er wel of geen gebruik van wordt gemaakt. Een schets van de karaktereigenschappen van de Nederlandse verzekeringsmarkt wordt om die reden van belang geacht voor dit onderzoek.

Ten eerste is het moeilijk te definiëren wat onder de Nederlandse verzekeringsmarkt wordt verstaan. Gaat het hier om de ruimte begrensd door de landsgrenzen waarbinnen financiële risico's worden verzekerd door aanbieders die toegang hebben tot deze markt? Of gaat het om de ruimte onder Nederlandse jurisdictie die door verzekeraars met zetel in Nederland wordt bediend? Vallen in dat geval ook de door verzekeraars met zetel in Nederland verzekerde buitenlandse risico's onder de *Nederlandse verzekeringsmarkt*?

Voor de in deze en komende paragrafen opgenomen toelichting wordt met de *Nederlandse verzekeringsmarkt* de ruimte bedoeld waarbinnen verzekeraars met zetel in Nederland, onder Nederlandse jurisdictie verzekeringen sluiten.

De Nederlandse verzekeringsmarkt kent een hoge reguleringsgraad en een beperkt innovatief vermogen voor wat betreft het veranderen van businessmodellen en marktbenadering. Een combinatie van deze kenmerken

³³⁷ Zie de reactie van Insurance Europe op de EC Services Passport consultatie van juli 2016, te raadplegen op de site van Insurance Europe.

³³⁸ Zie Press release van Insurance Europe van 25 mei 2016, te raadplegen op de site van Insurance Europe.

³³⁹ Zie Insight Briefing van Insurance Europe 'Insurers driving digital products and services in Europe' van 19 april 2016, te raadplegen op de site van Insurance Europe.

met de (traditionele) voorzichtigheid en risicomijdend gedrag³⁴⁰ van de verzekeraars doet concluderen dat hier sprake is van een bedrijfstak die een gering intrinsieke dynamiek kent en waarbij veranderingen grotendeels van buiten af worden afgedwongen. Dat betekent dat binnen de branche een schaarste is aan sterke interne, op innovatie en vernieuwing gerichte autonome kracht en behoefte.

Voornoemde eigenschappen van de bedrijfstak bieden geen voordelen voor de verzekeraars, die als private ondernemers ook onder de wetten van de markteconomie vallen en voor hun winstgevendheid en financiële soliditeit afhankelijk zijn van de klanten en de markt. Deze karaktereigenschappen kunnen de klanten ook benadelen door gebrek aan maatwerk en verschraving van service. Deze klanten zien immers steeds meer een standaardisering van de door de verzekeraars aangeboden producten. Dit brengt met zich mee dat de klanten hun specifieke risico's verbonden aan hun leven, gezondheid, eigendommen, activiteiten en bedrijven minder passend kunnen verzekeren.

De hiernavolgende beschrijving vormt voor een groot deel ook het kader waarbinnen de onderzoeksvragen van dit proefschrift zijn geformuleerd.

Deze schets van de Nederlandse verzekeringsmarkt is opgesteld vanuit verschillende perspectieven:

1. die van de branche zelf, op basis van de informatie via de Nederlandse en Europese brancheorganisatie;
2. die van de toezichthouders, gebaseerd op de bevindingen van de toezichthouders DNB, AFM en ACM, en
3. die van de observaties en onderzoeksresultaten van derden.

4.4. De verzekeringsmarkt volgens de verzekeringssector

Het overzicht hieronder is opgesteld op basis van informatie die de Nederlandse verzekeringsbranche openbaar heeft gesteld. Hiervoor wordt de informatie, die via de Nederlandse brancheorganisatie, het Verbond van Verzekeraars is gecommuniceerd als relevant gezien.

4.4.1. Belangrijke dossiers voor de sector

Uitgaande van de openbare informatie van het Verbond van Verzekeraars³⁴¹ (hierna het Verbond) waren in de zomer van 2017 in Nederland ten aanzien van verzekeringen twee belangrijke dossiers te onderscheiden:

- Veiligheid en
- Klantbelang en Reputatie.³⁴²

Verzekeraars en Veiligheid is een logische combinatie uitgaande van het feit dat schade beperkt kan worden door preventiemaatregelen die veiligheid vergroten. Verzekeraars beschikken ook over een grote hoeveelheid informatie op het gebied van risicobeheersing en kennis van het voorkomen en beperken van schade. Om die reden zijn ze als partij uitstekend in staat om te adviseren over onderwerpen die betrekking hebben op veiligheid. Voor meer impact kunnen zij hun expertise delen met het bedrijfsleven, consumenten en politie. Dit leidt tot grotere maatschappelijke betrokkenheid en minder schade, dus betere resultaten voor de verzekeraars en uiteindelijk een positief effect op de premie van de verzekeringsproducten. Dit komt dan weer ten goede van de klanten.

³⁴⁰ Zie hierbij het onderzoek 'The future of retail financial services' uitgevoerd door Cognizant, Marketforce en Pegasystems in 2016. Uit dit onderzoek, dat wereldwijd onder 500 senior managers uit de bank- en verzekeringssector is uitgevoerd, blijkt dat de instellingen, die door de ondervraagde werden vertegenwoordigd, slechts een maximale fouttolerantie van 30% kennen bij innovatieve pilots, terwijl pas bij hogere fouttolerantie sprake kan zijn van een effectieve innovatiecultuur. Een gewenst percentage zou volgens Pegasystems minimaal 50% moeten zijn.

www.pega.com/sites/pega.com/files/docs/2016/Jan/the-future-of-retail-financial-services-study.pdf. Overigens is het voorzichtig en risicomijdend gedrag niet vreemd gelet op de in branche noodzakelijke lange termijn denken.

³⁴¹ Het Verbond van Verzekeraars is een belangenvereniging van particuliere verzekeraars in Nederland. De leden van het Verbond vertegenwoordigen samen meer dan 95 procent van de verzekeringsmarkt. Het Verbond treedt namens de aangesloten verzekeraars op als gesprekspartner voor de politiek, media, toezichthouders en andere relevante partijen over onderwerpen die verzekeraars raken.

³⁴² www.verzekeraars.nl/verzekeringstemas/bedrijfsvoering/klantbelang-en-reputatie.

Het tweede belangrijke dossier is *Klantbelang en Reputatie*. Dit dossier is een voortzetting van het dossier dat tot en met 2015 de naam *Verzekeraars Vernieuwen* droeg. Uitgangspunt bij dit dossier is dat klanten erop moeten kunnen vertrouwen dat een verzekeraar er voor hen is wanneer ze dat nodig hebben. Dat vertrouwen lijkt sinds 2007 onder druk te staan. Om die reden werd in 2009 door de Nederlandse verzekeraars besloten dat er een fundamentele vernieuwing moest komen om het vertrouwen van de klanten te herwinnen. Dit heeft in het najaar van 2009 geleid tot het lanceren van het meerjarenprogramma *Verzekeraars Vernieuwen*. Het vervolprogramma *Klantbelang en Reputatie* (looptijd 2016-2018) kent als doelstelling het borgen van de geboekte voortgang bij het centraal stellen van het klantbelang. Verder is dit dossier bedoeld voor het verder versterken van een beweging waarin ruimte is voor thema's als gedrag- en cultuurverandering.

Het Verbond formuleerde de volgende tussenconclusie over de werking en de resultaten van dit programma: *“Zes jaar vernieuwen heeft geleid tot een beginnend herstel van vertrouwen en (h)erkenning van inspanningen door de sector bij stakeholders. De sector zelf heeft ruim aandacht besteed aan de wijze waarop het klantbelang centraal meer inhoud kan worden gegeven. Om echt effectief te zijn heeft het thema de komende jaren nog top-bestuurlijke aandacht nodig.”*

Deze tussenconclusie doet vermoeden dat de komende jaren vanuit de sector vooral veel aandacht wordt besteed aan het versterken van de positie van de klant en verbetering van de klantinformatie.

Uit de presentatie en toelichting van het Verbond komt niet duidelijk naar voren hoe de branche zichzelf precies zal hervinden. Ook biedt deze presentatie geen informatie over hoe de sector binnen de interne markt gaat profileren en hoe de mogelijkheden van deze interne verzekeringsmarkt worden benut.

Het programma *Klantbelang en Reputatie* kenmerkt zich door een grote mate van interne gerichtheid, behoud en waarborg van bestaande posities en herwinnen van het vertrouwen van de Nederlandse klant: *“Verzekeraars hebben in de afgelopen jaren belangrijke stappen gezet in de cultuur- en gedragsverandering. [...] Er zijn nog niet voldoende positieve klantervaringen om het vertrouwen te laten toenemen in de sector en dit zorgt voor een kwetsbare positie van de verzekeraar”*.

Uit het beleidsplan 2017 van het Verbond³⁴³ blijkt dat naast de klantgerichtheid van de sector ook het belang van de innovatie en het opvolgen van de Innovatieagenda uit 2016 worden onderstreept. Hierover meer in paragraaf 4.4.2.

4.4.2. Prioriteiten van de sector

Uit het Financieel jaarverslag van de verzekeringsbranche 2016³⁴⁴ blijkt dat ondanks de aantrekkende economie (een groei met 2,1% van de Nederlandse economie in 2016) de verzekeringsbranche niet overal profiteert van een groei. De uitdagingen voor de branche zijn groot net als de hoop dat de branche zich gaat hervinden:

*“Door de lage rente, verzadigde en krimpende markten, stevige concurrentie onderling en met andere financiële instellingen, staan zowel de omzet als het resultaat onder druk.”*³⁴⁵

Voor wat betreft de levensverzekeringen, waar het premievolume in 2016 met 7% en het resultaat met 20% daalden, stelt het jaarverslag het volgende:

*“De sector heeft te kampen met de lage rente en met concurrentie van andere financiële instellingen, zoals banken en pensioenfondsen. Het ontbreken van een level playing field speelt ze daarbij vaak parten.”*³⁴⁶

In het kader van het programma *Klantbelang en Reputatie* en de voorganger *Verzekeraars Vernieuwen* zijn een drietal speerpunten geformuleerd:

- Klantbelang centraal en productkwaliteit;
- Versterking klantpositie;
- Jongeren en innovatie.

Verder is er veel aandacht besteed aan het verduidelijken van de maatschappelijke waarde van de verzekeraars bij een breed publiek. Hierbij komen de kernwaarden van de branche opnieuw aan de orde.

³⁴³ www.verzekeraars.nl/het-verbond/over-het-verbond.

³⁴⁴ Zie Verbond, 'Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2016'.

³⁴⁵ Zie Verbond, 'Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2016'.

³⁴⁶ Zie Verbond, 'Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2016'.

Tevens zijn de Governance Principes vastgesteld en geïntroduceerd. In dit kader zijn de voornoemde gezamenlijke kernwaarden in een aangescherpte Gedragscode Verzekeraars uitgewerkt.³⁴⁷

Als stimulans voor innovatie introduceerde het Verbond ook de Jongeren Innovatie Pilot (JIP). Aan de deelnemers van JIP (jonge medewerkers van verzekeraars) werd de taak voorgelegd om een oplossing te vinden voor een ‘echt’ probleem.³⁴⁸ Opmerkelijk hierbij is de reactie van een van de deelnemers aan de pilot. Die stelde namelijk dat verzekeraars niet op de aarde zijn om te innoveren maar om te verzekeren. Kennelijk begrijpt deze ‘jonge verzekeraar’ niet dat zonder innovatie, zonder het inspelen op de wensen en behoeften van de klanten en de op de markt geboden kansen, de hele branche snel teloor kan gaan en hijzelf wellicht, eerder dan gepland, ook een andere uitdaging moet kiezen. In het kader van de JIP werden jonge medewerkers van verzekeraars uitgedaagd om werkelijke problemen van de branche te benoemen en met innovatieve oplossingen te komen. Illustratief voor de branche zijn de projecten/onderwerpen die waren behandeld binnen de pilot:

- plan voor pensioen in natura;
- alle verzekeringen in 1 polis afgestemd op de situatie van de verzekeringnemer;
- jaarlijkse check van het bestaande verzekeringspakket;
- platform voor uitwisseling kennis en kunde.

Hier gaat het dus vooral om voorbeelden van klantgericht³⁴⁹ innoveren. Wat van de behandelde onderwerpen ontbreekt zijn bijvoorbeeld de ondersteuning van startups uit andere branches met het leveren van geschikte verzekeringsproducten of uitbreiden van een bepaald product zoals de uitrol van het initiatief van Peer to Peer bedrijven als SnappCar³⁵⁰, Camptoo³⁵¹. Soortgelijke Nederlandse initiatieven bieden immers ook een kans voor verzekeraars om te innoveren en de door de markt en door een goed idee van een derde geboden kans te benutten.

Uitgaande van de brief³⁵² van Leo de Boer (directeur van het Verbond) aan de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer over richtlijn Solvabiliteit II, hebben kleine schadeverzekeraars in Nederland bescherming nodig als het gaat om de implementatie van Solvency II en meer specifiek van de uit deze wetgeving voortvloeiende eis dat iedere verzekeraar een apart persoon zou moeten aannemen voor de vervulling van de actuariële functie (die in richtlijn Solvabiliteit II als sleutelfunctie wordt aangemerkt). Dit betekent, aldus het Verbond, een onredelijk zware belasting voor de kleine schadeverzekeraars, die al door vele eerdere maatregelen, onredelijk hoge kosten moeten maken voor het vervullen van de vanuit de toezichthouder en wet- en regelgeving opgelegde eisen. Deze hoge kosten, die voor de naleving van wet- en regelgeving worden gemaakt, horen ongetwijfeld bij de relevante onderwerpen die de verzekeringsbranche in Nederland bezig houdt.

Steeds groter belang wordt toegekend aan de innovatie binnen de verzekeringsbranche. Ingevolge het beleidsplan van het Verbond wordt in 2017 op basis van een innovatieagenda aan de beleidsdoelstellingen inzake innovatie gewerkt.

De innovatieagenda bestaat uit de volgende vijf actielijnen:

1. Werken aan een cultuur van innovatie en verandering;
2. Opzetten van een kennisinfrastructuur voor innovatie;
3. Collectief wegnemen van blokkades;
4. Collectief benutten van kansen;

³⁴⁷ Ondertekening en naleving van deze gedragscode is verplicht voor de leden van het Verbond.

³⁴⁸ JIP is een project van het Verbond waarbij in 2017 twintig jonge medewerkers van verzekeraars, verdeeld over vier groepen, zich buigen over klantgerichte innovatie.

³⁴⁹ Euben 2015, p. 169 stelde: “Ik heb vandaag dan ook het gevoel dat consumentenbescherming opgehangen wordt aan een verregaand wantrouwen tegenover de verzekeraar, die moet worden bevocht met extra regulering en verplichtingen”.

Overregulering en complexiteit kunnen echter een vals gevoel van veiligheid geven, net als de opgelegde maatregelen van informatie en transparantieplichtingen die eenzelfde vals gevoel van consumentenbescherming bieden.

³⁵⁰ www.snappcar.nl/, brengt auto-eigenaren en mensen zonder auto samen.

³⁵¹ www.camptoo.nl/, verhuren van campers en caravans aan medekampeerders.

³⁵² <http://amweb.nl/branche-724322/verbond-wil-kleine-schadeverzekeraars-beschermen>

5. Inrichten van een governance structuur voor innovatie.³⁵³

In zijn *Innovatie Flash Report* van juni 2017 publiceerde het Verbond de resultaten van een onderzoek van de PwC in opdracht van het Verbond, uitgevoerd bij 29 hoofdverantwoordelijken voor innovatie van Nederlandse verzekeraars.

PwC maakt in haar rapport duidelijk dat er vijf verzekeraars zijn die goed op innovatiebewustzijn scoren. Uit dit onderzoek blijkt verder duidelijk dat vele innovaties zijn gericht op de bediening van de klanten, met name automatisering hiervan, en op nieuwe producten zoals drone- en cyberverzekeringen, big-data toepassingen en blockchain-pilots.

“Urgentie voor het innoveren is laag in de sector” was de conclusie van de Innovation Advisory Board (IAB) van het Verbond tijdens de eerste bijeenkomst op 23 mei 2017.

“Urgentie kweken betekent ook: uitstralen van de juiste ambitie”.³⁵⁴

Hangt deze ambitie niet samen met het besef van urgentie voor innovatie? Beide liggen, ondanks de mooie innovatieagenda en prijzenswaardige doelstellingen van het Verbond, op een laag niveau binnen de Nederlandse verzekeringsmarkt.

Naar verwachting van de leden van het Verbond zal de door hen opgestelde innovatieagenda wel bijdragen aan een toekomstbestendige sector.

Uit de openbare beleidstukken van het Verbond blijkt verder geringe aandacht voor de interne markt en grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten.

4.4.3. Informatievoorziening aan de klanten

Als resultaat van veelvuldig overleg binnen de branche is door de leden van het Verbond besloten dat ze vanaf 1 januari 2017 met een ingrijpende herziening komen van de manier waarop klanten worden geïnformeerd over wat gedekt is met een verzekering. Dit brengt met zich mee dat voor de vijftien meest gangbare verzekeringen strikte regels gelden voor het weergeven van de belangrijkste eigenschappen van een polis. Uniforme iconen dienen voor de klanten duidelijk te maken wat wel, maar ook wat niet onder de verzekeringsdekking valt. Met deze digitale ‘verzekeringskaarten’ komt de sector tegemoet aan de uit eigen onderzoek blijkende sterke wens van de consumenten om beter geïnformeerd te worden. Consumenten blijken volgens het Verbond, immers vaak niet goed op de hoogte te zijn van de voorwaarden en uitsluitingen die van toepassing zijn op een verzekeringsovereenkomst.

Het streven van de branche om consumenten betere en duidelijkere informatie te willen verschaffen is positief. Echter, uit niets blijkt of men nagedacht heeft over de gevolgen van deze maatregelen voor het gelijke speelveld op de interne markt. Leveren deze afspraken niet een extra beperking op voor de leden van het Verbond ten opzichte van de verzekeraars voor wie deze regels niet gelden? Of indien deze regels ten aanzien van alle verzekeraars zouden gelden, die in Nederland gelegen risico’s verzekeren, zouden deze afspraken niet een belemmering opleveren ten aanzien van verzekeraars met zetel in andere lidstaten waar deze regels niet van toepassing zijn?

Met het initiatief *VerzekeraarsInBeeld*³⁵⁵ worden consumenten in staat gesteld om de rapportcijfers, die klanten aan diverse verzekeraars hebben gegeven, gemakkelijk terug te vinden. De getoonde cijfers zijn de resultaten van een jaarlijks onderzoek in opdracht van het Verbond. Hierbij worden verzekeraars op de volgende aspecten beoordeeld: vertrouwen, tevredenheid, klantgerichtheid, deskundigheid, duidelijkheid en contact.³⁵⁶

Positieve klantervaringen en vertrouwen in de verzekeringssector zijn zeker van belang voor het verbeteren van de huidige kwetsbare positie van de verzekeraars. Dit is echter onvoldoende. Verzekeraars zullen hun businessmodellen moeten vernieuwen en open moeten staan voor ontwikkelingen en de kansen op de markt. Pas dan zullen ze in staat zijn om de klanten van concurrerende proposities te voorzien en in te spelen op de maatschappelijke veranderingen en de veranderingen die zakelijke klanten meemaken.

³⁵³ Beleidsplan 2017 van het Verbond, ‘Een gezonde sector betrokken bij de klant’, p. 64.

www.verzekeraarsmlt.nl/pdf/beleidsplan2017/

³⁵⁴ www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Documents/2017/Innovation%20Flash%20Report%20jun17.pdf.

³⁵⁵ <https://verzekeraarsinbeeld.nl/>

³⁵⁶ <https://verzekeraarsinbeeld.nl/het-onderzoek/>

Verzekeraars erkennen de kansen die de toenemende hoeveelheid data voor hen en voor hun klanten biedt. Tegelijk zijn de verzekeraars zich bewust van de mogelijke maatschappelijke vragen, bijvoorbeeld over de gevolgen voor de privacy en solidariteit, die het gebruik van deze data met zich mee kan brengen. Voor het waarborgen van het behouden van de grip op data is door verzekeraars o.a. een jaarlijkse Solidariteitsmonitor gelanceerd.³⁵⁷

4.5. Externe visie op de verzekeringsmarkt

Verzekeraars met zetel in Nederland vallen onder het toezicht van DNB en AFM. Verder staan verzekeraars als elk willekeurige onderneming, die op de Nederlandse markt opereert, onder het toezicht van de Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM). Wegens de verwerking van persoonsgegevens vallen de verzekeraars tevens onder het toezicht van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) (voorheen College Bescherming Persoonsgegevens). Verder houdt de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) ook toezicht op de schadeverzekeraars, die ingevolge de Zvw, de zorgverzekering ten behoeve van de verzekeringsplichtigen in Nederland uitvoeren.

Voor een goed begrip van de Nederlandse verzekeringsmarkt is het relevant om inzicht te krijgen in de waarnemingen van de toezichthouders betreffende deze branche, hoe toezichthouders tegen de sector aankijken, welke problemen en kansen ze voor de branche zien.

De hiernavolgende toelichting heeft niet de pretentie om volledig te zijn maar geeft relevante standpunten van DNB, de AFM en de ACM weer over de verzekeringssector.

4.5.1. DNB

DNB houdt prudentieel toezicht op de financiële dienstverleners die een vergunning van DNB hebben verkregen om hun werkzaamheden uit te oefenen. DNB ziet er op toe dat partijen op de financiële markten aan hun financiële verplichtingen kunnen (blijven) voldoen.

In haar jaarverslag 2016 stelde DNB dat verzekeraars zich dienen aan te passen aan de snel veranderende omgeving waarbinnen ze opereren:

*“De combinatie van een aanhoudend zeer lage rente, technologische innovatie en mede onder invloed van de ophef over beleggingsverzekeringen veranderend klantgedrag, leidt tot structurele wijzigingen in de verzekeringssector.[...] Verzekeraars die hun verandervermogen versterken en succesvol innoveren kunnen hun marktaandeel en winstgevendheid vergroten. Zij die daar niet in slagen moeten op zoek naar alternatieven, waaronder fusies of overnames, of de afbouw van activiteiten.”*³⁵⁸

DNB stelde vast dat de verzekeringssector de komende jaren structureel zal veranderen waarbij *“technologische, maatschappelijke en economische ontwikkelingen, een veranderend klantgedrag en de veranderende wet- en regelgeving hun weerslag”*³⁵⁹ hebben op de branche.

In het visiedocument³⁶⁰ uit 2014 van DNB staan ook de belangrijkste uitdagingen waar de financiële sector voor staat en hoe DNB als toezichthouder kan bijdragen aan de soliditeit en integriteit van de financiële markt in Nederland.

De toezichtmissie van DNB bestaat uit het bijdragen aan solide en integere financiële instellingen in Nederland die hun verplichtingen en toezeggingen (blijven) nakomen.³⁶¹

DNB ziet voor de verzekeraars de volgende belangrijke uitdagingen:

- Herstel van vertrouwen;
- Consolidatie in een krimpende markt;
- Bufferherstel, en
- Verbetering professionaliteit in het risicobeheer.³⁶²

³⁵⁷ www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/Verzekeraars-lanceren-Solidariteitsmonitor.aspx.

³⁵⁸ DNB, ‘Jaarverslag 2016’, p. 27.

www.dnb.nl/binaries/Jaarverslag_tcm46-356008.pdf.

³⁵⁹ DNB, ‘Jaarverslag 2016’.

³⁶⁰ Zie DNB document ‘Visie DNB toezicht 2014-2018’, www.dnb.nl/binaries/VoT_tcm46-304577.pdf.

³⁶¹ Zie DNB document ‘Visie DNB toezicht 2014-2018’, p. 6.

³⁶² www.dnb.nl/binaries/VoT_tcm46-304577.pdf, p. 10 ev.

In haar Overzicht Financiële Stabiliteit³⁶³ uit najaar 2015 stelde DNB ten aanzien van de herstel-mogelijkheden van de verzekeraars:

“De situatie in de verzekeringssector blijft daarbij zorgelijk: in tegenstelling tot pensioenfondsen zijn hun herstel-mogelijkheden beperkt terwijl de winstgevendheid van de verzekeraars onder druk staat door de afnemende vraag naar levensverzekeringsproducten.”

DNB erkent dat de Nederlandse regelgeving op onderdelen strenger is dan soortgelijke wetgeving in de andere EU-lidstaten.³⁶⁴

“Daarbij is de Nederlandse regelgeving op enkele onderdelen strenger dan die in Europa. Ook daar zijn goede redenen voor. Een klein land met grote banken staat bloot aan specifieke financiële stabiliteits-risico's.”

Hierbij onderkent de prudentiële toezichthouder op de verzekeraars de aandacht voor het cumulatieve effect van de regelgeving en geeft aan dat de winstgevendheid van de financiële instellingen niet nodeloos onder druk gezet mag worden. DNB gaat echter niet in op het effect van de strengere Nederlandse regelgeving voor het gelijke speelveld op de interne Europese verzekeringsmarkt.

Desondanks blijft een gelijk speelveld van groot belang enerzijds voor het bestaan van deze interne markt en anderzijds voor de gelijke kansen van de marktpartijen op deze markt. Hoe wordt de concurrentiepositie van Nederlandse financiële instellingen beïnvloed op de interne markt waar ze moeten concurreren met ondernemingen uit andere lidstaten welke niet noodzakelijkerwijs de visie van DNB delen en wellicht voor minder strengere regelgeving/handhaving kiezen?

Hoewel de onder het toezicht staande ondernemingen aanzienlijk last blijken te hebben van de stijgende regeldruk is DNB van mening dat deze aanvullende regelgeving onderdeel uitmaakt van een dringend noodzakelijk herstelwerk dat de kans van een nieuwe financiële crisis in Nederland moet verkleinen.³⁶⁵

DNB stelde in het onderzoeksrapport ‘Technologische innovatie en de Nederlandse financiële sector’ dat de digitale revolutie kansen biedt voor bestaande verzekeraars en nieuwkomers op de markt.³⁶⁶ In haar ‘Jaarverslag 2016’ gaf DNB aan dat op de verzekeringsmarkt een toenemende concurrentie wordt verwacht van nieuwe toetreders en als gevolg van technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Hierbij zijn de nieuwkomers genoemd die inspelen op de mogelijkheden van big data en mobiele communicatie. Verder stelt DNB dat vooral de schadeverzekeringsmarkt toenemende concurrentie krijgt van buitenlandse verzekeraars.

*“Met de introductie van Solvency II is het prudentieel toezicht in Europa verder geharmoniseerd. De grote internationale partijen kunnen met investeringen in bijvoorbeeld nieuwe technologie profiteren van schaalvoordelen. Concurrentie van buitenlandse verzekeraars kan bijdragen aan de efficiëntie en maatschappelijke dienstbaarheid van de verzekeringssector. Tegelijkertijd zijn er ook kansen voor Nederlandse verzekeraars om buitenlandse activiteiten te ontplooiën en daarmee schaalvoordelen te benutten en risico's meer internationaal te spreiden”.*³⁶⁷

Voor de komende jaren verwacht DNB de grootste impact van deze technologische ontwikkelingen en digitalisering te zien bij schadeverzekeringen. Volgens DNB kan de opkomst van InsurTech meer diversiteit in de sector brengen en dankzij de toenemende concurrentie meer druk op betere producten en een lagere prijs.

DNB stelt vast dat er ook risico's verbonden zijn aan voornoemde technologische ontwikkelingen. Mogelijke risico's zijn:

- onvoldoende beveiliging van de data;
- ongeschiktheid van de bestaande ICT-systemen voor het inpassen van de innovatie;

³⁶³ Zie DNB, ‘Overzicht Financiële Stabiliteit’, najaar 2015, p. 12.

³⁶⁴ Zie DNB document, ‘Visie DNB toezicht 2014-2018’, p. 25.

³⁶⁵ Zie DNB document, ‘Visie DNB toezicht 2014-2018’ p. 25.

³⁶⁶ Zie Verbond, ‘Verzekerd!’ Nummer 2, juni 2016, p. 23.

³⁶⁷ DNB, ‘Jaarverslag 2016’.

- hoge kosten voor het in stand houden van de ondersteunende systemen voor de closed book-producten³⁶⁸.

In haar onderzoekdocument ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’ gepubliceerd in december 2016 gaf DNB aan bewust te zijn van de internationale context en de concurrentiedruk vanuit de interne markt:

“Vooral de schadeverzekeringsmarkt krijgt naar verwachting te maken met een toenemende concurrentie van buitenlandse verzekeraars. Met de introductie van Solvency II is het prudentieel toezicht en het level playing field in Europa verder geharmoniseerd. De grote internationale partijen kunnen met investeringen in bijvoorbeeld nieuwe technologie profiteren van schaalvoordelen. In hun voordeel is ook dat ze de zakelijke markt een breder pakket grensoverschrijdende diensten kunnen bieden in vergelijking met de vaak kleinere binnenlandse partijen.”

Tegelijkertijd constateerde DNB dat, alhoewel met de introductie van Solvency II ofwel richtlijn Solvabiliteit II belangrijke stappen zijn gezet in de harmonisatie van de wet- en regelgeving, die van toepassing is op de verzekeraars, er nog steeds verschillen blijven bestaan onder andere *“omdat landen de overgangmaatregelen verschillend hebben ingevoerd. Zo worden de overgangmaatregelen voor de rentecurve en technische voorzieningen niet gebruikt door Nederlandse verzekeraars, maar wel door verzekeraars in bijvoorbeeld Duitsland en het Verenigd Koninkrijk”*.³⁶⁹

Gerelateerd aan het voornoemde onderwerp van internationale concurrentiedruk deed DNB de volgende aanbeveling aan de verzekeraars:

*“Betrek bij de strategische besluitvorming ook de mogelijkheid om internationale activiteiten te ontplooiën, waarbij potentiële groei en de voordelen van diversificatie worden afgewogen tegen bijkomende risico’s en kosten.”*³⁷⁰

Hierbij gaf DNB tevens de volgende aanbeveling voor beleidsmakers en toezichthouders:

*“Neem het voortouw tot het opheffen van onnodige barrières die internationalisering in de weg staan.”*³⁷¹

4.5.2. De AFM

De AFM houdt gedragstoezicht op de financiële markten: op de activiteiten verbonden aan sparen, beleggen, verzekeren en lenen.³⁷²

De AFM heeft als doel om te zorgen voor het vertrouwen van het publiek, bedrijfsleven en overheid in de financiële markten. Verder is voor de AFM van groot belang om ervoor te waken dat de financiële markten op een duidelijke en eerlijke manier werken.³⁷³ De activiteiten van de AFM zijn gericht op het gedrag van de ondernemingen die op de financiële markt opereren.³⁷⁴

In haar artikel uit 2014 over het verandervermogen van de verzekeraars³⁷⁵ koos de AFM ervoor om de verzekeraars zelf aan het woord te laten. De bestuurders van verschillende verzekeraars, die aan het onderzoek van de AFM over het verandervermogen van verzekeraars hebben deelgenomen en aan dit artikel hebben meegewerkt, reflecteren op wat het uitgevoerde onderzoek voor hun organisatie betekende en hoe ze zelf tegen het verandervermogen van hun organisatie aankijken. Hierbij hebben ze het over de vier pijlers

³⁶⁸ Closed-book producten zijn verzekeringsproducten, die niet meer worden verkocht, maar voor bestaande klanten nog jaren doorlopen, bijvoorbeeld sommige levensverzekeringen. Het in stand houden van de ondersteunende systemen voor zulke producten brengt voor de verzekeraars hoge kosten met zich mee.

³⁶⁹ Zie het DNB document ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’ december 2016, p. 20.

³⁷⁰ Zie het DNB document ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’ van december 2016, p. 7.

³⁷¹ Zie het DNB document ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’ van december 2016, p. 7.

³⁷² Art. 1:25 Wft houdt de taakomschrijving van de AFM in: gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. De AFM heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het gedragstoezicht op financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.

³⁷³ Zie www.afm.nl/nl-nl/over-afm.

³⁷⁴ Als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) draagt de AFM onafhankelijk de verantwoordelijkheid voor de concrete uitoefening van het toezicht, dus ook voor de beslissingen in individuele gevallen.

³⁷⁵ Zie hierbij het nieuwsbericht en link naar het artikel ‘Meer aandacht voor reflectief leren door het onderzoek naar verandervermogen’, te raadplegen op www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/juli/verzekeraars-aan-het-woord.

van het door de AFM uitgevoerde onderzoek: (1) de veranderbereidheid, (2) de doorvertaling van de visie, (3) de daadwerkelijke uitvoering en (4) het reflectief leren.³⁷⁶

Hierbij wordt het belang van reflectief leren onderstreept en wordt voorgenomen om in de toekomst hiervoor meer tijd vrij te maken en bewuster te zijn van het belang van dit onderdeel van een veranderproces.

Een belangrijke conclusie van het onderzoek van de AFM was dat verzekeraars hun communicatie over hun strategie nog verder kunnen optimaliseren; wie zijn ze, wat doen zij en waarom doen ze wat ze doen.³⁷⁷

Op 8 juni 2015 bracht de AFM een Position paper uit over de toekomst van de verzekeringssector.³⁷⁸ Hierin is ingegaan op vraag “*waar innovatie kan helpen bij het komen tot toekomstbestendige bedrijfsmodellen*”.³⁷⁹

In deze Position paper wordt ook kort ingegaan op de situatie die wordt waargenomen binnen de Nederlandse verzekeringssector en geconcludeerd dat de verzekeringsbranche onder druk staat. Mogelijke oorzaken hiervan zijn eveneens behandeld. Deze kunnen, aldus de Position paper, gezocht worden in de krimp in de markt van levensverzekeringen en de lage rentestand. In de Position paper wordt tevens onderstreept dat, ondanks de druk op het optimaliseren van de bedrijfsvoering (wat vrij vertaald kostenbesparing betekent), verzekeraars de risico's op hun waarde moeten blijven schatten en bewust moeten blijven van hun gedrag richting de klant. De AFM erkende dat de technologische innovaties op verzekeringsgebied van belang kunnen zijn voor de klant: “*Technologische ontwikkelingen bieden kansen om te innoveren en bedrijfsmodellen toekomstbestendig te maken in het belang van de klant.*”³⁸⁰

Hieraan wordt gelijk toegevoegd dat de opkomst van InsurTech wel nieuwe toezichtvragen met zich meebrengt:

*“Denk aan veiligheidsrisico's door het gebruik van klantdata. Technologische innovatie biedt ook mogelijkheden voor manipulatie.[...]Gekoppeld aan technieken van online beïnvloeding bestaat het risico dat misbruik wordt gemaakt van onwetende consumenten.”*³⁸¹

De AFM waarschuwt verder dat de toetreding van ‘branchevreemde’ techbedrijven - zoals Google, Apple en Facebook - het toezicht in Nederland en Europa voor grote dilemma's zou kunnen plaatsen.

De AFM ziet nieuwe kansen voor de levensverzekeraars, onder meer bij het ontwikkelen van de tweede- en de derde pijler pensioenproducten³⁸², het ontwikkelen van nieuwe producten die beter aansluiten bij de gewijzigde behoeften van consumenten en een juiste aansluiting tussen het verzekeringsproduct en de doelgroep aan wie deze producten worden verkocht.

4.5.3. De ACM

De ACM houdt toezicht op het marktgedrag van de verzekeraars.³⁸³ De regelgeving met betrekking tot de concurrentie op de markt, en meer specifiek de markt voor de verzekeringsproducten, is enerzijds gebaseerd op rechtsrechtelijke Europese verordeningen en anderzijds op de nationale wetgeving (Mededingingswet, de Aanbestedingswet en de Wft). De op dit onderwerp toepasselijke regelgeving bevat daarnaast algemene maatregelen van bestuur, ministeriële beleidsregels, richtsnoeren en beleidsregels van de ACM.

Voor dit onderzoek zijn vooral twee Europese verordeningen: Verordening nr. 1/2003³⁸⁴ en Verordening nr. 139/2004³⁸⁵ van belang.

³⁷⁶ DNB en de AFM deden samen onderzoek naar het verandervermogen van organisaties. Na afloop van dit onderzoek vroeg AFM diverse bestuurders van de aan het onderzoek deelnemende verzekeraars om reflectie.

³⁷⁷ Zie www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/juli/verzekeraars-aan-het-woord.

en www.dnb.nl/binaries/Model%20Verandervermogen_tcm46-302244.pdf

³⁷⁸ Zie hierbij de Position paper Commissie Verzekeraars aan de leden van de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten Generaal, te raadplegen via www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/juni/position-paper-verzekeraars.

³⁷⁹ Zie Position paper Commissie Verzekeraars, te raadplegen via www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/juni/position-paper-verzekeraars,

³⁸⁰ Zie Position paper Commissie Verzekeraars.

³⁸¹ Zie Position paper Commissie Verzekeraars.

³⁸² Onder de tweede pijler wordt pensioenopbouw via de werkgever bedoeld. Individuele verzekeringen (zoals lijfrenten, koop-sommen en levensverzekeringen) vormen de 3e pijler. Via deze producten wordt fiscaal aantrekkelijk gespaard voor extra pensioen.

³⁸³ Zie www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/onze-missie.

³⁸⁴ Zie Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *OJ L 1*, 4.1.2003, p. 1–25.

³⁸⁵ Zie Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van de Europese Unie van 20 januari 2004 betreffende controle op concentraties van ondernemingen, *OJ L 24*, 29.1.2004, p. 1–22.

Uitgaande van de onderzoeksvraag van dit proefschrift wordt hierna vooral aandacht besteed aan de rol van de ACM als toezichthouder op het gebied van concurrentie, de rol van de marktmeester. Een gelijk speelveld op de financiële markt is immers een onderwerp dat voornamelijk de concurrentiepositie van de financiële instellingen raakt. Beleid van de ACM gericht op marktwerking en deregulering³⁸⁶ is bedoeld om (startende) bedrijven de mogelijkheid te geven en waar mogelijk eenvoudiger te maken om toegang te krijgen tot de markt voor financiële diensten. Voor wat betreft de verzekeraars streeft de ACM naar meer concurrentie binnen de branche.³⁸⁷

Alhoewel de afgelopen jaren de ACM in haar Monitor Financiële Sector geen sterke aanwijzingen van concurrentiebeperking op de verzekeringsmarkt signaleerde, mag het onderwerp markttoegang wel op aandacht van de ACM rekenen.³⁸⁸ In haar onderzoek uit 2016 naar de concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen concludeerde de ACM o.a. dat de grote zorgverzekeraars onvoldoende prikkels hebben om zich van elkaar te onderscheiden en nog meer marktaandeel te winnen.³⁸⁹ Uit een vervolgonderzoek zou moeten blijken wat de redenen zijn van de door de ACM geformuleerde conclusie dat de zorgverzekeraars onvoldoende prikkels hebben om alle beschikbare ruimte en mogelijkheden op de markt te gebruiken en in hoeverre dit gedrag van de zorgverzekeraars ook schadelijke effecten heeft voor de consument.³⁹⁰

In december 2009 had de voorganger van de ACM (NMa) een visiedocument³⁹¹ opgesteld over haar standpunt betreffende de positie van de individuele zorgaanbieders ten opzichte van de zorgverzekeraars. Aanleiding voor de aandacht van de NMa waren de berichten vanuit zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars. Uit deze signalen bleek dat in de onderhandelingen tussen deze partijen te weinig aandacht werd besteed aan de kwaliteit van de zorg zelf. Tevens is gesignaleerd dat individuele zorgaanbieders onvoldoende weerwoord zouden kunnen bieden aan zorgverzekeraars die als dominant werden ervaren. Nu zorgaanbieders een verbod kennen op collectief onderhandelen en zorgverzekeraars steeds machtiger worden, kan dit tot een verslechtering van het zorgaanbod leiden, aldus de publicatie van de NMa.³⁹² Eind 2016 heeft de ACM een onderzoek uitgevoerd naar toetredings- en groeidrempels op de Nederlandse verzekeringsmarkt.³⁹³ In het op 25 januari 2017 uitgebrachte rapport nam de ACM de volgende belangrijke drempels in de concurrentie tussen de zorgverzekeraars waar:

- hoge kapitaaleisen;
- beperkte mogelijkheden voor zorgverzekeraars om aan de kapitaaleisen te voldoen;
- reguleringsonzekerheid;
- en het traject voor het verkrijgen van een vergunning.³⁹⁴

Ook de werking van de co-assurantiemarkt³⁹⁵ kan op de bijzondere aandacht van de ACM rekenen. De spel theoretische analyse van het Tilburg Law & Economics Center (TILEC)³⁹⁶ (uitgevoerd in opdracht van de

³⁸⁶ Zie rapport 'Nieuw leven voor verzekeraars', p. 23.

³⁸⁷ Zie hierbij de ACM tussenrapportage inzake

'Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen' van februari 2016,

www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15504/Tussenrapportage-concurrentie-op-markt-voor-zorgverzekeringen/.

³⁸⁸ Zie hiervoor de tussenrapportage inzake 'Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen' van februari 2016.

³⁸⁹ Zie ACM, 'Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen' van februari 2016, p. 26.

³⁹⁰ Zie ACM, 'Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen' van februari 2016, p. 26.

³⁹¹ Zie het visiedocument van de NMa van december 2009, 'Individueel en collectief onderhandelen tussen vrijgevestigde extramurale zorgaanbieders en zorgverzekeraars', www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7084/Individueel-en-collectief-onderhandelen-zelfstandig-externe-zorgaanbieders-en-verzekeraars/.

³⁹² www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7084/Individueel-en-collectief-onderhandelen-zelfstandig-externe-zorgaanbieders-en-verzekeraars/.

³⁹³ Het gaat om de publicatie van de ACM: 'Rapport Toetredings- en groeidrempels op de verzekeringsmarkt', zaaknummer 15.0703.25, van 25.01.2017.

Rapport is te downloaden op:

www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16904/Toetredings--en-groeidrempels-op-de-zorgverzekeringsmarkt/.

³⁹⁴ Zie de publicatie van de ACM: 'Rapport Toetredings- en groeidrempels op de verzekeringsmarkt', zaaknummer 15.0703.25, van 25.01.2017.

³⁹⁵ Co-assurantie is een vorm van verzekeren waarbij meerdere verzekeraars ieder een deel van een bepaald risico dekken. Deze vorm van verzekeren wordt met name gebruikt bij relatief grote risico's, waarbij de verzekeraars, die meetekenen op het risico, afzonderlijk vaak niet bereid zouden zijn om 100% van het risico te verzekeren. Circa 40 procent van zakelijke verzekeringen, met name brandverzekeringen voor gebouwen, wordt in co-assurantie afgesloten.

NMa³⁹⁷ in 2012) maakte duidelijk onder welke omstandigheden co-assurantie tot een lagere premie voor de afnemer leidt dan een verzekering die door één verzekeraar wordt gedekt. Uit het rapport ‘Co-assurantie vanuit speltheoretisch perspectief’³⁹⁸ bleek dat de premie voor de verzekeringnemer lager wordt naarmate er meer verzekeraars op het te verzekeren risico bij een aanbesteding inschrijven. Naast het aantal inschrijvende verzekeraars zijn ook de details van de aanbestedingsregels van grote invloed op de hoogte van de premie. Op basis van voornoemd onderzoek van TILEC heeft de NMa aan afnemers van co-assurantieverzekeringen aanbevolen om deze via openbare procedures aan te besteden in plaats van via niet-openbare procedures, met het doel dat zoveel mogelijk verzekeraars inschrijven op de aanbesteding.³⁹⁹ Tevens werd aan de afnemers aanbevolen om voor het geval de aanbesteding door een assurantiemakelaar wordt uitgevoerd de diensten van deze assurantiemakelaar zelf te betalen. Een beloning door de verzekeraars aan de assurantiemakelaar kan immers ertoe leiden dat deze laatste niet voldoende rekening houdt met de belangen van de verzekeringnemer.

In 2010 ging de NMa akkoord met een toezegging van verzekeringsmaatschappijen en assurantiemakelaars om vier verzekeringspools op te heffen of in ieder geval zodanig aan te passen dat ze geen strijd opleveren met het mededingingsrecht. Vanuit mededingingsrecht gezien kan immers een pool⁴⁰⁰ (waarbinnen verzekeraars gezamenlijk een product aanbieden) de concurrentie tussen de verzekeraars beperken. Als reactie op de mogelijke mededingingsbeperkende effecten van een verzekeringspool heeft het Verbond een protocol opgesteld waarmee verzekeraars kunnen beoordelen of een pool in overeenstemming is met de mededingingsregels. Dit moet ervoor zorgen dat voor de toekomst verzekeringspools geen strijd opleveren met het mededingingsrecht⁴⁰¹ en hiermee voor het beter functioneren van de verzekeringsmarkt en de concurrentie tussen de verzekeraars.

4.6. Onderzoekers over de verzekeringsmarkt

Naast de berichtgeving en standpunten van de verzekeraars, brancheorganisaties en de toezichthouders publiceren adviesbureaus, externe onderzoekers ook regelmatig hun visie over de ontwikkelingen in de verzekeringsbranche en hun inzichten over specifieke aspecten van de verzekeringsmarkt. Hieronder is een selectie van dergelijke onderzoeken (onderzoek KPMG, onderzoek Commissie Verzekeraars, onderzoek van Duisenberg School of Finance, onderzoek International Monetary Fund) opgenomen, met de bedoeling om ook vanuit dit perspectief de Nederlandse verzekeringsbranche te belichten.

Uit het onderzoek van KPMG uit 2015 naar de Nederlandse verzekeringsmarkt⁴⁰² komen de volgende trends naar voren:

- digitalisering;
- verouderde IT-systemen;
- verzadigde markt,
- lage rentestand;
- consolidatie en overnames;
- wet- en regelgeving;
- kritische consumenten;
- herstel van vertrouwen;
- verschuiving naar eenvoudige producten;
- technologische ontwikkelingen die voor nieuwe risico’s zorgen.

³⁹⁶ Zie het onderzoeksrapport in opdracht van de NMa (voorganger van de ACM) van TILEC: ‘Co-assurantie vanuit speltheoretisch perspectief’ uit oktober 2011.

www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7177/Studie-naar-de-werking-van-de-co-assurantiemarkt/.

³⁹⁷ NMa is de voorganger van de ACM.

³⁹⁸ Zie www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/6663/NMa-benadrukt-belang-openbare-aanbestedingen-bij-co-assurantie/

³⁹⁹ Zie www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7177/Studie-naar-de-werking-van-de-co-assurantiemarkt/

⁴⁰⁰ Voor de onderhavige uitspraak van NMa ging het om pools voor de aansprakelijkheidsverzekering voor notarissen, advocaten, accountants en assurantiëtussenpersonen en makelaars.

⁴⁰¹ Zie www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5471/NMa-meer-ruimte-voor-concurrentie-tussen-verzekeraars/

⁴⁰² Zie KPMG, ‘Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015’, november 2015.

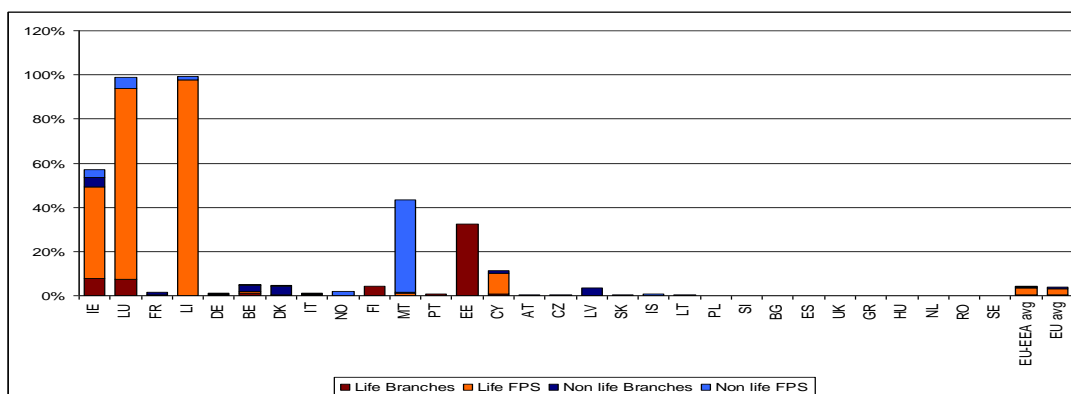
Bij een onderverdeling naar de zorgverzekeringen-, levensverzekeringen en schadeverzekeringenmarkt stelde KPMG⁴⁰³ dat bij de schadeverzekeringen de markt in grote mate verzadigd is en de concurrentie sterk. Deze trends leiden tot lage en stabiele premies en het uitblijven van de groeimogelijkheden. Aangezien de verzekeringspremies sterker dalen dan de claims worden de verzekeraars voor een positief nettoresultaat steeds meer afhankelijk van hun beleggingsopbrengsten.⁴⁰⁴

Voor de toelichting uit deze paragraaf is verder het Rapport Commissie Verzekeraars genaamd “*Nieuwe leven voor verzekeraars*” van 5 maart 2015⁴⁰⁵ relevant. De Commissie Verzekeraars was een onafhankelijk, door de minister van Financiën ingestelde commissie, die onderzoek deed naar hoe de verzekeringssector zijn maatschappelijke rol toekomstbestendig kan vervullen.⁴⁰⁶

In haar rapport ‘*Nieuw leven voor verzekeraars*’⁴⁰⁷ uit 2015 stelde de Commissie Verzekeraars⁴⁰⁸ dat de Nederlandse verzekeringssector voor grote uitdagingen staat.⁴⁰⁹ Tegelijkertijd zag de Commissie Verzekeraars ook dat in de markt vraag is naar nieuwe verzekeringsproducten en onderstreepte de rol van de verzekeraars als belangrijke (lange termijn) investeerders.

De Commissie Verzekeraars zag groeimogelijkheden voor de verzekeringssector in het benutten van de Europese interne markt. Onderzoek toont aan dat op dit moment het aandeel van de Nederlandse verzekeraars op de interne markt gering is.⁴¹⁰ Daartegenover zijn buitenlandse verzekeraar in Nederland wel steeds actiever geworden. In 2014 was 14% van alle verzekeringsovereenkomsten (inclusief zorgverzekeringen) betreffende in Nederland gelegen risico’s door buitenlandse verzekeraars afkomstig uit een andere EU lidstaten verzekerd en 3% van het totaal aantal overeenkomsten (inclusief zorgverzekeringen) betreffende in Nederland gelegen risico’s werden door een aanbieder met zetel buiten de EU gesloten.⁴¹¹

Tabel 5. Aandeel totale (geëxporteerde) grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten via vrije dienstverrichting in de EU-EER landen.



Tabel 5 gaat over het aandeel van de verzekeraars met zetel in Nederland bij het verzekeren van risico’s gelegen in andere lidstaten. Tabel 6 laat zien de percentage buitenlandse verzekeraars die risico’s gelegen in Nederland verzekeren. Alhoewel het aandeel van de buitenlandse verzekeraars bij het verzekeren van de in Nederland gelegen risico’s nog gering is ten opzichte van andere landen, valt ook het verschil op tussen dit

⁴⁰³ Zie KPMG, ‘Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015’, november 2015.

⁴⁰⁴ Zie KPMG, ‘Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015’, november 2015, p.10.

⁴⁰⁵ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financiële-sector/documenten/rapporten/2015/03/05/rapport-commissie-verzekeraars.

⁴⁰⁶ www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/03/28/commissie-verzekeraars-ingesteld.

⁴⁰⁷ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financiële-sector/documenten/rapporten/2015/03/05/rapport-commissie-verzekeraars.

⁴⁰⁸ De Commissie Verzekeraars is bij besluit van de minister van Financiën van 3 april 2014 ingesteld op verzoek van de Tweede Kamer met als doel om te onderzoeken of er belemmeringen zijn in het overheidsbeleid en de regelgeving die de verzekeringssector hinderen in het vervullen van zijn maatschappelijke rol van het spreiden en beheersbaar maken van risico’s en het verzorgen van langetermijninvesteringen in de economie.

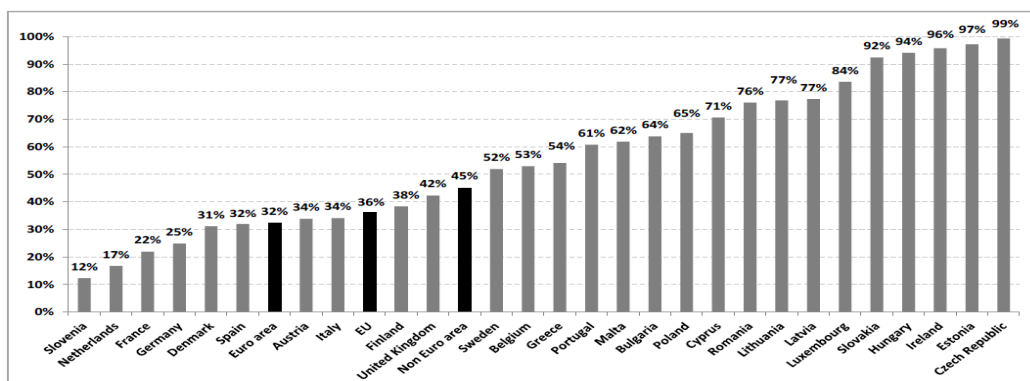
⁴⁰⁹ Zie rapport ‘Nieuw leven voor verzekeraars’, p. 5.

⁴¹⁰ Bron: European Commission, DG Internal Market and services, gebaseerd op CEIOPS en Insurance Europe (voorheen CEA) data, 2010.

⁴¹¹ Schoenmaker, D. en J. Sass (2014), ‘Cross-Border Insurance in Europe’, Duisenberg School of Finance Policy Papers, No. 45.

aandeel van de buitenlandse verzekeraars en het aandeel van de Nederlandse verzekeraars bij het verzekeren van buiten Nederland gelegen risico's.

Tabel 6 Aandeel buitenlandse verzekeraars in de nationale verzekeringsmarkten



Tabel 6 geeft overigens een vertekend beeld weer aangezien hier de Nederlandse zorgverzekeringen ook zijn meegeteld bij de totale Nederlandse schademarkt terwijl dit in de meeste EU-landen niet het geval is ofwel maar een klein deel van private zorgverzekeringen meetellen. Duidelijk is dat het aandeel buitenlandse verzekeraars voor de verzekeringsmarkt exclusief zorgverzekeringen veel groter is dan de in tabel 6 opgenomen 17%.

Uit het *Financial Sector Assessment Program, Technical Note Insurance and Pension Sector* van de International Monetary Fund (IMF) inzake Nederland⁴¹² is ook informatie opgenomen betreffende het aandeel buitenlandse tekening ten aanzien van in Nederland gelegen risico's.

In dit rapport dat gepubliceerd is op 13 april 2017 is de deelname van buitenlandse verzekeraars berekend op basis van het percentage geboekte premie in 2014.

“In the non-life sector, the foreign insurers account for over 50 percent of the premium. The three legal forms used by insurers are equally important: subsidiaries (22 percent); branches (18 percent); and cross-border insurers under the FOS provision (14 percent)”.⁴¹³

Tabel 7. Percentage premie-inkomsten buitenlandse verzekeraars in Nederland, 2014, (in miljoenen euro)

	Life	Non-life	Total
Total Premium	17,578	11,250	28,828
Branch offices	0.39	17.54	7.08
Free provision of services	0.48	13.87	5.71
Subsidiaries	4.49	21.96	11.31
Total foreign insurers	5.36	53.37	24.10

Source: Dutch authorities.

Note: Non-life insurance does not include health insurance.

Het rapport van de Commissie Verzekeraars onderstreepte de groeimogelijkheden van de Nederlandse verzekeraars op de interne markt. Dit rapport stelde dat een belangrijke voorwaarde hiervoor ligt bij de geharmoniseerde regelgeving en gecoördineerd⁴¹⁴ toezicht. Dit sluit aan bij de doelstellingen van de per

⁴¹² IMF: Kingdom of the Netherlands-Netherlands: Financial Sector Assessment Program: Technical Note-Insurance and Pension Sectors, 13.04.2017.

www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2017/04/13/Kingdom-of-the-Netherlands-Netherlands-Financial-Sector-Assessment-Program-Technical-Note-44819.

⁴¹³ IFM: Kingdom of the Netherlands-Netherlands: Financial Sector Assessment Program: Technical Note-Insurance and Pension Sectors, 13.04.2017, p. 55.

⁴¹⁴ Zie rapport ‘Nieuw leven voor verzekeraars’, p. 56.

januari 2016 in werking getreden richtlijn Solvabiliteit II. Voor de implementatie van deze richtlijn geldt maximumharmonisatie. Een dergelijke maximumharmonisatie biedt in theorie geen ruimte voor de nationale wetgever om extra regels te stellen, of de in de richtlijn gestelde regels aan te vullen met strengere regels ten aanzien van een bepaald groep van verzekeraars. Richtlijn Solvabiliteit II en de implementatie hiervan in de nationale wetgeving is echter niet de enige wetgeving die van toepassing is op de verzekeraars. Er blijven immers voldoende nationale regelingen over die op Europees niveau nog geen eenvormige regeling kennen (zie provisieverbod, beloningsbeleid en overige onderdelen van wet- en regelgeving die geen Europese oorsprong heeft) waardoor van harmonisatie nog geen sprake is.

Het onderzoek van Schoenmaker en Sass uit 2014 inzake de grensoverschrijdende verzekeringen in Europa⁴¹⁵ geeft aan dat verschillen tussen de landen voor wat betreft mate van ingaande en uitgaande grensoverschrijdende verzekeringen mogelijk gerelateerd kunnen worden aan een hoge mate van volwassenheid en concurrentie binnen het desbetreffende land. Dat zou dus betekenen dat, zodra de concurrentie in het zetland een hoog niveau bereikt en de markt verzadigd raakt grote verzekeraars een uitweg zoeken naar de interne markt (vroeger vooral naar de Oost-Europese landen).⁴¹⁶

Uitgaande van de waarnemingen van de branche⁴¹⁷, toezichthouders en derden kan voornoemde theorie dat de Nederlandse verzekeringsmarkt een volwassen en tevens verzadigde markt is, tot de volgende twee conclusies leiden:

1. De Nederlandse verzekeringsmarkt is klaar voor een expansie naar de interne markt.
2. Uitblijven van deze expansie zou betekenen dat er voldoende reden is om te twijfelen aan enerzijds de constatering dat de Nederlandse verzekeringsmarkt een volwassen en verzadigde markt is en anderzijds de theorie van Schoenmaker en Sass.

Nederlandse verzekeraars verzekeren immers, conform tabel 5 van deze paragraaf, nog een zeer gering aandeel van de risico's gelegen in andere lidstaten en op de Nederlandse verzekeringsmarkt worden steeds meer buitenlandse verzekeraars actief (zie onderzoeksresultaten IMF).

4.7. Actuele ontwikkelingen op de verzekeringsmarkt

Hieronder worden drie voor de interne verzekeringsmarkt relevante trends kort toegelicht. Deze trends hebben aanknopingspunten met de interne markt.

4.7.1. Europese samenwerking

De moeizame en langdurige ontstaansgeschiedenis van richtlijn Solvabiliteit II (datum inwerkingtreding: 1 januari 2016) die volgens de officiële verklaring deels te wijten is aan de vertraagde introductie van het Omnibus II-voorstel⁴¹⁸, reflecteert de problemen in de samenwerking op het Europese niveau liggen en hoe moeilijk het is om tussen verschillende politieke/nationale belangen een weg te vinden naar een regeling, die voorziet in een nieuwe en moderne regelgeving voor verzekeraars en herverzekeraars, die op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd of zich daar wensen te vestigen.

De Europese samenwerking komt verder uitgebreid aan de orde in de volgende hoofdstukken van dit proefschrift.

4.7.2. Online aankoop

Via een speciale Eurobarometer werd in april en mei 2013 een onderzoek uitgevoerd naar de online aankoopactiviteiten van 27.563 inwoners (consumenten) van de Unie. In het kader van dit onderzoek werd ook aandacht besteed aan de grensoverschrijdende aankoopactiviteiten⁴¹⁹ van deze groep. Uit dit onderzoek

⁴¹⁵ Schoenmaker, D. en J. Sass (2014) 'Cross Border Insurance in Europe' Duisenberg School of Finance Policy Papers No. 45.

⁴¹⁶ Schoenmaker, D. en J. Sass (2014) 'Cross Border Insurance in Europe' Duisenberg School of Finance Policy Papers No. 45, p. 12.

⁴¹⁷ Zie het Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2016 van het Verbond. Hierin staat dat door de hevige concurrentie op een verzadigde markt de premies en de marges van de schadeverzekeraars onder druk staan. Zie p. 12.

⁴¹⁸ Een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2003/71/EG en 2009/138/EG. Het Omnibus II-voorstel doet ook dienst als instrument om Richtlijn 2009/138/EG aan te passen aan de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie door de bevoegdheidsoverdrachten aan de Commissie voor de vaststelling van uitvoeringsmaatregelen te wijzigen in bevoegdheidsoverdrachten aan de Commissie voor de vaststelling van uitvoerings- en gedelegeerde handelingen.

⁴¹⁹ Zie EC (2013a): European Commission, Single Market News # 67, 2013 ISSN 1830-5210 [http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn67/docs/smn67web_en.pdf].

bleek dat bijna de helft (45%) van de respondenten reeds online aankopen doet maar vooral bij nationale aanbieders (dus aanbieders afkomstig uit hun eigen land).

Uit een soortgelijk onderzoek uitgevoerd in 2014 en het op basis daarvan gepubliceerde rapport uit 2015⁴²⁰ getiteld *'De houding van de consument tegenover grensoverschrijdende handel en consumentenbescherming'* bleek dat meer dan de helft (58%) van de respondenten reeds online aankopen deed bij de nationale aanbieders en 19% bij aanbieders gevestigd in andere EU-lidstaten. Uit dit onderzoek bleek niet alleen het groeiende percentage online aankopen maar ook de belemmeringen die consumenten ondervonden bij online aankopen bij aanbieders buiten hun lidstaat. Deze belemmeringen hebben te maken met geoblocking⁴²¹ en andere vormen van discriminatie (zoals discriminatie op basis van nationaliteit of verblijfplaats).

Uit het in 2016 gepubliceerde rapport van de Commissie⁴²² blijkt dat 90% van de consumenten ervaring hebben met geoblocking of andere vormen van discriminatie bij het doen van online aankopen in een andere lidstaat. Eind 2016 heeft de Europese Raad van Ministers een akkoord⁴²³ bereikt over het wetsvoorstel dat ongerechtvaardigde geoblocking binnen de Unie moet verbieden. Dit verbod moet het voor de consumenten makkelijker maken om online aankopen te doen in een buitenlandse webwinkel.

Alhoewel de voornoemde onderzoeken en initiatieven niet specifiek zijn gericht op verzekeringsproducten zijn de uitkomsten ook relevant voor de verzekeringsbranche. Deze uitkomsten geven immers aan wat het potentieel is van mogelijke klanten die bereid zijn om voor een goed product en prijs op een online verzekeringsaanbod van binnen de EU in te gaan. Verder geven deze onderzoeken ook aan welke mogelijke belemmeringen consumenten moeten overwinnen teneinde een online (verzekerings)product te kunnen kopen van een aanbieder uit een andere lidstaat. Het wegnemen van deze belemmeringen kan tot wet- en regelgeving leiden die mogelijk ook van toepassing is op de verzekeraars.

Uit het onderzoek is verder gebleken dat de financiële en economische crisis voorafgaand aan het onderzoek het vertrouwen in de financiële sector en instituties bij het merendeel (63%) van deze consumenten negatief heeft beïnvloed.

Alhoewel verdere navraag bij deze consumenten liet zien dat onder de financiële instituties vooral de banken werden bedoeld is het onmogelijk om te vermijden dat van dit lage vertrouwen ook de verzekeringsbranche last heeft/zal krijgen.

Verder is naar aanleiding van dit onderzoek geconcludeerd dat het bereiken van de interne markt een lopend project is en blijft. Ondanks het feit dat sinds 1993 talloze belemmeringen zijn weggenomen. Er zijn immers nog vele problemen, die voornamelijk betrekking hebben op de dienstensector en verschillen in de wet- en regelgeving, die op dit moment nog niet opgelost zijn.

Uit het Groenboek van het Commissie uit 2015⁴²⁴ blijkt dat digitalisering en innovatie een belangrijke verandering hebben gebracht in de vorm van de financiële retaildienst.

Het consumentengedrag verandert ook waardoor deze groep van verzekeringnemers deels op andere wijze bereikt zal kunnen/moeten worden, bijvoorbeeld via apps, sociale media, platforms. Ook het claimgedrag van de consument verandert. Er wordt meer geclaimd en (voornamelijk negatieve) ervaringen rond behandeling van een claim worden veelvuldig gedeeld via sociale media.

Technologische oplossingen kunnen ertoe leiden dat specifieke, op het gedrag en gebruik toegespitste maatwerkoplossingen - bijvoorbeeld een autoverzekering die gelijk afgestemd is op het individueel gedrag en gebruik - kunnen worden aangeboden aan de consumenten.

Technologische vooruitgang brengt in principe een nieuwe mogelijkheid om grensoverschrijdende dienstverrichtingen van de aanbieders van verzekeringen aan consumenten en zakelijker klanten

⁴²⁰ Flash Eurobarometer 397 (2015), 'De houding van de consument tegenover grensoverschrijdende handel en consumentenbescherming',

<http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/2031>.

⁴²¹ Geoblocking is het fenomeen waarbij consumenten uit een ander EU land geen toegang krijgen tot een webwinkel of andere prijzen moeten betalen.

⁴²² Samenvatting van de antwoorden op de openbare raadpleging van de Commissie van 2015 over 'Geoblocking en andere geografische beperkingen bij het winkelen en bij toegang tot informatie in de EU', te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-geoblocking>.

⁴²³ Zie het akkoord van 28 november 2016, www.eu2016.sk/en/press-releases/geo-blocking-council-agrees-to-remove-barriers-to-e-commerce.

⁴²⁴ Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 11.

eenvoudiger, sneller en efficiënter te maken. Online dienstverlening faciliteert tevens een betere vergelijking van de diverse verzekeringsproducten.⁴²⁵

De Commissie ziet de digitalisering als een nieuwe mogelijkheid voor het verder ontwikkelen van de interne (verzekerings)markt:

“De ontwikkeling van online distributiekanaalen is van bijzonder belang op EU-niveau. Door het sluiten en ondersteunen van een verkoop op afstand gemakkelijker en goedkoper te maken voor aanbieders en consumenten, biedt digitalisering toegang tot een grote klantenbasis in de eengemaakte markt die kan profiteren van de beste beschikbare aanbiedingen. Digitalisering zou in principe grensoverschrijdende activiteiten moeten bevorderen zonder dat bedrijven zich in andere lidstaten hoeven te vestigen.”⁴²⁶

Ondanks de digitalisering en de daardoor gecreëerde kansen om ook aan de klanten uit andere lidstaten een verzekeringsproduct aan te bieden, ontmoeten verzekeraars problemen bij het benutten van de mogelijkheden die zijn verbonden aan verkoop op afstand. Deze moeilijkheden liggen voornamelijk in de verschillende eisen, die het nationale verbintenissenrecht als voorwaarde stelt, bij het sluiten van een overeenkomst. Deze regels kennen nog geen harmonisatie binnen de EU en houden vaak ook geen rekening met veranderingen in de technische mogelijkheden en voorkeuren van bedrijven en consumenten. Een voorbeeld hiervan is de eis van verificatie van originele documenten door een derde, bijvoorbeeld een postkantoor. Deze eis vormt een beperking ten aanzien van het gebruik van de op afstand ondertekende contracten.⁴²⁷

Voorname laat duidelijk zien dat technologische ontwikkelingen ook door de wetgever gevolgd zouden moeten worden. Dit kan de wetgever bijvoorbeeld doen door technologie onafhankelijke wetgeving. Hierdoor zouden de technologische ontwikkelingen beter gebruikt kunnen worden voor het aanbieden van verzekeringsproducten. Dit zou het aanbieden op afstand van verzekeringsproducten vergemakkelijken en ertoe bijdragen dat de mogelijkheden voor grensoverschrijdende dienstverlening beter benut worden.

Digitalisering verandert ook de wijze waarop klanten geïnformeerd worden alsmede de communicatie met de klanten en de afhandeling van schadeclaims en klachten. Door het beter benutten van de mogelijkheden, die digitalisering biedt, zouden verzekeraars meer mogelijkheden krijgen om ook klanten uit andere lidstaten te bedienen. Hierdoor zouden verzekeraars bij de nakoming van hun verplichtingen aan de verzekeringnemers/verzekerden en begunstigen (zoals het beantwoorden aan de verzekering en schade gerelateerde vragen, schadeafhandeling, klachtenafhandeling) niet belemmerd worden door afstand en de grenzen tussen de lidstaten.

Dat een volledig digitale afhandeling van verzekeringszaken mogelijk is bewijst de Nederlandse verzekeraar Inshared.⁴²⁸ Dit voorbeeld beperkt zich echter tot Nederland. Theoretisch zou een uitbreiding naar andere lidstaten wel mogelijk zijn.

Digitalisering kan verkoop op afstand van verzekeringsproducten verbeteren, goedkoper maken en klantenservice op afstand faciliteren.

4.7.3. Lage rente

Een andere belangrijke ontwikkeling, die zijn schaduw werpt op de verzekeringssector, is de aanhoudende lage rente. Voor verzekeraars kan een lage of negatieve rente grote gevolgen hebben.⁴²⁹

De effecten van de negatieve rente zijn het grootst bij de levensverzekeraars. Deze groep van verzekeraars was de afgelopen jaren, vanwege de lage rente, gedwongen om steeds meer vermogen aan te houden als zekerheid voor de toekomstige uitkeringen. Hoe lager de rente hoe meer druk staat op het vermogen van de levensverzekeraars.

De lage rente veroorzaakt volgens DNB de komende jaren een krimp van de omvang van de individuele levensverzekeringsportefeuilles.⁴³⁰ Tevens stelde DNB vast dat de huidige rente het voor de levens-

⁴²⁵ KPMG, ‘Mobile Banking 2015: Global trends and their impact on banks’, p. 21-22. KPMG suggereert dat de toegenomen betrokkenheid bij financiële producten die voortkomt uit onlinebankieren een actievere beoordeling van de potentiële mogelijkheden van de consument stimuleert.

⁴²⁶ Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 12.

⁴²⁷ Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 25.

⁴²⁸ Nederlandse online verzekeraar, www.inshared.nl.

⁴²⁹ Zie Verbond, ‘Financieel Jaarverslag Verzekeringsbranche 2016’, p. 12.

⁴³⁰ Zie het DNB document ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’ van december 2016, p. 4.

verzekeraars vrij ingewikkeld maakt om de in het verleden berekende rendementgaranties op hun producten waar te maken.⁴³¹

Uit de door de EIOPA in 2014 en 2016 uitgevoerde stresstest⁴³² onder Europese verzekeraars komt eveneens de rentegevoeligheid van de Nederlandse levensverzekeraars en pensioenfondsen naar voren.⁴³³

Rentebewegingen hebben verder ook effect op de waarde van de beleggingen die verzekeraars aanhouden ter dekking van hun verzekeringsverplichtingen. Afhankelijk van de rente-afdekkingsstrategie van de verzekeraar kan de renteschommeling per saldo een negatief of juist een positief effect hebben op de financiële positie van de onderneming. Lage rente heeft tevens ook gevolgen voor de mogelijkheden van de verzekeraars (onafhankelijk van de subbranche waarin ze opereren) om positieve rendementen te halen uit hun investeringen.⁴³⁴ Voornoemde negatieve effecten verbonden aan de lage rente of renteschommelingen gelden niet alleen voor de Nederlandse verzekeraars, maar hebben hun effect, weliswaar in verschillende mate, veroorzaakt door de diverse samenstelling van portefeuilles op de hele interne verzekeringsmarkt. Spreiding van de risico's door een gevarieerde portefeuille aan te houden lijkt een van de mogelijkheden voor de beheersing van de risico's verbonden aan de lage rente.

Een aanhoudend verschil⁴³⁵ tussen de Ultimate Forward Rate ofwel UFR-curve⁴³⁶ en de huidige lage rentes leidt ertoe dat de door de levensverzekeraars gedane beloftes aan de polishouders onrealistisch kunnen blijken. Verder kan een verschil tussen de UFR-curve en rente ertoe leiden dat levensverzekeraars een onjuist beeld hebben van hun werkelijke vermogenspositie of de marktwaarde van hun verzekeringsportefeuille. Een juist beeld van de vermogenspositie is echter van wezenlijk belang voor het bepalen van het dividendbeleid van de verzekeraar. Een correcte waardering van de verzekeringsportefeuille is bovendien van groot belang voor de berekening van de technische voorzieningen. Volgens DNB heeft het toegenomen verschil tussen de UFR-curve en rente tot gevolg dat het effect van de huidige lage rente maar deels zichtbaar is in de financiële rapportages van de verzekeraars. Dit brengt met zich mee dat de verzekeraars een reëel risico lopen aangezien hun solvabiliteitspositie een te rooskleurige weergave biedt van hun werkelijke financiële situatie.⁴³⁷

4.8. Conclusie

Het gebrek aan vernieuwing en maatwerk gaat enerzijds ten koste van de klanten die despecifieke risico's verbonden aan hun leven, gezondheid, eigendommen, beroep of bedrijf willen verzekeren en anderzijds van de bedrijfsresultaten van de verzekeraars. Verzekeraars vallen immers net als andere private ondernemers onder de wetten van de markteconomie en zijn voor hun voortbestaan en winstgevendheid afhankelijk van de markt en van hoeverre ze de klanten goed kunnen bedienen en daardoor binden.

In dit hoofdstuk is duidelijk gemaakt dat de (Nederlandse) verzekeringsbranche zich bewust is van het zware weer waarin de individuele verzekeraars zich bevinden en van de noodzaak om de mogelijkheden, die de markt en technologische ontwikkelingen bieden, te benutten. Verder zijn de verzekeraars ook bewust van de mogelijkheden van de interne markt, maar dit bewustzijn en daadwerkelijke grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten zijn zeer verschillend per afzonderlijke lidstaat.

Uit de overzichten gericht op de Europese verzekeringsmarkt komt een gevarieerd beeld naar voren inzake grensoverschrijdende verzekeringen zoals: grote diversiteit tussen de lidstaten, tussen inkomende en uitgaande verzekeringsactiviteiten en verschillen tussen de branches leven en schade. Ook ten aanzien van de

⁴³¹ Zie het DNB document 'Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector' van december 2016, p. 13.

⁴³² <https://eiopa.europa.eu/Pages/Financial-stability-and-crisis-prevention/Stress-test.aspx>

⁴³³ Zie het DNB document 'Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector' van december 2016, p. 13.

⁴³⁴ Zie het DNB document 'Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector' van december 2016, p. 26.

⁴³⁵ Het verschil tussen de vastgestelde UFR van 4,2% en de lage marktrentes is de afgelopen jaren gestaag toegenomen. Zie DNBBulletin: 'DNB zet in op aanpassing UFR voor verzekeraars naar een realistisch niveau', www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archieef/dnbulletin-2016/dnb341368.jsp.

⁴³⁶ Ultimate Forward Rate ofwel UFR is onderdeel van de rentecurve waarvan verzekeraars gebruik mogen maken bij het contant maken van de verplichtingen op de lange termijn. Daarbij is de hoogte van de UFR een op basis van berekeningen vastgesteld niveau waar de rentecurve voor looptijden langer dan twintig jaar naartoe groeit. Zie DNBBulletin: 'DNB zet in op aanpassing UFR voor verzekeraars naar een realistisch niveau'.

⁴³⁷ Zie DNBBulletin: 'DNB zet in op aanpassing UFR voor verzekeraars naar een realistisch niveau'.

wijze van distributie van verzekeringen en de dominante distributiekkanalen zijn grote verschillen waar te nemen tussen de lidstaten.

Belangrijke dossiers van de Nederlandse verzekeringsbranche zijn gericht op het klantbelang en veiligheid waaronder het beter benutten van beschikbare kennis en data voor risicobeheer en preventie. Innovatie is een belangrijk dossier van het Verbond en daarmee wordt het beeld bevestigd dat innovatie bij de Nederlandse verzekeraars voor een belangrijk deel van buiten wordt georganiseerd. De via het Verbond beschikbare ruime informatie over de prioriteiten van de branche bevat geen dossier betreffende de visie en strategie van de in Nederland gevestigde verzekeraars op de interne markt. Gelet op het groeiende percentage inkomende buitenlandse tekeningen in Nederland zouden Nederlandse verzekeraars en het Verbond meer aandacht moeten hebben voor de effecten van de interne markt. Daarnaast zouden de Nederlandse verzekeraars actief aandacht moeten besteden aan het veranderen van hun werkwijze, marktbenadering en het benutten van nieuwe samenwerkingsconcepten.

Uit de visie van de toezichthouder DNB op de verzekeraars blijkt niet wat het effect is van de mogelijk strengere Nederlandse wet- en regelgeving op de concurrentiepositie van de Nederlandse verzekeraars en het gelijke speelveld op de interne verzekeringsmarkt. DNB lijkt bewust te zijn van de internationale context waarbinnen verzekeraar opereren en van de hoge concurrentiedruk waarmee de Nederlandse verzekeraars te maken krijgen op de interne markt. Behalve een aansporing richting de verzekeraars om de mogelijkheden te overwegen van internationaal actief te zijn, blijft DNB stil over haar visie inzake de interne verzekeringsmarkt. De AFM onderstreept het belang van de innovatie maar lijkt verder niet bezig te zijn met de positie van de Nederlandse verzekeraars op de interne markt en eventuele kaders waarbinnen deze verzekeraars in de toekomst grensoverschrijdend zouden opereren. De ACM streeft naar meer concurrentie binnen de branche maar lijkt erg gericht te zijn op de bestaande marktpartijen en verhoudingen binnen de markt, zonder zich uit te spreken over haar visie over de concurrentiepositie van Nederlandse verzekeraars op de interne markt.

Uit het perspectief van de branche en toezichthouders lijkt de interne markt ver weg te staan en een begrip te zijn waarvan men weliswaar het bestaan kent maar weinig belangstelling voor heeft. Heel anders ziet de visie en input van de onderzoekers er uit over de Nederlandse verzekeraars. Ook in relatie tot de interne markt.

In dit hoofdstuk is vastgesteld dat er wel degelijk aandacht besteed wordt aan de veranderende marktpositie van de verzekeraars en aan de kansen, die ze beter zouden benutten, op de interne markt. Ook de ontwikkelingen binnen de verzekeringsmarkt zoals Europese samenwerking en online aankopen, kunnen beter benut worden voor het ontwikkelen van grensoverschrijdende verzekeringen. De aanhoudende lage rente zou verzekeraars moeten aansporen om hun activiteiten en risico te diversifiëren en hiermee op eigen kracht uit een negatieve spiraal te komen. Daarvoor biedt de interne markt voldoende kansen.

5. Interne markt en vrije dienstverrichting

5.1. Inleiding

De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.

Na een korte schets in hoofdstuk 4 van de Europese verzekeringsindustrie en de Nederlandse verzekeringsmarkt, wordt in dit hoofdstuk uitgebreid ingegaan op de relevante aspecten en begrippen verbonden aan de interne markt en het vrij verrichten van verzekeringsdiensten binnen de Unie.

Van de vier fundamentele vrijheden waarop de interne markt is gebaseerd, wordt het vrij verkeer van diensten en het daartoe opgestelde juridische kader uitgebreid behandeld. Hier komen het begrip interne markt, vrij verkeer en verrichten van diensten aan de orde, samen met de relevante bepalingen uit de Dienstenrichtlijn.

De vrije dienstverrichting op de interne markt kent een aantal specifieke aandachtspunten die in dit hoofdstuk ook aan de orde komen.

Alhoewel de Dienstenrichtlijn geen uitdrukkelijke toepassing kent op de financiële diensten, weerspiegelt wel het beleid dat de Unie beoogt te volgen inzake vrije dienstverrichting. Om die reden wordt deze richtlijn aan het einde van dit hoofdstuk ook behandeld.

5.2. Het begrip *interne markt*

De voorganger van het begrip *interne markt* is het uit Duitsland afkomstige begrip ‘binnenmarkt’. Begin vorige eeuw ontstond in Duitsland, tegen de achtergrond van vele afzonderlijke staten en staatjes, een streven naar een grotere economische eenheid en vrijheid door een collectieve eenheid te creëren als afscherming naar buiten toe. In dit verband werd veelal de term ‘Binnenmarkt’ gebruikt.⁴³⁸

In samenhang met de binnenmarkt werd ook gesproken van een ‘economische ruimte’ of van een ‘economische unie’. De als gevolg van dit streven opgerichte douane-unies mogen als voorlopers van het huidige begrip ‘interne markt’ en van de vier fundamentele vrijheden⁴³⁹ binnen de Unie worden gezien. Verder werd de binnenmarkt, naast een gezamenlijke economische ruimte, ook geassocieerd met een bepaalde mate van rechtszekerheid en rechtseenheid.⁴⁴⁰

Het via het EGKS-Verdrag ontwikkelde concept ‘binnenmarkt’ ligt aan de basis van het begrip ‘interne markt’ uit het VEU en VWEU. Deze interne markt is een belangrijk middel voor het bereiken van de integratie en samenwerking tussen de lidstaten en binnen de EU.⁴⁴¹

Het begrip ‘markt’ speelt een belangrijke rol in het nationale en internationale economisch recht. Hier gaat het echter niet om een algemeen juridisch begrip dat verder de basis zou kunnen bieden voor analyses inzake inhoud en rechtsgevolgen. De term ‘markt’ wordt van oudsher in ruimtelijke zin gebruikt en betekent de plaats waar gehandeld wordt. In de loop van tijd met de komst van de nationale staten, heeft het begrip markt steeds nieuwe betekenissen bijgekregen. Door de verschillende interpretatiemogelijkheden van dit begrip is het bijvoorbeeld ook niet eenvoudig om de relevante markt af te bakenen in het kader van de toepassing van de concurrentieregels uit het VWEU.⁴⁴² Verder brengen de voornoemde verschillende interpretatiemogelijkheden ook problemen met zich mee bij de beoordeling van de aan- of afwezigheid van het gelijke speelveld.⁴⁴³

Voor de interne markt is het bestaan van één markt een constitutief vereiste. Dit betekent ook dat de concurrentie op die markt niet moet worden verhinderd of vervalst⁴⁴⁴ en dat het gelijke speelveld dient te worden gewaarborgd.

⁴³⁸ Barents 2000, p. 222.

⁴³⁹ Zie hierbij vrij verkeer van goederen, personen, kapitaal en diensten.

⁴⁴⁰ Barents 2000, p. 222.

⁴⁴¹ Lauwaars & Timmermans, 2003, p. 178.

⁴⁴² Zie artikelen 101 t/m 106 VWEU.

⁴⁴³ Barents 2000, p. 226 en Schrauwen 1997, p. 67 e.v.

⁴⁴⁴ Barents 2000, p. 224.

Een ander kenmerk van de binnenmarkt is het beginsel van markteenheden.⁴⁴⁵ Markteenheden betekent dat de orde, die door het gemeenschapsrecht tot stand wordt gebracht, een materieel (daadwerkelijk) karakter heeft. Aan dit karakter zijn essentiële gevolgen verbonden voor de werkingssfeer en de aard van de regels en bevoegdheden die deze eenheid moeten garanderen.⁴⁴⁶

Deze markteenheden heeft tweetal gevolgen.

Ten eerste vloeit daaruit voort dat alles wat daadwerkelijk of mogelijk de ene markt kan verstoren, aan gemeenschappelijke regels zou moeten worden onderworpen.

Ten tweede brengt markteenheden met zich mee dat alle relevante gedragingen op gelijke wijze aan deze rechtsregels onderworpen moeten worden. Deze regels moeten binnen hun werkingssfeer op een eenvormige wijze worden geïnterpreteerd en toegepast.⁴⁴⁷ Dit is een belangrijke voorwaarde aangezien elke inbreuk op een gelijke uitleg en toepassing van de regels een directe of indirecte bedreiging vormt voor de markteenheden. Eenvormige uitleg en toepassing zijn dus een fundamentele vereiste voor het waarborgen van de markteenheden.

In haar document ‘Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw’⁴⁴⁸ uit 2007, stelde de Commissie een sterke, concurrerende en innovatieve interne markt voor. Deze visie bouwt voort op de bestaande solide basis van de interne markt en richt zich op domeinen die toegevoegde waarde kunnen bieden voor de hele Unie.

De Commissie deed reeds in 2007 de volgende aanbevelingen⁴⁴⁹ ten aanzien van de interne markt:

- De interne markt dient meer resultaten op te leveren voor de burgers, consumenten en het midden- en kleinbedrijf (MKB) en zal beter moeten inspelen op de verwachtingen en zorgen van de burgers.
- De interne markt moet voor consumenten voordelen blijven opleveren in de vorm van betaalbare, kwalitatief hoogwaardige, gevarieerde en veilige goederen en diensten.
- De interne markt moet zorgen voor juiste voorwaarden voor de groei van het MKB.
- De interne markt kan helpen om de globalisering beter te benutten, door als “*krachtige hefboom om de voordelen van de globalisering aan de Europeanen door te geven.*”
- De interne markt dient als springplank te functioneren voor bedrijven die de internationale markten willen bereiken.
- De interne markt dient nieuwe perspectieven te openen voor kennis en innovatie, door het steunen van kennis en technologie-intensieve goederen en diensten. Deze goederen en diensten worden immers als de motor van de toekomstige groei gezien.
- De interne markt moet een sterke sociale- en milieudimensie bevatten en om die reden zouden sociale- en milieuaspecten telkens moeten worden meegewogen bij het opstellen van het beleid ten behoeve van de interne markt.
- Het beleid gericht op de interne markt moet zorgen voor maatregelen die burgers en bedrijven in staat stellen om nieuwe kansen te benutten.

De op 28 oktober 2015 gepresenteerde routekaart van de Commissie inzake de interne markt is gericht op het ontplooiën van het volledige potentieel van de interne markt en het bieden van een springplank voor Europa om te kunnen floreren in de wereldeconomie.⁴⁵⁰ De maatregelen van de Commissie uit de routekaart zijn gericht op:

- Consumenten;
- Kleine en middelgrote en startende ondernemingen;

⁴⁴⁵ Barents 2000, p. 236.

⁴⁴⁶ Barents 2000, p. 236.

⁴⁴⁷ Barents 2000, p. 238 ev.

⁴⁴⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 20 november 2007 - Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw [COM(2007)724 definitief - niet in het Publicatieblad verschenen],

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=uriserv:l70004>.

⁴⁴⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 20 november 2007 - Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw [COM(2007)724 definitief - niet in het Publicatieblad verschenen].

⁴⁵⁰ Zie ‘Single Market Integration and Competitiveness in the EU and its member states’, Report 2015 van de Commissie, SWD(2015) 203 final, 28.10.2015.

- Innovatieve diensten;
- Professionals.⁴⁵¹

In haar Action plan on the Reinforcement of SOLVIT⁴⁵² stelde de Commissie:

“The Commission is committed to ensuring that citizens and businesses enjoy to the full all the benefits of the Single Market: its full potential in terms of new jobs and growth opportunities can only be realised when rights enshrined in EU legislation are well known to all actors, as well as fully and consistently respected across borders.”

5.3. Vrij verkeer van diensten op de interne markt

Vrij verkeer van diensten⁴⁵³ is een van de vier fundamentele vrijheden binnen de Unie. In de volgende paragrafen worden een aantal relevante aspecten verbonden aan deze vrijheid nader toegelicht, met als doel om achtergrond en ontwikkeling van deze aspecten te verhelderen. Deze informatie dient voor een goed begrip van de Dienstenrichtlijn die eveneens in dit hoofdstuk wordt behandeld. Tevens beoogt deze toelichting de context te bieden waarbinnen de afspraken ten aanzien van het vrij verkeer van verzekeringsdiensten, die binnen de Unie zijn gemaakt, begrijpelijker worden.

5.3.1. Het begrip *dienst*

Het begrip *dienst* omvat elke economische activiteit, verricht anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Ingevolge art. 57 VWEU worden in de zin van de Verdragen als dienst beschouwd *“de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn”*.

Bij diensten vormt het zetellandbeginsel (ofwel oorsprongslidbeginsel), waaraan ook het *home country control* systeem in het toezicht is gerelateerd, samen met de onderlinge erkenning tussen de lidstaten, de basis voor de regel dat als een onderneming of product in het oorsprongslid aan alle wettelijke vereisten voldoet dan in beginsel onder dezelfde voorwaarden ook toegang moet krijgen tot de overige lidstaten.⁴⁵⁴ De specifieke rechtsgrondslag voor Europese wetgeving betreffende financiële diensten (waaronder begrepen banken-, verzekerings- en effectenrecht⁴⁵⁵) wordt gevormd door art. 58, lid 2 VWEU.

Vrijheid van dienstverrichting kenmerkt zich volgens de jurisprudentie van het HvJ⁴⁵⁶ door het ontbreken van een duurzame en blijvende deelname aan het economische leven van de ontvangende lidstaat.⁴⁵⁷

In het kader van vrij verrichten van verzekeringsdiensten sluit het tijdelijke karakter (welke het onderscheidende kenmerk is tussen het vrij verrichten van diensten en het vestigen van de dienstverrichting) niet de mogelijkheid uit dat de verrichter van verzekeringsdiensten in de lidstaat van ontvangst voorziet van de infrastructuur die noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten.⁴⁵⁸ Het HvJ heeft ook bepaald⁴⁵⁹ dat *“activiteiten die erin bestaan om op duurzame wijze diensten te verrichten vanuit de lidstaat van vestiging zonder dat de dienstverrichter zich naar de lidstaat van ontvangst verplaatst, eveneens onder het vrij verrichten van diensten vallen”*.⁴⁶⁰

⁴⁵¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5909_nl.htm.

⁴⁵² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions, Action plan on the Reinforcement of SOLVIT: Bringing the benefits of the Single Market to citizens and businesses, van 2 mei 2017, COM(2017) 255 final.

⁴⁵³ Volgens Hatzopoulos 2012, p. 3 *“services may refer to a group of activities, such as trading, playing, driving; and at the same time, to the products/results of these activities, such as sales, concerts, journeys.”*

⁴⁵⁴ Hofhuis 2006, p. 62 en Tiedje & Troberg 2003, p. 1579.

⁴⁵⁵ Voor wat betreft het effectenrecht hebben de Prospectusrichtlijn 2003/71/EG (*PbEU*. 2003, L 345/64) en de Transparantierichtlijn 2004/109/EG (*PbEU*. 2004, L 390/38) artikel 44 EG en artikel 95 EG als rechtsbasis.

⁴⁵⁶ Zie r.o. 23 HvJ EG 13 februari 2003, C-131/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:96.

⁴⁵⁷ Zie ‘Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn’, 2007, p. 37.

⁴⁵⁸ Zie Van der Burg & Voermans 2015, p. 100 en ‘Interpretatieve mededeling van de Commissie, Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’ Publicatieblad van de Commissie van 16.02.2000, 2000/C 43/03, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:043:0005:0027:NL:PDF>.

⁴⁵⁹ Zie HvJ EG 5 juli 1997, C-56/96 (VT4/Vlaamse Gemeenschap), ECLI:EU:C:1997:284.

⁴⁶⁰ Zie ‘Interpretatieve mededeling van de Commissie, Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’, Publicatieblad van de Commissie, 2000/C 43/03 van 16.02.2000.

5.3.2. Vrije dienstverrichting op de interne markt

Voor wat betreft het dienstenverkeer speelt het VWEU een coördinerende rol tussen de verschillende nationale wetgevingen.⁴⁶¹ Ingevolge art. 26, lid 2 VWEU wordt het vrij verkeer van diensten, als een van de vier vrijheden, gewaarborgd geacht in het kader van de interne markt.

Art. 56 VWEU verbiedt het stellen van beperkingen ten aanzien van het vrij verrichten van diensten.⁴⁶²

“In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht”.

Deze bepaling kent een rechtstreekse werking.

Art. 56 VWEU gaat uit van het opheffen van beperkingen ten aanzien van de onderdanen van andere lidstaten. Dit brengt met zich mee dat het benadelen of het begunstigen van bepaalde groepen van dienstverrichters onwenselijk is en dat marktpartijen gevestigd in een van de lidstaten van de Unie onder gelijke voorwaarden hun diensten mogen aanbieden ook in andere lidstaten dan hun zeteland. Sectorale EU-richtlijnen hebben een aanzienlijke bijdrage geleverd aan het creëren van het juridische kader voor bijvoorbeeld diverse beroepsbeoefenaren om hun diensten in andere lidstaten te mogen aanbieden ook als het gaat om gereguleerde beroepen.⁴⁶³

De in artikelen 56 en 57 VWEU gewaarborgde vrijheden hebben naast de grensoverschrijdende dienstverrichters ook betrekking op de grensoverschrijdende dienstenontvangers.⁴⁶⁴

Volgens Hatzopoulos⁴⁶⁵ speelt regelgeving een doorslaggevende rol bij het verrichten van diensten: niet alleen vanuit een zuiver ‘regelgevend’ perspectief, door te bepalen wie diensten kunnen verlenen aan wie, onder welke voorwaarden enzovoort, maar ook vanuit een ‘economisch’ perspectief aangezien regelgeving ook van belang is door het comparatieve voordeel bij het verlenen van diensten.

In het arrest Kohl⁴⁶⁶ oordeelde het HvJ dat de bepalingen uit het verdrag ten aanzien van vrij verrichten van diensten zich verzetten tegen een nationale regeling die de vergoeding van de kosten van in een andere lidstaat verleende tandheelkundige hulp afhankelijk stelt van het sociale zekerheidsorgaan van de verzekerde. Dat zou immers betekenen dat de grensoverschrijdende dienstenontvanger belemmerd wordt in zijn door het Unierecht gewaarborgde vrijheid. Zelfs als voornoemde services via een publiek gezondheidszorgsysteem worden aangeboden blijven ze onder de fundamentele vrijheden van het Unierecht (vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal) vallen. Uit dit arrest is af te leiden dat een voorafgaande toestemmingsvereiste van bijvoorbeeld van een ziekenfonds ook het vrij verkeer van diensten kan belemmeren.⁴⁶⁷ Dat zou immers betekenen dat de grensoverschrijdende dienstenontvanger belemmerd wordt in zijn vrijheid gewaarborgd door het Unierecht.

In de arresten Muller-Fauré en Van Riet⁴⁶⁸ oordeelde overigens het HvJ dat in bepaalde gevallen een eis van voorafgaande toestemming geen strijd opleverde met het Unierecht.

Volgens het HvJ moeten de artikelen 56 en 57 VWEU aldus worden uitgelegd dat *“zij zich niet verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat [...], die enerzijds de vergoeding van zorg die in een ziekenhuis in een andere dan de lidstaat van vestiging van het ziekenfonds waar de verzekerde staat ingeschreven, is verleend door een zorgverlener met wie dit ziekenfonds geen overeenkomst heeft gesloten, afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van dit ziekenfonds, en anderzijds voor deze toestemming als voorwaarde*

⁴⁶¹ Hofhuis 2006 p. 62.

⁴⁶² Lauwaars & Timmermans 2003, p. 230.

⁴⁶³ Brulez 2012, p. 566 en p.568. Brulez onderstreept in verband met de strijd tussen de Belgische bescherming van beroepstitels en het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging op de Europese markt, de belangrijke rol van de Europese sectorale richtlijnen die ervoor hebben gezorgd dat de lidstaten de diploma's certificaten en andere titels uitgegeven door andere lidstaten dienen te erkennen, teneinde recht van vestiging te vrijwaren. Verder stelt Brulez dat de Europese wetgever ook initiatieven heeft ondernomen ter vrijwaring van het vrij verkeer van diensten van gereguleerde beroepsbeoefenaars. De meest globale benadering hiervan is te vinden in de Dienstenrichtlijn.

⁴⁶⁴ Van der Burg & Voermans 2015, p. 104 e.v.

⁴⁶⁵ Hatzopoulos 2012, p. 29.

⁴⁶⁶ HvJ EG 28 april 1998, C-158/96 (Kohl/Union des caisses de maladie), ECLI:EU:C:1998:171.

⁴⁶⁷ Van der Burg & Voermans 2015, p. 107, Hatzopoulos 2012, p. 191. Zie eveneens HvJ EG 28 april 1998, C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1998:167.

⁴⁶⁸ HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99 (Müller-Fauré en van Riet), ECLI:EU:C: 2003:270.

stelt dat deze voor de medische behandeling van de verzekerde vereist is.” Hierbij is verder bepaald dat de toestemming alleen geweigerd mag worden wanneer de patiënt bij een instelling waarmee het ziekenfonds wel een overeenkomst heeft gesloten een tijdige, identieke en even doeltreffende behandeling kon krijgen.⁴⁶⁹

Het faciliteren van de totstandkoming van een interne markt voor diensten is niet anders dan het waarborgen van de vrijheden uit artikelen 49 en 56 VWEU, te weten de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van grensoverschrijdende diensten. Door maatregelen gericht op het faciliteren van de naleving van deze vrijheden in het kader van de interne markt wordt in feite invulling gegeven aan het beginsel van de interne markt en de goede werking van deze markt gewaarborgd.

Beleidsbepalers verwachten dat de vereenvoudiging van de administratieve procedures, het opheffen van belemmeringen betreffende toegang tot de markt, de uitoefening van de diensten/activiteiten op de markt, het vergroten van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten onderling en tussen de potentiële aanbieders en afnemers van de diensten (ondernemers en consumenten) binnen de interne markt, een positieve uitwerking op de verwezenlijking van de interne markt zullen hebben. Door deze maatregelen zouden ook de door de interne markt geboden kansen beter benut kunnen worden. Tegelijkertijd erkennen de beleidsbepalers dat hier bijzonder aandacht moet worden geboden aan bestaande wetgeving met specifieke voorschriften,⁴⁷⁰ gericht op de dienstverrichters die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Deze voorschriften kunnen belemmeringen vormen voor de gelijke kansen van de ondernemingen, die diensten willen verrichten in andere lidstaten waar deze bijzondere regels gelden, waardoor ondernemingen uit verschillende lidstaten geen gelijke kansen op de interne markt krijgen.

Op 10 januari 2017 zijn door de Commissie vier concrete initiatieven gepresenteerd ten behoeve van een betere diensteneconomie binnen de Unie:⁴⁷¹

- Europese e-kaart voor diensten⁴⁷²;
- Beoordeling van de evenredigheid van nationale voorschriften inzake professionele dienstverlening⁴⁷³;
- Leidraad voor nationale hervormingen bij de reglementering van beroepen⁴⁷⁴;
- Betere kennisgeving van nationale wetgeving inzake diensten tijdens de ontwerpfase.⁴⁷⁵

De voorgestelde maatregelen⁴⁷⁶ van de Commissie zijn bedoeld om voor de dienstverleners gemakkelijker te maken om wegwijs te worden in alle administratieve formaliteiten van de verschillende lidstaten. Verder zijn

⁴⁶⁹ Zie het arrest HvJ EU 9 oktober 2014, C-268/13 (Elena Petru), ECLI:EU:C:2014:2271, waarin is bepaald dat de vereiste toestemming voor behandeling in een andere lidstaat niet mag worden geweigerd wanneer de betrokken ziekenhuiszorg niet tijdig kan worden verstrekt in de lidstaat waar de patiënt woont en verzekerd is voor vergoeding van zorgkosten, omdat de nodige geneesmiddelen en de meest fundamentele medische benodigdheden ontbreken.

⁴⁷⁰ Zie ‘Handboek voor implementatie van de Dienstenrichtlijn’, 2007, p. 9.

⁴⁷¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-23_nl.htm.

⁴⁷² Invoering van een e-kaart voor diensten wordt geregeld in een voorstel voor een verordening (zie Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot invoering van een Europese e-kaart voor diensten en de bijbehorende administratieve faciliteiten, COM(2016)824 def.) en een voorstel voor een richtlijn (Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake het juridische en operationele kader van de Europese e-kaart voor diensten ingevoerd bij Verordening.....[ESC Regulation]. COM(2016)823 def). De Europese e-kaart wordt afgegeven door het herkomstland van de dienstverrichter voor tijdelijke grensoverschrijdende dienstverrichtingen en door de lidstaat van ontvangst indien de dienstverrichter in die lidstaat dienstverrichting gaat uitoefenen door middel van vestiging (zoals openen van een filiaal, agentschap of bureau). De kaart bevat gegevens van de dienstverrichter en geldt als bewijs dat de dienstverrichter in de lidstaat van herkomst legaal gevestigd is en gerechtigd is om de diensten zoals opgenomen in de e-kaart te verrichten.

⁴⁷³ Het gebrek aan duidelijke criteria voor de beoordeling van een maatregel zou verholpen kunnen worden door een voorstel voor een richtlijn betreffende voorafgaande evenredigheidsbeoordeling verbonden aan reglementering van beroepen. Zie COM(2016)822 def.

⁴⁷⁴ Op de lidstaten ligt de verplichting om informatie uit te wisselen voordat ze bepalingen invoeren of wijzigen die tot beperking van de uitoefening van gereguleerde beroepen leiden. Zie Van Rijn 2017, p. 154 over de nationale actieplannen waarin lidstaten hun beslissingen verantwoorden betreffende de beslissing over het handhaven of aanpassen van een beroepsregelingen in hun land.

⁴⁷⁵ Van Rijn 2017, p. 148.

⁴⁷⁶ Het voorgestelde pakket aan maatregelen houdt een voorstel voor een verordening in (invoering van een Europese e-kaart) en een voorstel voor een richtlijn met de juridische en operationele regelgeving hiervoor. Tevens omvat het pakket een voorstel voor een kennisgevingsprocedure voor verguningsstelsels en een richtlijn inzake een evenredigheidsbeoordeling bij gewijzigde of nieuwe reglementering van beroepen.

de voornoemde initiatieven bedoeld om de lidstaten te helpen te achterhalen welke regels van toepassing voor beroepsbeoefenaars werkzaam in eigen land of in andere lidstaten een te grote belasting vormen of achterhaald zijn.⁴⁷⁷

Alle voornoemde maatregelen beogen het optimaal functioneren van de interne markt te bevorderen, door het wegnemen van onnodige beperkingen. Door het voorgestelde service package, die vier wetgevingsvoorstellen⁴⁷⁸ bevat, wordt het wetgevingskader van toepassing op de dienstverrichting op de interne markt echter alleen maar gecompliceerder. Ook waar het gaat om de implementatie van de voorgestelde richtlijnen is het risico groot dat zodra deze bepalingen in de nationale wetgeving worden opgenomen, een eigen interpretatie krijgen of in samenhang met reeds bestaande nationale regelingen één, van de overige lidstaten afwijkend, wettelijk kader vormen.

5.3.3. Aandachtspunten vrije dienstverrichting

De bepalingen uit de artikelen 52-66 VWEU bieden een zeer beperkte basis voor het creëren van kaders voor het vrij verkeer van diensten. De afzonderlijke sectorale richtlijnen dienen met aanvullingen te komen op deze verdragsbepalingen.

Duidelijk is dat het in art. 56 VWEU gegarandeerde recht van vrije dienstverrichting niet misbruikt mag worden om het nationale recht te omzeilen. Mogelijke reden hiervoor zou kunnen zijn dat de dienstverrichter aan bijvoorbeeld de beroepsuitoefeningsregels van de lidstaat van ontvangst wil ontsnappen en kiest voor een zetel- of vestigingsland die deze regels niet kent. Het staat vast dat het in het VWEU opgenomen vrij verrichten van diensten niet voornoemde praktijken wenst te faciliteren. Echter er is discussie over het criterium frequentie bij het definiëren van de dienstverrichting. De Commissie is van mening dat in dit kader niet van misbruik kan worden gesproken *“in een situatie waarin een verzekeringsonderneming op haar grondgebied frequent wordt aangezocht - bijvoorbeeld via elektronische communicatiemiddelen - door in een andere lidstaat woonachtige consumenten, tenzij de intentie van de dienstverrichter om het door het Verdrag erkende recht van vrije dienstverrichting te ontwijken zou worden vastgesteld”*.

Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat de frequentie, bijvoorbeeld als het gaat om het aanbieden van verzekeringsproducten via internet, niet als een doorslaggevend criterium hoeft te worden gezien voor het vaststellen van een mogelijk oneigenlijk gebruik van de vrije dienstverrichting.

Ook de aanwezigheid van een zekere infrastructuur (dat wil zeggen enige duurzame aanwezigheid zoals een kantoor) van de dienstverlener in een lidstaat anders dan haar eigen vestigingsland, bewijst nog niet dat er sprake is van een omstandigheid die automatisch onder het vestigingsrecht zou moeten vallen. Desondanks blijven hier nog grijze gebieden over, waarbij de scheidingslijn tussen dienstverrichting en vestiging moeilijk is te trekken. In dit kader is door de Commissie vastgesteld dat binnen de huidige juridische kaders een elektrische installatie, die werkzaamheden uitvoert gericht op het land van ontvangst, niet als een bijkantoor in dat land dient te worden beschouwd. Reden hiervoor is het gebrek aan menselijke aanwezigheid. Ten aanzien van deze stelling heeft de Commissie een voorbehoud gemaakt voor het geval dat de technische ontwikkelingen deze interpretatie in de toekomst zullen doen herzien.

Belangrijke aandachtspunten betreffende het verrichten van diensten zijn mogelijke beperkingen tot de toegang van de markt van de verschillende lidstaten. Het wegnemen van ongerechtvaardigde belemmeringen biedt nieuwe mogelijkheden voor het betreden van de markt door professionals⁴⁷⁹ en nieuwe bedrijven die oorspronkelijk enkel in hun vestigingsland actief waren. Dit heeft effect op de concurrentie op de markt en brengt meer keuzemogelijkheden en betere prijs met zich mee voor degene die van de diensten gebruik gaat maken. Hier kunnen bedrijven en consumenten dus voordelen aan hebben.

De mededeling van de Commissie bevat tevens aanbevelingen aan de lidstaten ten aanzien van de reglementering van de professionele dienstverlening. Deze zgn. *services package* wijzigt niet de materiele inhoud van de Dienstenrichtlijn en Richtlijn beroepskwalificaties, maar brengt verbeteringen met zich mee ten aanzien van de procedurele bepalingen van deze richtlijnen. Zie Van Rijn 2017, p. 150.

⁴⁷⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-23_nl.htm.

⁴⁷⁸ Hier gaat het om drie aanvullingen op de Dienstenrichtlijn en één aanvulling op de Richtlijn beroepskwalificaties.

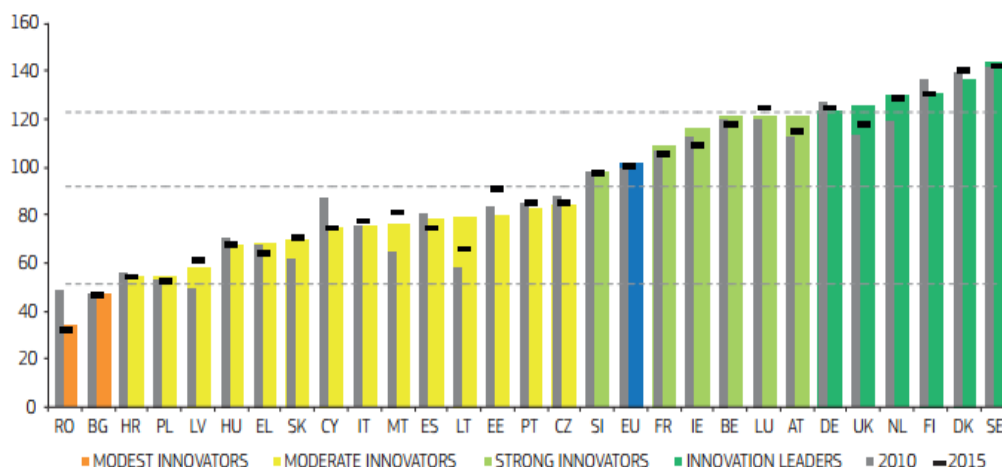
⁴⁷⁹ Brulez 2012, p. 566.

In de huidige digitale wereld is het van belang om eenvoudige, volledig geautomatiseerde mogelijkheden te bieden voor professionals en bedrijven om al hun administratieve verplichtingen bij vrije dienstverrichting naar een andere lidstaat te kunnen afhandelen. Hiermee worden buitenlandse bedrijven in staat gesteld om snel hun zaken te regelen met de naleving van de toepasselijke regelgeving in het land van ontvangst.

Vrije dienstverrichting is ook verbonden met innovatie. Alhoewel de innovatieprestaties van de lidstaten in 2016 licht verbeterd zijn, is er ruimte voor meer innovatie en zou deze gelijkjer verdeeld kunnen worden tussen de lidstaten. Onderstaande tabel laat zien dat de gerealiseerde groei ongelijk is verdeeld tussen de lidstaten.

Tabel 8 Innovatie per lidstaten

Figure 1: Performance of EU Member States' innovation systems



Meer innovatie en verdere ontwikkeling van een concurrerende markt voor de dienstverrichters, leiden tot voordelen voor alle stakeholders binnen de Unie.

*“A fresh boost to the services sector will benefit consumers, jobseekers and businesses, and will generate economic growth across Europe.”*⁴⁸⁰

5.4. De Dienstenrichtlijn

De belangstelling van de Europese beleidsbepalers en wetgever voor een goedwerkende interne markt heeft ook geleid tot de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG⁴⁸¹).

De Dienstenrichtlijn heeft als doel om het verrichten van diensten binnen de interne markt te faciliteren en daarmee consumenten en ondernemers te helpen om toegang te krijgen tot de op de interne markt aanwezige diensten, zodat ze de mogelijkheden van de interne markt beter kunnen benutten.⁴⁸²

Doel van de Dienstenrichtlijn is het faciliteren van de uitoefening van de vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten.⁴⁸³ Ingevolge de richtlijn mag het vrij verkeer van diensten door een in buitenland gevestigde dienstverrichter niet worden beperkt tenzij (1) de beperking niet discrimineert, (2) noodzakelijk is voor de bescherming van het algemeen belang, openbare veiligheid, volksgezondheid en bescherming van het milieu. Tevens mag de beperking (3) niet verder gaan dan nodig is het nagestreefde doel te bereiken.⁴⁸⁴

Ingevolge overweging 36 van de Dienstenrichtlijn valt onder het begrip *dienstverrichter* iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat en iedere rechtspersoon die in een lidstaat een dienstenactiviteit uitoefent en daarbij gebruik maakt van de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten.

⁴⁸⁰ Zie Commissie, ‘A services economy that works for Europeans: Question and Answers, EC Fact Sheet’, 10.01.2017.

⁴⁸¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376 van 27/12/2006, p. 36).

⁴⁸² ‘Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn’, 2007, p. 7, zie ook Brulez 2012, p. 568.

⁴⁸³ Van Rijn 2017, p. 149.

⁴⁸⁴ Van Rijn 2017, p. 149.

Het begrip dienstverrichter heeft dus niet alleen betrekking op de gevallen waarin de dienst in het kader van het vrije verkeer van diensten grensoverschrijdend wordt verricht, maar ook op die gevallen waarin een marktdeelnemer zich in een lidstaat vestigt om er dienstenactiviteiten te ontplooiën. Dus ook op het vestigingsrecht.⁴⁸⁵

Van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zijn, ingevolge art. 2, lid 2, onder b) de financiële diensten zoals verzekeringen uitgesloten. Deze uitsluiting kent echter een facultatief karakter. De afzonderlijke lidstaten mogen desgewenst algemene beginselen en regelingen vanuit de Dienstenrichtlijn op een van de uitgesloten activiteiten of op alle uitgesloten dienstverrichtingen wel van toepassing verklaren.⁴⁸⁶ De beslissing van de afzonderlijke lidstaten over het wel of niet van toepassing verklaren van de bepalingen van de Dienstenrichtlijn op bijvoorbeeld de financiële diensten, laat onverlet de regel dat alle nationale regels en voorschriften betreffende de in de Dienstenrichtlijn uitgesloten diensten, dus ook de verzekeringsdiensten, wel moeten voldoen aan de andere regels van het Unierecht, zoals de regels ten aanzien van vrije vestiging en vrij verrichten van diensten.

Ondanks de voornoemde uitsluiting van de financiële diensten van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn, krijgen financiële dienstverleners zoals verzekeraars, wel te maken met de regels van deze richtlijn bij het uitvoeren van de verzekeringen. Verschillende verzekeringsproducten of overeenkomsten houden immers een vergoeding in natura van de schade in. Onder vergoeding in natura van de schade vallen bijvoorbeeld het herstellen van de auto, schilderen van een verzekerd huis na schade of het uitvoeren van een knieoperatie. In dergelijke gevallen belooft een verzekeraar aan de verzekeringnemer dat zodra de verzekerde gebeurtenis zal voordoen deze op herstel of op zorg kan rekenen. De kosten hiervan gaat de verzekeraar rechtsreeks afrekenen met de hersteller of zorgaanbieder.

In de voornoemde gevallen contracteert de verzekeraar diverse aanbieders van diensten met wie afspraken gaat maken ten aanzien van de te verrichten diensten. Indien de verzekeraar hierbij enkel aanbieders uit eigen land contracteert of alleen samenwerkt met aanbieders van voornoemde diensten uit het eigen zeteland of andere aanbieders uit bepaalde lidstaten uitsluit van de samenwerking op basis van het feit dat zij in een ander lidstaat gevestigd zijn, dan handelt deze verzekeraar in strijd met de Dienstenrichtlijn. Een verzekeraar zou immers, en niet uitsluitend wegens de Dienstenrichtlijn maar ook uit bedrijfseconomisch oogpunt, juist gebruik moeten maken van verschillende aanbieders om diversiteit van de dienstverlening en dienstenaanbod te vergroten. Hiermee zou deze verzekeraar ook effectief gebruik kunnen maken van de door interne markt geboden kansen in de vorm van concurrerende aanbieders en de daarmee samenhangende lagere kosten en/of hogere kwaliteitsstandaarden, serviceniveau en diversiteit van de aangeboden diensten.

Art.14 aanhef en lid 7 van de Dienstenrichtlijn bevat het verbod tot het stellen van een eis dat een financiële waarborg of een verplichte verzekering enkel bij in dezelfde lidstaat gevestigde aanbieder mag worden verkregen.

“De lidstaten stellen de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk van de volgende eisen:

7) een verplichting tot het stellen van of deelnemen in een financiële waarborg of het afsluiten van een verzekering bij een op hun grondgebied gevestigde dienstverrichter of instelling.

Dit belet niet dat de lidstaten een verzekering of financiële garanties als zodanig kunnen verlangen noch dat eisen inzake de deelname in een collectief waarborgfonds worden gesteld, bijvoorbeeld voor leden van een beroepsorde of -organisatie;”

Deze bepaling is van groot belang voor het goed functioneren van de grensoverschrijdende dienstverrichting aangezien een dergelijke, door dit artikel verboden, eis al snel ertoe kan leiden dat de dienstverrichter onnodig dubbele verzekeringen gaat afsluiten en dus extra kosten maakt voor een dekking die via een andere overeenkomst reeds verzekerd is. Dit brengt ook met zich mee dat de tweede door de lidstaat vereiste verzekeringsovereenkomst, enkel voor het naleven van formele voorschriften zou worden afgesloten met een aanbieder uit de desbetreffende lidstaat. Dit zou aanbieders van deze financiële producten met zetel in de desbetreffende lidstaat bevoordelen ten opzichten van overige aanbieders met zetel in een andere lidstaat.

⁴⁸⁵ Zie overweging 36 Richtlijn 2006/123/EG.

⁴⁸⁶ Zie ‘Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn’, 2007, p. 11.

Verder zou de dienstverrichter onnodig extra kosten moeten maken, waardoor zijn eigen concurrentiepositie ten opzichte van andere dienstverrichters, die deze kosten niet hoeven te maken, onnodig nadeel zou ondervinden. Deze eisen en de daaruit voortvloeiende voordelen zijn ongerechtvaardigd en door het HvJ als strijdig met het VEU beoordeeld.⁴⁸⁷

Art.14 aanhef en lid 7 van de Dienstenrichtlijn dient echter niet als zodanig geïnterpreteerd te worden dat deze bepaling lidstaten zou verbieden om in hun eigen lidstaat geldende regels te stellen ten aanzien van de verzekeringsactiviteiten. De lidstaten mogen wel verzekeringsverplichtingen opleggen aan de dienstverrichters, die op hun grondgebied opereren, maar ze mogen niet bepalen dat deze verplichte verzekeringen slechts bij aanbieders uit een bepaalde lidstaat afgesloten mogen worden.⁴⁸⁸ Deze bepaling is niet alleen belangrijk voor de dienstverrichter, die zijn financiële risico's al dan niet naar aanleiding van een deze verplichting wil verzekeren, maar tevens van groot belang voor het waarborgen van de vrije dienstverrichting voor aanbieders van verzekeringsdiensten en daarmee het ontwikkelen van de interne verzekeringsmarkt.

Het HvJ oordeelde in de zaak Kattner Stahlbau GmbH⁴⁸⁹ dat een stelsel van verplichte verzekeringen ook tot het resultaat kan leiden dat de ondernemingen, die onder dit stelsel verzekeringnemers zijn, terughoudender worden bij het uitkiezen van een aanbieder voor hun verzekering. Deze terughoudendheid zou er toe kunnen leiden dat ze voor het verzekeren van deze risico's liever een verzekeringsovereenkomst sluiten met een verzekeraar uit hun eigen land en offertes van verzekeraars uit andere lidstaten negeren. Een kunstmatig gecreëerd stelsel, waarbij vaak de verplichte verzekering in een bepaald lidstaat of door een overheidswege aangewezen verzekeraar of een kleine groep van verzekeraars wordt uitgevoerd, kan de cliënten immers afschrikken om een verzekeringsovereenkomst bij een andere verzekeraar te sluiten, en kan zo een beperking vormen voor het vrije verkeer van verzekeringsdiensten. Dit zou schadelijk zijn uitgaande van de constatering van het HvJ (arrest Betfair)⁴⁹⁰ dat vrij verrichten van diensten zowel aan de dienstverrichter als de dienstenontvanger ten goede komt.

De Dienstenrichtlijn is niet alleen van toepassing op grensoverschrijdende situaties. Uit recente jurisprudentie⁴⁹¹ is gebleken dat het HvJ een grensoverschrijdend element niet van belang acht voor de toepasselijkheid van de artikelen 9 t/m 15 van de Dienstenrichtlijn.⁴⁹²

In de gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15 ging het HvJ ervan uit dat “*de artikelen 9 tot en met 13 van diezelfde (Dienstenrichtlijn red.) richtlijn (moeten) worden geacht een uitputtende harmonisatie tot stand te brengen met betrekking tot de binnen hun werkingssfeer vallende diensten*”.⁴⁹³ Tevens is door het HvJ bepaald dat “*een nationale regeling in een materie die op het niveau van de Unie volledig is geharmoniseerd, niet aan de bepalingen van het primaire recht maar aan die van deze harmonisatie-maatregel moeten worden getoets*”.⁴⁹⁴

Anders dan de voornoemde artikelen 9 t/m 15 van de Dienstenrichtlijn is art.16 Dienstenrichtlijn alleen van toepassing op grensoverschrijdende situaties. Beperkingen van toegang en uitoefening van diensten van aanbieders uit andere lidstaten zijn ingevolge art. 16 lid 1 en 2 Dienstenrichtlijn verboden.

In art. 16 lid 1 wordt de eerbiediging door de lidstaten van het recht van dienstverrichters om “*diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn*” opgenomen. Verder is gesteld dat: “*De lidstaat waar de dienst wordt verricht, zorgt voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstactiviteit op zijn grondgebied*”.

⁴⁸⁷ Zie het arrest HvJ 1 december 1998, C-410/96 (Ambry), ECLI:EU:C:1998:578 over de vestiging van touroperators in Frankrijk. Zie ook arrest HvJ 7 februari 2002, C-279/00 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2002:89. Zie verder ‘Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn’, 2007, p. 33.

⁴⁸⁸ Zie ‘Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn’, p. 33, zie hiervoor ook het arrest van HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00 (Freskot AE), ECLI:EU:C:2003:298, waarin werd geoordeeld dat de uitvoering van een verplichte verzekering van landbouwbedrijven tegen risico's van natuurevenementen in Griekenland, door ELGA, die aan de Griekse staat toebehoorde, een belemmering kan vormen voor het vrij verrichten van diensten door in andere lidstaten gevestigde verzekeraars.

⁴⁸⁹ Zie r.o. 83 van HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07 (Kattner Stahlbau GmbH), ECLI:EU:C:2009:127.

⁴⁹⁰ Zie r.o. 23 van HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), ECLI:EU:C:2010:307.

⁴⁹¹ Zie hiervoor HvJ 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, (Promoimpresa e.a.), ECLI:EU:C:2016:558.

⁴⁹² Van Rijn 2016, p. 362.

⁴⁹³ Zie r.o. 61 van HvJ 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, (Promoimpresa e.a.), ECLI:EU:C:2016:558.

⁴⁹⁴ Zie r.o. 59 van HvJ 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, (Promoimpresa e.a.), ECLI:EU:C:2016:558.

Tevens is bepaald dat lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk maken van de naleving van eisen, die in strijd zijn met het discriminatieverbod⁴⁹⁵, noodzakelijkheid⁴⁹⁶ of evenredigheid⁴⁹⁷.

In lid 2 van art. 16 Dienstenrichtlijn is bepaald dat de lidstaten geen beperkingen stellen aan het vrij verrichten van diensten.

Het is niet toegestaan om de volgende regels te stellen aan dienstverrichters gevestigd in een andere lidstaat:

- een verplichting dat de dienstverrichter een vestiging op hun grondgebied moet hebben;
- een verplichting dat de dienstverrichter bij hun bevoegde instanties een vergunning dient te verkrijgen of zich dient in te schrijven in een register of bij een beroepsorde of -vereniging op hun grondgebied, behalve wanneer de Dienstenrichtlijn of een andere wetgeving/EU instrument daarin voorziet;
- een verbod betreffende het opzetten door de dienstverrichter een bepaalde vorm of soort infrastructuur, met inbegrip van een kantoor of kabinet, op hun grondgebied, om de betrokken diensten te verrichten;
- de toepassing van een specifieke contractuele regeling tussen de dienstverrichter en de afnemer die het verrichten van diensten door zelfstandigen verhindert of beperkt;
- een verplichting dat de dienstverrichter voor de uitoefening van een dienstenactiviteit over een door hun bevoegde instanties afgegeven identiteitsdocument dient te bezitten;
- eisen, andere dan die welke noodzakelijk zijn voor de gezondheid en veiligheid op het werk, die betrekking hebben op het gebruik van uitrusting en materiaal, die een integrerend deel van de dienstverrichting vormen;
- beperkingen van het vrij verrichten van diensten zoals bedoeld in art. 19 van de Dienstenrichtlijn.

Art.16 lid 3 van de Dienstenrichtlijn laat wel toe dat de lidstaten, waarnaar de dienstverrichter zich begeeft, eisen stellen aan het verrichten van dienstactiviteiten. Voorwaarde hiervoor is dat deze eisen gerechtvaardigd zijn om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Tevens mag de desbetreffende lidstaat in overeenstemming met het Unierecht zijn voorschriften inzake de arbeidsvoorwaarden toe te passen, waaronder die welke zijn neergelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten.

Onduidelijk is of hier om een uitputtende opsomming van dwingende redenen van algemeen belang gaat of ook andere redenen van algemeen belang, anders dan de bescherming van het milieu, hieronder vallen.

In de zaak *Commissie/Hongarije*⁴⁹⁸ stelde advocaat-generaal Bot, refererend aan het arrest *Rina Services*⁴⁹⁹, dat art. 16 van de Dienstenrichtlijn een volledige harmonisatie met zich meebrengt. Daaruit zou blijken dat art. 16 lid 3 van de Dienstenrichtlijn een limitatieve opsomming van de mogelijke rechtvaardigingsgronden inhoudt voor het stellen van eisen door de lidstaat aan de dienstverrichter uit een andere lidstaat.

Voor zover de Dienstenrichtlijn van toepassing is in het kader van het verrichten van verzekeringsdiensten, is het van belang dat niet alleen de lidstaten maar ook de verzekeraars art. 16 van de Dienstenrichtlijn naleven. Indien de lidstaat geen belemmerende regels kent voor een dienstverrichter afkomstig vanuit een andere lidstaat, maar dat in een sterk gereguleerde markt deze dienstverrichter principieel wordt uitgesloten van de samenwerking, dan zou deze dienstverrichter ook een beroep mogen doen op art. 16 van de Dienstenrichtlijn.

In het kader van de evaluatie van de werking van de Dienstenrichtlijn heeft de Europese Rekenkamer in 2016 een speciaal verslag opgesteld met conclusies en aanbevelingen aan de Commissie.

⁴⁹⁵ Hierbij wordt bedoeld dat de eisen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit of, voor rechtspersonen, naar de lidstaat waar zij gevestigd zijn.

⁴⁹⁶ Hierbij wordt bedoeld dat de eisen zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu.

⁴⁹⁷ Hierbij wordt bedoeld dat de eisen geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaan dan wat nodig is om dat doel te bereiken.

⁴⁹⁸ HvJ EU 23 februari 2016, C-179/14 (*Commissie/ Hongarije*), ECLI:EU:C:2016:108.

⁴⁹⁹ HvJ 16 juni 2015, C-593/13 (*Rina Services*), ECLI:EU:C:2015:399.

In haar verslag *‘Heeft de Commissie gezorgd voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van de dienstenrichtlijn’* heeft de Europese Rekenkamer o.a. aanbevolen “om belangrijke kwesties van niet-uitvoering en onjuiste toepassing voor te leggen aan het Hof van Justitie”.⁵⁰⁰

5.5. Conclusie

De afwezigheid van de binnengrenzen van de lidstaten en markteenheid zijn van groot belang voor de interne markt. Eenvormige uitleg en toepassing van de regels, die gelden voor de interne markt, zijn een fundamentele voorwaarde voor het bereiken van de markteenheid. In de visie van de Commissie dient de interne markt sterk, concurrerend en innovatief te zijn.

Voor de dienstverrichting op de interne markt geldt het oorsprongslidbeginsel. Indien een onderneming voldoet aan de gestelde eisen van een lidstaat dan is de toegang tot de overige lidstaten gewaarborgd. Vrije toegang tot andere lidstaten moet gepaard gaan met het opheffen van beperkingen ten aanzien van de onderdanen van andere lidstaten.

Nationale regels betreffende specifieke voorschriften gericht op ondernemingen uit andere lidstaten kunnen een belangrijke belemmering vormen voor de vrije dienstverrichting en voor de goede werking van de interne markt.

Het faciliteren van duidelijke regels ten aanzien van de vrije dienstverrichting en het voorkomen van belemmeringen op de interne markt, vormen samen met het benutten van de digitale technologie en innovatie de speerpunten voor de interne dienstenmarkt. Maatregelen ten aanzien van deze speerpunten door de Unie zijn gericht op het bevorderen van een concurrerende interne markt.

De Dienstenrichtlijn faciliteert het verrichten van diensten binnen de interne markt. Ondanks het feit dat financiële diensten uitgesloten zijn van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn hebben de bepalingen van deze richtlijn invloed op de verzekeringsdiensten door enerzijds een mogelijke toepassing van de algemene beginselen van de Dienstenrichtlijn op de verzekeringsdiensten en anderzijds door de samenwerking met andere dienstverrichters (waarop de Dienstenrichtlijn wel van toepassing is) bij het uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst (zoals schadeherstel, aanbieden van zorg in natura).

De lidstaten zorgen voor een vrije toegang tot uitoefening van diensten op hun grondgebied. Ze mogen wel voorwaarden stellen indien deze gerechtvaardigd zijn in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu.

De Dienstenrichtlijn zou ook een beroepsmogelijkheid moeten bieden voor de dienstverrichters, die door ondernemingen uit andere lidstaten uitgesloten worden van de samenwerking, enkel om de reden dat ze in een andere lidstaat gevestigd zijn.

⁵⁰⁰ Zie speciaal verslag Europese Rekenkamer *‘Heeft de Commissie gezorgd voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van de dienstenrichtlijn’*, 2016, p. 9.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SA0005&rid=2>

6. De interne verzekeringsmarkt

6.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk werden de kenmerken van de interne markt en relevante aspecten van het vrij verrichten van diensten behandeld. Dit hoofdstuk gaat over het aanbieden van een specifieke dienst, namelijk de verzekeringsdiensten op de interne markt. Deze markt wordt als de *interne verzekeringsmarkt* aangeduid. Het vrij verrichten van verzekeringsdiensten op de interne markt is aan specifieke regels gebonden. Hierbij wordt stilgestaan bij de begrippen *staat waar het risico is gelegen* en *gewone verblijfplaats*. Deze begrippen zijn relevant voor het aanbieden van verzekeringen op de interne verzekeringsmarkt.

Voor een concurrerende interne markt, waaronder de interne verzekeringsmarkt, zijn de regels van mededinging van groot belang. Na een algemene toelichting ten aanzien van de mededingingsregels op de interne markt volgt een toelichting op enkele, voor de verzekeraars (aanbieders van verzekeringen) relevante, mededingingsaspecten.

Ten slotte komt het belang van het gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt aan de orde. Hier gaat het om een essentiële voorwaarde voor een goedwerkende Europese interne markt, die gelijke kansen en regels dient te waarborgen voor de aanbieders van verzekeringen ongeacht hun zeteland.

6.2. Verrichten van verzekeringsdiensten op de interne markt

In hoofdstukken 2 t/m 4 van dit proefschrift is reeds een uitgebreide toelichting gegeven over het aanbieden van verzekeringen in de breedste zin. Hierbij kwamen de definitie van de verzekering, evenals de relevante aspecten van het verzekeren, Europese verzekeringsindustrie en de Nederlandse verzekeringssector aan de orde. Verder werden de belangrijkste uitgangspunten betreffende de verzekeringsovereenkomst en het op deze overeenkomst toepasselijk recht behandeld.

In hoofdstuk 5 werden de principes van de interne markt uitgebreid toegelicht. Hierbij zijn ook het met de interne markt samenhangende vrij verkeer van diensten en in de Dienstenrichtlijn opgenomen harmoniserende regeling van de Unie ten aanzien van verrichten van diensten behandeld.

In de hiernavolgende paragrafen wordt ingaan op het vrij verrichten van verzekeringsdiensten op de interne markt. Hierbij wordt het aanbieden van verzekeringen op de interne verzekeringsmarkt toegelicht. Een relevant aspect hiervan is het bepalen van de staat waar het te verzekeren risico is gelegen.

6.2.1. Het aanbieden van verzekeringen op de interne markt

Ondanks een zekere mate van juridische harmonisatie binnen de Unie, hebben de verzekeraars met zetel in een van de lidstaten vaak moeite om bij het grensoverschrijdende verzekeren de nationale juridische verschillen op uiteenlopende rechtsgebieden te overwinnen. Hierbij gaat het voornamelijk om rechtsgebieden die niet geharmoniseerd zijn binnen de Unie. Voorbeelden hiervan zijn het verbintnissenrecht, verzekeringscontractenrecht, regels betreffende consumentenbescherming, informatieverstrekking, gegevensbescherming en belastingen.⁵⁰¹

Het Unierecht van vestiging en dienstverlening voor de voornoemde aanbieders van verzekeringen⁵⁰² biedt de vrijheid om in andere lidstaten op basis van één, in het zeteland verkregen vergunning diensten aan te bieden. Dit neemt echter niet weg dat extra kosten, die gepaard gaan met de naleving van de afzonderlijke nationale wet- en regelgeving van deze lidstaten, en overige belemmeringen die in de weg van het grensoverschrijdend verzekeren kunnen staan.

Gelet op het bovenstaande komt de vraag naar voren wat de waarde/betekenis is van de vrijheid van vestiging en dienstverrichting gewaarborgd door het publiekrecht als de daadwerkelijke uitvoering kostbaar blijkt te zijn en wordt belemmerd door de bepalingen van het privaatrecht en de verschillen tussen de relevante nationale (privaatrechtelijke) regels. Is in dit geval de door de Commissie aan de overheden of de bevoegde autoriteiten aangedragen oplossing zoals die opgenomen in het 'Groenboek over financiële

⁵⁰¹ Zie Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015)630 final van 10.12.2015, p. 29.

⁵⁰² Waarbij het gaat om de mogelijkheid om met een vergunning in een lidstaat hun diensten in andere lidstaten aan te bieden.

retaildiensten⁵⁰³ voldoende? Deze oplossing ziet op het beschikbaar stellen van praktische hulp voor grensoverschrijdende nalevingsprocedures.⁵⁰⁴

Naast de verschillen tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke harmonisatie binnen de Unie zou nagedacht moeten worden over nut en noodzaak en praktische uitvoerbaarheid van het concept van *regels van algemeen belang*⁵⁰⁵ in verzekeringen.⁵⁰⁶ Deze vormen, aldus de Commissie, een uitzondering “*op de fundamentele beginselen van het Verdrag met betrekking tot het vrij verkeer*”⁵⁰⁷. Deze bepalingen van algemeen belang⁵⁰⁸ kunnen belemmerend werken voor het aanbieden van grensoverschrijdende verzekeringen.

In haar reactie op het *Groenboek over financiële retaildiensten* uit 2015 van de Commissie stelde de Nederlandse regering te betwijfelen “*in hoeverre er daadwerkelijk fiscale en civielrechtelijke belemmeringen zijn om grensoverschrijdend te handelen*.”⁵⁰⁹

Het kabinet stelde hierbij dat:

*“Een algemene zorg van Nederland is dat verdere harmonisatie van regels op het gebied van consumentenbescherming kan leiden tot vermindering van de consumentenbescherming die momenteel al in Nederland bestaat. Nederland kent toezicht op productontwikkeling door de AFM en een provisieverbod bij financiële dienstverlening en beleggingsondernemingen. Daarmee kent Nederland regels die verdergaan dan de regels in veel andere landen.”*⁵¹⁰

Gelet op deze reactie is het maar de vraag of/en in hoeverre de Nederlandse regering open staat voor afspraken en voorbeelden die op het Europees niveau worden vastgesteld.

Ziet de Nederlandse regering een belang bij de uitbreiding van grensoverschrijdende activiteiten?

Is de Nederlandse regering bereid om mee te werken aan de harmonisatie van de wetgeving die relevant is voor een daadwerkelijke werkende interne verzekeringsmarkt?

Ziet de Nederlandse regering het aanbieden van verzekeringen en uitoefenen van verzekeringsdiensten op de interne markt enkel in de relatie tot consumenten of heeft alleen in relatie tot deze groep van verzekeringnemers problemen met een verdere harmonisatie?

Hoe kijkt de Nederlandse overheid tegen de grensoverschrijdende activiteiten aan ten aanzien van zakelijke risico's?

Wat vindt de Nederlandse staat van het feit dat een steeds groter aandeel van buitenlandse verzekeraars betrokken is bij het verzekeren van de in Nederland gelegen risico's zonder dat Nederlandse verzekeraars erin slagen om buitenlandse risico's in vergelijkbare mate te verzekeren?

Voor wat betreft de grensoverschrijdende verzekeringsdiensten gelden in ieder geval de volgende aandachtspunten:

- monitoring grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten van de verzekeraar door de toezichthouder uit het zeteland blijft ingewikkeld, zeker vanwege de kennisachterstand als het gaat om op die verzekeraar toepasselijke wet en regelgeving in andere lidstaten;
- technische beperkingen;
- beperkingen van fiscale aard wegens verschillende fiscale regels en systemen;

⁵⁰³ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015)630 final van 10.12.2015.

⁵⁰⁴ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015)630 final van 10.12.2015, p. 30.

⁵⁰⁵ Onder de regels van algemeen belang kan een lidstaat naleving van zijn eigen nationale wetten afdwingen bij een verzekeraar die op zijn grondgebied gelegen risico verzekert in het kader van het recht op vestiging of vrij verrichten van diensten. De verzekeringsrichtlijnen hebben het concept van algemeen belang niet vastgelegd, maar het is beschreven in de Interpretatieve mededeling van de Commissie – ‘Vrij verrichten van diensten en het algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’ (*PbEG* C 43 van 16.2.2000, p. 5) op basis van de door het HvJ vastgestelde eisen. Zie ook Goddaert, Terryn & Vanerom 2012, p. 478, Lambert-Faivre & Leveur 2011, p. 90 ev.

⁵⁰⁶ Zie Fontaine 2016, p. 125, waarin de auteur de noodzaak onderstreept van grote zorgvuldigheid bij het stellen van regels van algemeen belang.

⁵⁰⁷ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015)630 final van 10.12.2015, p. 30.

⁵⁰⁸ Zie hiervoor een uitgebreide toelichting in paragraaf 7.5.2. van dit proefschrift.

⁵⁰⁹ Zie Kabinetsreactie Financiële retaildiensten, p. 5, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/02/03/bijlage-kabinetsreactie-financiele-retaildiensten.

⁵¹⁰ Zie Kabinetsreactie Financiële retaildiensten, p. 5.

- en beperkingen gerelateerd aan de verschillende nationale jurisdicties die betrekking hebben op de diensten die in een bepaald land worden verleend.

In het kader van de discussie over de scheidingslijn tussen dienstverrichting en vestiging⁵¹¹ is het relevant om te weten dat sinds 1 juli 1994⁵¹² elke verzekeringsonderneming op hetzelfde grondgebied tegelijkertijd op grond van vrijheid van vestiging en in het kader van het vrij verrichten van diensten haar activiteiten kan uitoefenen. Zelfs wanneer het om dezelfde activiteiten gaat. Voorwaarde hiervoor is wel dat de verzekeringsonderneming de betrokken werkzaamheden duidelijk moet kunnen verbinden aan een van de beide uitoefeningsvormen: vestigingsrecht of vrije dienstverrichting.⁵¹³

Ten aanzien van vrije dienstverrichting zijn de volgende drie categorieën te onderscheiden:⁵¹⁴

- actieve dienstverrichting waarbij de verzekeraar actief verzekeringen aanbiedt in andere lidstaten;
- passieve dienstverrichting waarbij de verzekeringnemer zich naar de lidstaat van de verzekeraar verplaatst om daar met die verzekeraar een verzekeringsovereenkomst te sluiten;
- dienstverrichting via de digitale weg waarbij verzekeraar en verzekeringnemer uit verschillende lidstaten afkomstig zijn en een verzekeringsovereenkomst afsluiten zonder geen van beide naar de andere lidstaat toe gaat.

6.2.2. De staat waar het risico is gelegen

Op het niveau van de Unie zijn afspraken gemaakt over de criteria voor het vaststellen van de staat waar een bepaald (te verzekeren) risico is gelegen. Door deze afspraken zijn een aantal zaken gereguleerd en is antwoord geboden op vragen zoals:

- is er sprake van een grensoverschrijdende dienstverrichting?
- is er sprake van een notificatieplicht?
- in welk land is assurantiebelasting verschuldigd en hoeveel?
- welk recht wordt van toepassing verklaard op de overeenkomst?
- welke regels van algemeen belang zijn van toepassing op de verzekeringsovereenkomst?
- is er sprake van een verplichte verzekering?

De in de wet verankerde afspraken over de ligging van een risico (staat waar het risico is gelegen) worden in deze paragraaf nader toegelicht.

Verzekeringen kunnen betrekking hebben op o.a. personen, zaken, aansprakelijkheid, voertuigen, vaartuigen, vliegtuigen. Door de aard en ligging van de te verzekeren goederen en/of personen is het vaak moeilijk te bepalen wanneer men grensoverschrijdend actief is en dus wanneer de verrichte verzekeringsactiviteiten onder het vrij verkeer van diensten vallen.

Ten aanzien van de verzekeringen is op het Europees niveau een systeem ontwikkeld om te bepalen in welk land het te verzekeren risico is gelegen. Op basis van dit systeem wordt het al dan niet grensoverschrijdende karakter van een schadeverzekering beoordeeld op basis van de in art. 1:1 Wft opgenomen definitie betreffende *de staat waar het risico is gelegen*. Deze definitie geldt ook op het niveau van de Unie en is in de nationale wetgeving van de lidstaten opgenomen als gevolg van de implementatie van de bepaling over de ligging van het risico uit art. 2 sub d) van de Tweede richtlijn schadeverzekeringen.⁵¹⁵

De definitie uit de Wft betreffende de staat waar het risico is gelegen luidt als volgt:

“a. de staat waar de zaken waarop een schadeverzekering betrekking heeft zich bevinden, indien de schadeverzekering betrekking heeft op een onroerende zaak, dan wel op een onroerende zaak en op de inhoud daarvan, voorzover deze door dezelfde schadeverzekering wordt gedekt;

⁵¹¹ Beckmann 2015, p. 81.

⁵¹² Komt overeen met datum inwerkingtreding van Derde Richtlijnen 92/49/EEG en 92/96/EEG.

⁵¹³ Zie 2000/C 43/03 Publicatieblad van de EG van 16.02.2000, C43/12. Zie over vestigingsrecht en vrij verkeer van diensten Beckmann 2015, p. 80. Naast het vrijheid van vestigen van bijvoorbeeld een bijkantoor in een andere lidstaat kan een verzekeraar ook gebruik maken van het vrij verkeer van diensten. Hier kan de verzekeraar verzekeringen betreffende risico's in verschillende lidstaten aanbieden zonder in die desbetreffende lidstaten fysiek aanwezig hoeft te zijn.

⁵¹⁴ Beckmann 2015, p. 80-81.

⁵¹⁵ Tweede Richtlijn nr. 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 (*PbEG* L 172, p. 1).

- b. de staat van registratie, van voertuigen of vaartuigen van om het even welke aard waarop een schadeverzekering betrekking heeft;
- c. de staat waar een verzekeringnemer een verzekering heeft gesloten, indien het een schadeverzekering betreft met een looptijd van vier maanden of minder die betrekking heeft op tijdens een reis of vakantie gelopen risico's, ongeacht de branche;
- d. in alle andere gevallen van schadeverzekering, de staat waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft, of, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de staat waar zich elke duurzame, vaste inrichting van deze rechtspersoon bevindt waarop de verzekering betrekking heeft;”

Voor wat betreft de levensverzekeringen wordt het verrichten van diensten door de levensverzekeraars gedefinieerd in art. 1:1 Wft onder de bepaling *verrichten van diensten* onder b punt 2:

“het door een levensverzekeraar sluiten van een levensverzekering vanuit een vestiging, gelegen in een andere staat dan die waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft, of waar zich, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de vestiging van deze rechtspersoon bevindt waarop de verzekering betrekking heeft”.

Duidelijk is dat voor wat betreft de levensverzekeraars (overigens niet anders dan bij schadeverzekeraars) het criterium *gewone verblijfplaats* van groot belang is voor het vaststellen of er sprake is van grensoverschrijdend verzekeringsdienst. Dit criterium komt in paragraaf 6.2.3. nader aan de orde.

Het bepalen van de ligging van het te verzekeren/verzekerde risico levert overigens vaak problemen op. In de zaak Kvaerner uit 2001 oordeelde het HvJ over de definitie van vestiging: *“de dochter- en kleindochtermaatschappij van de rechtspersoon die verzekeringnemer omvat”* en *“alle met elkaar verbonden vennootschappen binnen een concern omvat wanneer een van die vennootschappen een verzekeringspolis afsluit die andere vennootschappen van het concern dekt”*.⁵¹⁶

Dit arrest brengt de vennootschapsrechtelijke benadering naar voren versus de economische benadering vanuit de Tweede schaderichtlijn. Dat betekent volgens De Korte⁵¹⁷ dat *“onder omstandigheden niet met zekerheid valt te zeggen waar het risico is gelegen indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is”*.

Verzekeraars hebben er alle belang bij om bij het beoordelen van het ter verzekering aangeboden risico eerst te onderzoeken of dit risico wel in hun zeteland is gelegen (voor wat betreft schadeverzekeringen) en of de gewone woonplaats of vestiging van de verzekeringnemer niet afwijkt van de plaats van vestiging van de levensverzekeraar (voor wat betreft levensverzekeringen). Het belang van dit onderzoek is o.a. gelegen in de mogelijke toepasselijkheid van Rome I (voor het geval dat het risico buiten het zeteland van de schadeverzekeraar is gelegen of indien de levensverzekeraar diensten verricht volgens de definitie van art. 1:1 Wft) en de toepasselijkheid van de hierin opgenomen bepalingen ten aanzien van de rechtskeuze. Verzekeraars zullen immers de bepalingen van Rome I moeten naleven bij het bepalen van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht als ook voor het bepalen van het toepasselijk recht bij gebrek aan rechtskeuze. Bovendien zullen ze aan de hand van deze vragen moeten onderzoeken of er eventuele dwingendrechtelijke bepalingen gelden voor een specifieke verzekeringsovereenkomst. Daarnaast is het beantwoorden van de voornoemde vragen van belang voor het beoordelen of de verzekeraar een melding ofwel notificatie⁵¹⁸ dient te verrichten aan de eigen toezichthoudende instantie. Deze zogenaamde notificatieplicht geldt indien het te verzekeren risico buiten het zeteland is gelegen in een lidstaat waar de verzekeraar nog niet actief is.

Verder zal deze beoordeling van groot belang zijn voor de indirecte belastingen en parafiscale heffingen gerelateerd aan de verzekeringsovereenkomst en de premie. Door de implementatie van de Tweede

⁵¹⁶ Zie r.o. 53 en r.o. 56 van het arrest HvJ EG 14 juni 2001, zaak C-191/99 (Kvaerner), ECLI:EU:C:2001:332.

⁵¹⁷ De Korte 2007, p. 118.

⁵¹⁸ Notificatie is een formele melding aan de DNB waaruit blijkt dat een verzekeraar met zetel in Nederland buiten Nederland verzekeringsproducten wil aanbieden in bepaalde EU landen en in bepaalde branches. Zie hiervoor art. 34 Derde richtlijn schadeverzekeringen, voor Nederland geïmplementeerd in de Wft. Zie ook www.toezicht.dnb.nl/2/50-202304.jsp.

richtlijn⁵¹⁹ in de nationale wetgeving van de lidstaten is immers het principe ingevoerd dat verzekeringscontracten onderworpen zijn aan de belasting van de lidstaat waar het risico is gelegen.

De hoogte van de heffing en de beslissing of er assurantiebelasting wordt geheven berust bij de lidstaten zelf. Deze regel inzake het heffingsbevoegde land is ook opgenomen in art. 46 lid 2 van de Derde richtlijn schadeverzekeringen en tevens geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving in art. 20 Wet belastingen van rechtsverkeer (hierna WBR).

Een nadere definiëring van de plaats waar het risico is gelegen is opgenomen in art. 21 WBR. Hoofddregel is dat het risico in Nederland is gelegen indien de verzekeringnemer in Nederland woont of, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de vestiging van die rechtspersoon waarop de verzekering betrekking heeft in Nederland is gelegen (art. 21, eerste lid WBR). In art. 21, tweede lid WBR worden voorts de gevallen genoemd, waarop de hoofddregel van art. 21, eerste lid WBR geen toepassing vindt.

Indien op basis van een verkeerde beoordeling van de ligging van het risico in een verkeerd land assurantiebelasting en eventuele parafiscale heffing wordt/worden betaald, dan blijft de verzekeraar nog steeds verschuldigd om deze belasting af te dragen aan de lidstaat waar het risico daadwerkelijk is gelegen.⁵²⁰

Dit kan grote (toekomstige) financiële consequenties meebrengen voor de verzekeraars wegens eventuele naheffingen.

Uit het bovenvermelde blijkt dat de ligging van het risico gekoppeld is aan zowel conflictenrechtelijke als fiscale wetgeving. Verder bepaalt de ligging van het risico de wettelijke eisen waaraan de verzekeraar dient te voldoen ten aanzien van de naleving van de regels van *algemeen belang* en de bepalingen ten aanzien van verplichte verzekeringen. Om die reden heeft een verzekeringsonderneming alle belang bij een acceptatieproces dat rekening houdt met de bepalingen betreffende de staat waar het risico is gelegen. In het kader van een dergelijk proces kunnen de buiten Nederland gelegen risico's gesignaleerd worden. Hiermee kan de verzekeraar voorkomen dat zonder een uitdrukkelijke wens daartoe toch buiten Nederland gelegen risico's gaat accepteren. Een zorgvuldig proces zorgt voor betere beheersing van de compliance risico's verbonden aan grensoverschrijdend verzekeren.

Overigens geldt niet voor alle schadeverzekeringen dat zonder wens daartoe geen buiten zetland gelegen risico's worden verzekerd. Voorbeeld hiervan is de situatie van de Nederlandse zorgverzekeraars, die bij het aanbieden van de zorgverzekering ingevolge de Zvw, gebonden zijn aan een acceptatieplicht. Deze acceptatieplicht geldt ten aanzien van de verzekeringsplichtigen voor de Nederlandse zorgverzekering. Aangezien onder de verzekeringsplichtigen ook personen met een woonplaats buiten Nederland⁵²¹ kunnen vallen, zijn Nederlandse zorgverzekeraars hiermee ook verplicht om grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten te sluiten. Aanwezigheid van de wens om in buitenland gelegen risico's te verzekeren is hierbij totaal irrelevant.

Onderzoek naar de ligging van het risico houdt in dat indien een onroerende zaak of de inhoud daarvan zoals inboedel of inventaris ter verzekering wordt aangeboden, wordt gekeken naar waar deze onroerende zaak is gelegen. Ligt deze onroerende zaak in Nederland dan is er sprake van een risico dat in Nederland is gelegen. Ligt de onroerende zaak in een andere lidstaat, bijvoorbeeld in Duitsland, dan ligt het risico in Duitsland en dus buiten Nederland. Zodra een buiten Nederland gelegen risico ter verzekering wordt aangeboden, ook al is de eigenaar een Nederlander (uitgaande van zijn nationaliteit of van het feit dat hij/zij over een Nederlands woonplaats beschikt en dus een gewone verblijfplaats heeft in Nederland of als rechtspersoon in Nederland is gevestigd), zal dit risico op basis van in art. 1:1 Wft opgenomen definitie inzake *de staat waar het risico is gelegen* beoordeeld moeten worden. Afhankelijk van het te verzekeren risico is de conclusie mogelijk dat het om een buiten Nederland gelegen risico gaat.

Anders dan bij onroerende zaken wordt bij pleziervaartuigen juist gekeken naar de gewone verblijfplaats van de eigenaar. Standplaats (thuishaven) van het vaartuig is niet relevant voor het bepalen van de staat waar het

⁵¹⁹ Tweede Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche.

⁵²⁰ Op grond van art. 46 lid 2 Derde richtlijn schadeverzekeringen doet het op grond van art. 7 Tweede richtlijn schadeverzekeringen op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht niet af aan de bevoegdheid van een lidstaat om belasting te heffen ten aanzien van de op haar grondgebied gelegen risico's onder de overeenkomst.

⁵²¹ Dit heeft te maken met het feit dat de Wlz voor wat betreft verzekeringsplicht ingevolge de Zvw het werklandcriteria gebruikt, terwijl de Wft ten aanzien van personen het gewone woonplaatscriterium hanteert.

risico is gelegen. Uitzondering hierop is de situatie dat het vaartuig geregistreerd is. In dat geval is het land van de registratie relevant voor het bepalen van *de staat waar het risico is gelegen*.

Aangezien registratie niet verplicht en bovendien heel duur is, zal bij de meeste pleziervaartuigen de gewone verblijfplaats van de particuliere eigenaar of het vestigingsland (in het geval van een rechtspersoon) als uitgangspunt gelden. Bijvoorbeeld: een zeilboot met thuishaven Hindelopen (NL) van een eigenaar, die zijn woonplaats in Duitsland heeft, is een in Duitsland gelegen risico. Verzekeren van een dergelijk risico door een Nederlandse verzekeraar brengt verschillende juridische, contractuele en fiscale aspecten met zich mee.

Bij een verzekering, die dekking biedt ten behoeve van een in de EU-lidstaten geregistreerd schip, ligt het risico in de EU-lidstaat waar het schip is geregistreerd.

Voor het geval dat een schip buiten de Unie is geregistreerd, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, is er sprake van een verzekeringsovereenkomst met aanknopingspunt(en) buiten de lidstaten van de Unie. In dit geval geldt de regel dat het risico in Nederland is gelegen indien de verzekeringnemer in Nederland woont, of, ingeval de verzekeringnemer een rechtspersoon is, indien de vestiging van deze rechtspersoon waarop de verzekering betrekking heeft zich in Nederland bevindt. In overige gevallen is het risico buiten Nederland gelegen en beschikt Nederland dus ook niet over heffingsbevoegdheid met betrekking tot de assurantiebelasting.

Bij motorrijtuigen zal een dergelijk misverstand niet gauw voorkomen wegens de registratieplicht. Bij deze categorie verdient het verzekeren en dus bepalen van *de staat waar het risico is gelegen* ten aanzien van voertuigen, die geëxporteerd/geïmporteerd worden, extra aandacht. Daar gebeurt immers iets opmerkelijks. Registratie in het exporterende land wordt doorgehaald terwijl er nog geen registratie heeft plaatsgevonden in het importerende land. Gedurende een periode van dertig dagen, en in ieder geval tijdens de periode van maximaal dertig dagen dat het voertuig niet opnieuw is geregistreerd, gerekend vanaf de datum waarop het voertuig is geleverd, beschikbaar gesteld of verzonden naar de koper, dient de lidstaat van bestemming te worden beschouwd als de lidstaat waar het risico is gelegen.

Deze bepaling is wettelijk verankerd in Richtlijn 2005/14/EG, art. 4 lid 4:

“De volgende artikelen worden ingevoegd:

Artikel 4 bis

1. In afwijking van artikel 2, punt d), tweede streepje, van Richtlijn 88/357/EEG () wordt, wanneer een voertuig vanuit een lidstaat naar een andere lidstaat wordt verzonden, de lidstaat van bestemming, vanaf de aanvaarding van de levering door de koper, gedurende een periode van dertig dagen beschouwd als de lidstaat waar het risico is gelegen, zelfs indien het voertuig in de lidstaat van bestemming niet officieel is geregistreerd.”*

Deze richtlijnbeepaling is in het Nederlandse recht in art. 2, lid 7, onder c) WAM geïmplementeerd:

“Voor de toepassing van deze wet worden geacht gewoonlijk in Nederland te zijn gestald:[...];

c. motorrijtuigen, die vanuit een andere lidstaat naar Nederland worden verzonden, vanaf de aanvaarding van de levering door de koper, gedurende een periode van maximaal 30 dagen, zelfs indien het motorrijtuig niet officieel in Nederland is geregistreerd.”

In art. 1:1 Wft gegeven definitie inzake *staat waar het risico is gelegen* is niet gewijzigd naar aanleiding van Richtlijn 2005/14/EG en de wettelijke verankering in Nederland middels art. 2, lid 7 onder c) WAM. Indien het voertuig niet is geregistreerd ligt het risico voor wat betreft de WAM verzekering in de lidstaat waar de verzekeringnemer woont, of, ingeval de verzekeringnemer een rechtspersoon is, waar de vestiging van deze rechtspersoon waarop de verzekering betrekking heeft zich bevindt.

De Nederlandse wetgever heeft (ondanks de aanwijzingen van de Commissie⁵²²) ervoor gekozen om de desbetreffende regel uit de Richtlijn 2005/14/EG niet letterlijk over te nemen. Met de Nederlandse implementatie van deze richtlijn is in ieder geval gewaarborgd dat een voertuig, dat door een Nederlandse koper is gekocht met bestemming Nederland, conform de WAM bij één in Nederland toegelaten verzekeraar moet worden verzekerd.

Ten aanzien van kortlopende verzekeringen (met een looptijd tot maximum 4 maanden, zoals een kortlopende reisverzekering) geldt dat het verzekerde risico in de staat is gelegen waar de daarop betrekking hebbende verzekering is afgesloten.

⁵²² Aanwijzingen van de Commissie hielden in dat door de Vijfde Richtlijn alleen de lidstaat van het risico en niet de lidstaat waar het voertuig gewoon gestald is, wordt gewijzigd.

Dat betekent dat ongeacht de woonplaats van de verzekeringnemer een kortlopende verzekering, die in Nederland is afgesloten, geldt als een verzekering ter dekking van een in Nederland gelegen risico. Voor alle overige gevallen bepaalt de gewone verblijfplaats van de particuliere verzekeringnemer of het vestigingsland van een rechtspersoon de ligging van het ter verzekering aangeboden risico.

6.2.3. De gewone verblijfplaats

Zoals in paragraaf 6.2.2. reeds toegelicht is het begrip *gewone verblijfplaats* van wezenlijk belang voor de definitie van de ligging van het te verzekeren risico.

Hieronder wordt dit begrip nader behandeld.

Net als in art. 1:1 Wft inzake de definitie van de staat waar het risico is gelegen, bevat art. 7 Rome I ook de *gewone verblijfplaats* als criterium. Voor een goed begrip en toepassing van beide regels is het van belang dat er helderheid is over de uitleg van dit criterium. Een duidelijke definitie van het begrip *gewone verblijfplaats* kan immers de rechtszekerheid verhogen. Belangrijk is daarbij om deze collisieregels, anders dan de definitie vanuit Verordening 44/2001⁵²³, tot één criterium te beperken. Ingevolge deze wens is in art. 19 Rome I een nadere uitleg opgenomen ten aanzien van het begrip *gewone verblijfplaats*.

Volgens art. 19 lid 1 Rome I vormt de plaats van het hoofdbestuur het toepasselijke criterium voor de *gewone verblijfplaats* van vennootschappen, verenigingen of rechtspersonen, terwijl voor een natuurlijke persoon, bij de uitoefening van zijn bedrijf als zelfstandige, de hoofdvestiging geldt als criterium voor het bepalen van de gewone verblijfplaats. Lid 2 voegt hieraan toe dat, voor zover de overeenkomst in het kader van uitoefening van activiteiten of op grond van een overeenkomst onder de verantwoordelijkheid van een filiaal, agentschap of andere vestiging wordt uitgevoerd, de plaats waar het filiaal, agentschap of de vestiging zich bevindt geldt als gewone verblijfplaats. Ingevolge lid 3 geldt de regel dat de gewone verblijfplaats op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst wordt bepaald.

Art. 19 Rome I richt zich uitsluitend op de bepaling van de gewone verblijfplaats van rechtspersonen en particulieren die bedrijfsactiviteit uitoefenen en bevat geen definitie betreffende de gewone verblijfplaats van consumenten. Indien consumenten, particulieren als contractspartij optreden wordt aangenomen dat hun gewone woonplaats overeenkomt met hun gewone verblijfplaats. Echter voor het geval dat een consument zijn/haar persoonlijke als beroepsmatige binding in meer dan één lidstaat heeft, kan het bepalen van de gewone woonplaats tot problemen leiden.

In de zaak *Paraskevas Louloudakis*⁵²⁴ oordeelde het HvJ dat wanneer een persoon zowel persoonlijke als beroepsmatige bindingen in twee lidstaten heeft, de gewone verblijfplaats wordt bepaald op basis van alle relevante feitelijke kenmerken. Hierbij wordt gekeken naar de plaats waar het permanente centrum van zijn belangen is gelegen. Mocht deze beoordeling niet tot een duidelijke vaststelling van de gewone verblijfplaats leiden, dan moet voorrang worden gegeven aan de plaats waar het centrum van de persoonlijke bindingen is gelegen.⁵²⁵

In veel opzichten biedt het criterium *gewone woonplaats* geen optimale oplossing voor verzekeringnemers of potentiële afnemers van verzekeringen. Op dit moment bepaalt de woonplaats van de consument de beschikbare verzekeringsopties en niet het individuele risicoprofiel van de klanten. Dit komt door het feit dat de verzekeraars polissen opstellen op basis van de risicoverdeling die bepaald wordt door de lokale vraag en omstandigheden.⁵²⁶

Als gevolg van het feit dat consumenten geen werkelijke toegang hebben tot verzekeringsproducten uit andere lidstaten, worden hun mogelijkheden om een bij hun eigen risicoprofiel en wensen passend product te kopen beperkt. Deze beperking is in strijd met het principe van vrij verkeer binnen de EU en het verbod om consumenten op grond van hun nationaliteit of verblijfplaats bij het winkelen in EU anders te behandelen, tenzij hiervoor goede redenen bestaan.⁵²⁷

⁵²³ Hier gaat het om art. 60, lid 1, van Verordening nr. 44/2001 die voor het bepalen van de gewone verblijfplaats drie criteria gebruikt: statutaire zetel, hoofdbestuur en hoofdvestiging.

⁵²⁴ Zie HvJ EG 21 juli 2001, C-262/99 (*Louloudakis*), ECLI:EU:C:2001:407.

⁵²⁵ Voor de bepaling van de term *gewone verblijfplaats* in de zin van art. 7 eerste lid van Richtlijn 83/182 (waar de bepaling van gewone verblijfplaats eveneens is opgenomen) zie de volgende uitspraken van het HvJ: HvJ EG 26 april 2007, C-392/05 (*Alevizos*), ECLI:EU:C:2007:251 en HvJ EG 23 april 1991, C-297/89 (*Ryborg*), ECLI:EU:C:1991:160.

⁵²⁶ Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 18.

⁵²⁷ Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 18.

De *gewone verblijfplaats* als relevant criterium voor het bepalen van de staat waar het risico is gelegen levert ook problemen op bij de overdraagbaarheid van verzekeringsproducten bij de verhuizing van de verzekeringnemer naar een andere lidstaat. Meerdere verzekeringsproducten kennen immers ook voorwaarden waarbij de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer een belangrijke rol speelt en daaraan gerelateerde voorwaarden bevat (bijvoorbeeld ziektekostenverzekeringen en levensverzekeringsspolissen). Deze voorwaarden houden vaak in dat een verandering van de gewone verblijfplaats tot de beëindiging van de overeenkomst kan leiden.⁵²⁸

Mogen deze verzekeringen beëindigd worden of mag de verzekeraar verplicht worden om deze overeenkomsten voort te zetten ondanks de gewijzigde verblijfplaats van de verzekeringnemer?

In haar ‘Groenboek over financiële retaildiensten’ uit 2015 stelde de Commissie dat beperkingen betreffende de overdraagbaarheid van verzekeringsproducten “*de keuze van de consumenten en de grensoverschrijdende concurrentie*” beperken en tevens een ernstige belemmering vormen voor de consumenten die van de ene naar de andere lidstaat verhuizen.⁵²⁹ Hiermee lijkt de Commissie voornoemde vragen te beantwoorden in die zin, dat het onwenselijk is als verzekeringsovereenkomsten bij verhuizing naar een lidstaat beëindigd worden door de verzekeraar.

6.3. Mededinging op de interne markt

In het Protocol Nr. 27 ‘*Betreffende de interne markt en mededinging*’⁵³⁰ is bepaald dat de verdragsluitende partijen erkennen dat de interne markt een regime omvat dat waarborgt dat de mededinging niet wordt vervalst.

Goed werkende concurrentie op de interne markt is een voorwaarde voor de verwezenlijking van een vrije markt. Doordat een goed werkende markt een belangrijke motor van de economische welvaart is, vormt mededinging een belangrijk instrument om dit doel te bereiken.

Hieronder volgt een beknopte behandeling van het onderwerp mededinging uit Europeesrechtelijk en Nederlands perspectief. Alhoewel ten aanzien van de overige lidstaten van de EU, net als voor Nederland, relevante aspecten zijn te onderscheiden, is er in het kader van dit proefschrift ervoor gekozen om de toelichting van de initiatieven en onderzoeken van de markttoezichthouders enkel tot Nederland te beperken. Verder geldt ten aanzien van mededinging dat de kern van de nationale regels inzake mededinging een Europeesrechtelijk oorsprong hebben. Deze regels kennen verder een heldere doelstelling: een goedwerkende en concurrerende markt. Om die reden wordt hieronder ingegaan op de toelichting van het Europees kader, aangevuld met voorbeelden uit de lidstaat Nederland.

In overweging 2 van de EG-Concentratieverordening staat voornoemde doelstelling voor een goedwerkende en concurrerende interne markt centraal:

“Teneinde de doelstellingen van het Verdrag te bereiken, stelt artikel 3, lid 1, onder g), [...]ten doel een regime in te stellen waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Artikel 4, lid 1, van het Verdrag bepaalt dat de lidstaten en de Gemeenschap optreden met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging. Deze beginselen zijn van wezenlijk belang voor de verdere ontwikkeling van de interne markt.”

Ook in overweging 2 van de Dienstenrichtlijn wordt onderstreept het belang van de concurrentie op de interne markt:

“Een concurrerende dienstenmarkt is van vitaal belang voor de bevordering van de economische groei en de werkgelegenheid in de Europese Unie. Thans verhindert een groot aantal belemmeringen op de interne markt vele dienstverrichtende bedrijven, met name kleine en middelgrote ondernemingen, hun activiteiten over de nationale grenzen uit te breiden en ten volle profijt te trekken van de interne markt. Dit verzwakt het wereldwijde concurrentievermogen van dienstverrichters uit de Europese Unie.”

⁵²⁸ Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 19.

⁵²⁹ Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final van 10.12.2015, p. 19.

⁵³⁰ Zie www.europa-nu.nl/id/vibzn4ou2azk/protocol_27_betreffende_de_interne_markt.

Bij de oprichting van de EEG in 1958 werd in het oprichtingsverdrag naast de Gemeenschappelijk markt ook de wens voor een gemeenschappelijk mededingingsbeleid opgenomen.⁵³¹ In haar mededeling genaamd ‘Een interne markt voor het Europa van de 21^e eeuw’ uit 2007⁵³² stelde de Commissie:

“Het ontbreken van een daadwerkelijke mededinging en de versnippering van de markten, [...], moeten worden aangepakt zodat de consumenten daadwerkelijk de vruchten kunnen plukken van de openstelling van de markten en makkelijker begrijpen hoe de interne markt in hun voordeel kan functioneren.”

In hetzelfde document gaf de Commissie aan dat het EU-mededingingsbeleid een wereldwijde impact heeft omdat *“de Commissie de strijd aanbindt met kartels, concurrentieverstorende concentraties en misbruiken van een machtspositie waarvan Europese consumenten en bedrijven te lijden hebben, ongeacht de nationaliteit van de daarbij betrokken ondernemingen”*.

De artikelen 101 t/m 109 van het VWEU bieden een belangrijk kader voor de mededinging op de interne markt.⁵³³ Deze bepalingen gaan uit van de hoofdregel dat concurrentiebeperkende afspraken tussen ondernemingen verboden zijn. Ondernemingen met een machtspositie mogen hiervan geen misbruik maken en de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.⁵³⁴

De bepalingen betreffende de mededinging op de interne markt vinden naast ondernemingen ook toepassing op openbare diensten, overheidsbedrijven en diensten van algemeen belang.

In Nederland zijn de mededingingsregels opgenomen in de Mededingingswet. Bij het opstellen van de Mededingingswet beoogde de wetgever om de bepalingen van de wet zoveel mogelijk aan te sluiten bij de mededingingsregels van het Europees recht.⁵³⁵ Art. 6 lid 1 Mededingingswet bevat een vergelijkbaar verbod met de bepaling uit art. 101 lid 1 VWEU. De uitzondering op het verbod zoals opgenomen in art. 101 lid 3 VWEU is te vinden in art. 6 lid 3 Mededingingswet.

Ondernemingen mogen verwachten dat er helderheid is over de regels die ze in acht moeten nemen. Tevens mogen ze bij onduidelijkheid over bepaalde regels de Commissie informeel om advies vragen. Het is ingevolge overweging 38 van de Verordening 1/2003⁵³⁶ van groot belang dat rechtszekerheid voor ondernemingen gewaarborgd wordt. Rechtszekerheid draagt immers bij het vertrouwen van de markt en daardoor tot meer investeringen en economische groei. Hierdoor neemt de concurrentie op de markt toe, wat weer tot meer innovatie en groei kan leiden.

Het mededingingsbeleid bevat de volgende belangrijke uitgangspunten:

- Het in art. 101 VWEU opgenomen algemeen verbod op concurrentiebeperkende overeenkomsten⁵³⁷;
- Het in art. 102 VWEU opgenomen verbod van misbruik marktpositie⁵³⁸;

⁵³¹ Jarig van Sinderen, ‘Einde van het Angelsaksische model?’, www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16945/Blog-Einde-van-het-Angelsaksische-model.

⁵³² Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s, ‘Een interne markt voor het Europa van de 21^e eeuw’, COM(2007) 724 definitief, 20.11.2007, p. 5.

⁵³³ Rechtsgrondslag mededinging op de interne markt wordt gevormd door: artikelen 101 t/m 109 VWEU, alsmede Protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging. Hier is aangegeven dat onvervalste concurrentie onder het in art. 3, lid 3 VWEU genoemde doel van de interne markt valt, Verordening (EG) nr. 139/2004 betrefte de controle op concentraties van ondernemingen, artikelen 37, 106 en 345 VWEU voor overheidsbedrijven en de artikelen 14, 59, 93, 106, 107, 108 en 114 VWEU voor openbare diensten, diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang, Protocol nr. 26 betreft de diensten van algemeen belang, art. 36 van het Handvest van de grondrechten, zie hiervoor ook www.europarl.europa.eu/atyourservice/nl/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.1.html.

⁵³⁴ Zie www.europarl.europa.eu/atyourservice/nl/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.1.html.

⁵³⁵ Zie hiervoor de MvT bij het voorstel voor de Mededingingswet, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p.10:

“Dit voorstel van wet strekt ertoe de Wet economische mededinging te vervangen door een mededingingswet, die zoveel mogelijk aansluit bij de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap.” <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-24707-3.html>.

⁵³⁶ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:nl:PDF>

⁵³⁷ Hier gaat het om een verbod van de overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beperken en de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Deze overeenkomsten zijn nietig. Vrijstelling van dit verbod is mogelijk indien de overeenkomst een bijdrage levert aan tot de verbetering van productie en distributie, of de technische en economische vooruitgang bevordert, en bovendien een billijk deel van de daaruit voortvloeiende voordelen de consumenten ten goede komt, dat de overeenkomst niet onnodig beperkend is en dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten hierdoor niet wordt uitgeschakeld. Groepsvrijstelling is ook mogelijk en kan aangevraagd worden voor een groep van inhoudelijk vergelijkbare individuele overeenkomsten die gewoonlijk vergelijkbare gevolgen voor de concurrentie hebben. Verder is ook een apart groep van overeenkomsten met een gering belang te onderscheiden. Hierbij is nog relevant om te benoemen dat overeenkomsten die tot beperking van de mededinging „strekken”, niet als van gering belang kunnen worden beschouwd.

- Controle op concentraties⁵³⁹;
- Het in art. 107 VWEU opgenomen verbod op overheidssteun⁵⁴⁰;
- Bepalingen inzake openbare diensten, diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang (DAEB).⁵⁴¹

6.3.1. Kartelverbod

Onder het begrip kartel wordt het sluiten van overeenkomsten tussen ondernemingen binnen dezelfde sector verstaan.

Art. 101 lid 1 VWEU wordt vaak als het ‘kartelverbod’ aangeduid.⁵⁴² In dit artikellid is bepaald dat: “*alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervals*” verboden zijn.

Van beperking van de mededinging is dus enerzijds sprake in de gevallen dat de gesloten overeenkomst tot doel heeft om mededinging op de markt te beperken en anderzijds in de gevallen dat de overeenkomst objectief gezien voornoemd doel niet heeft, maar wel een negatief gevolg op de mededinging met zich mee brengt.

Het kartelverbod bevat de volgende relevante elementen⁵⁴³:

- onderneming;
- een overeenkomst, besluit of andere onderling afgestemde feitelijke gedraging;
- beperking van de mededinging;
- beïnvloeding van de handel binnen de EU.

Deze elementen worden hierna kort toegelicht.

Een belangrijk element van het kartelverbod is de aanwezigheid van een *onderneming*.

In de rechtspraak van het HvJ is dit begrip ruim uitgelegd en is bepaald dat onder een onderneming in het kader van het mededingingsrecht iedere entiteit valt, die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm en wijze van financiering.⁵⁴⁴

Onder economische activiteiten wordt ingevolge de rechtspraak van het HvJ⁵⁴⁵ het aanbieden van diensten of goederen op de markt verstaan. Bepaalde activiteiten zoals typische overheidstaken, zijn als niet-economisch geoordeeld⁵⁴⁶ en om die reden vallen niet onder de regels van mededinging.

Bij andere organisaties, zoals de ziektekostenverzekeraars is het niet meteen duidelijk of ze economische activiteiten uitoefenen en zo onder het ondernemingsbegrip van art 101 VWEU vallen.⁵⁴⁷ Om die reden en

⁵³⁸ Onder machtspositie wordt in dit verband verstaan “*een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen*” (HvJ 14 februari 1978, C-27/76 United Brands/ Commissie, ECLI:EU:C:1978:22). Voor de beoordeling van een machtspositie wordt de gehele interne markt of een wezenlijk deel daarvan als uitgangspunt genomen.

⁵³⁹ Ingevolge Verordening (EG) nr. 139/2004 is er sprake van een concentratie indien de daadwerkelijke concurrentie op de gemeenschappelijke markt of een aanzienlijk deel daarvan aanzienlijk wordt belemmerd, door het ontstaan of versterken van een machtspositie. Een dergelijke concentratie is onverenigbaar met de interne markt (artikel 2, lid 3).

⁵⁴⁰ Onder overheidssteun wordt verstaan de rechtstreeks door de lidstaten toegekende, met overheidsmiddelen bekostigde betalingen, zoals niet-terugbetaalbare subsidies en gunstige leningen, de vrijstelling van belasting en heffingen, schuldgaranties en zelfs overheidsdeelnemingen in bedrijven, voor zover deze steun de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bedrijfstakken vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Er is een limitatieve lijst opgesteld met steunmaatregelen waarvoor het verbod niet geldt en welke met de interne markt verenigbaar zijn.

⁵⁴¹ Het momenteel geldende DAEB-pakket bestaat uit een besluit van de Commissie (*PbEU* L 7 van 11.1.2012, p. 3) en twee mededelingen (*PbEU* C 8 van 11.1.2012, p. 14 en *PbEU* C 8 van 11.1.2012, p. 15) alsmede Richtlijn 2006/111/EG.

⁵⁴² Barents & Brinkhorst 2012, p. 558.

⁵⁴³ Zie www.minbuza.nl/ecer/dossiers/mededinging/het-kartelverbod.html.

⁵⁴⁴ Zie hiervoor de arresten HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (Höfner en Elser), ECLI:EU:C:1991:161, HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (Fédération Française des assurances e.a.), ECLI:EU:C:1995:392, HvJ EG 19 februari 2002, C309/99 (Wouters e.a.), ECLI:EU:C:2002:98.

⁵⁴⁵ Zie HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1987:283 en HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1998:303.

⁵⁴⁶ Zie hiervoor HvJ EG 19 januari 1994, C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/ Eurocontrol), ECLI:EU:C:1994:7.

om ieder mogelijke onduidelijkheid voor wat betreft de uitkomst van de beoordeling ten aanzien van de Nederlandse zorgverzekeraars, weg te nemen is in art. 122 Zvw bepaald dat mochten er twijfels ontstaan over de kwalificatie van deze entiteiten in de zin van artikel 101 VWEU, een zorgverzekeraar toch als een onderneming wordt aangemerkt in de zin van de Mededingingswet.⁵⁴⁸

Verder heeft de Commissie in haar besluit in de zaak inzake steunmaatregelen N541/2004 en N542/2004 gesteld dat de Nederlandse zorgverzekeraars ondernemingen zijn in de zin van het Europese mededingingsrecht.⁵⁴⁹

De mededingingsbepalingen gelden ook voor overheidsbedrijven, openbare diensten en diensten van algemeen belang. Mocht de verwezenlijking van de doelstellingen van deze bijzondere diensten gevaar lopen dan kunnen de mededingingsregels buiten werking worden gesteld.⁵⁵⁰

Het begrip *overeenkomst* is niet omschreven in de verbodsbepaling. Hier gaat het om het bestaan van een wilsovereenstemming met betrekking tot een gedraging op de markt.⁵⁵¹ Volgens het HvJ⁵⁵² speelt de vorm van deze wilsovereenstemming of de benaming hiervan geen rol. Het HvJ oordeelde in het arrest *Marlines/Commissie*:

“Volgens vaste rechtspraak volstaat, voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [art. 101 VWEU red.], dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen.

In de zaak C-32/11⁵⁵³ behandelde het HvJ de volgende prejudiciële vraag:

“Kunnen bilaterale overeenkomsten tussen een verzekeringsonderneming en bepaalde autoreparatiebedrijven of tussen een verzekeringsonderneming en een vereniging van autoreparatiebedrijven, krachtens welke het door de verzekeringsonderneming aan de reparateur betaalde uurtarief voor reparaties aan bij haar verzekerde voertuigen onder meer afhankelijk is van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de verzekeringsonderneming door bemiddeling van de als haar bemiddelaar inzake verzekeringen handelende reparateur afsluit, worden beschouwd als overeenkomsten die ertoe strekken dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en derhalve als in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU?”

Het HvJ bepaalde dat art.101, lid 1 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat bilaterale overeenkomsten tussen autoverzekeraars en autodealers, die tevens een reparatiebedrijf hebben, en die tevens een bepaling inhouden inzake de uurtarieven voor reparaties, afhankelijk worden gesteld van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de dealer als tussenpersoon voor die verzekeraar heeft afgesloten, naar hun strekking als mededinging beperkend kunnen worden aangemerkt. Dergelijke bepalingen zijn immers naar hun aard schadelijk voor de goede werking van de normale mededinging op een van de twee betrokken markten. Verder veroorzaken deze bepalingen ook een concurrentievervalsing tussen de reparatiebedrijven onderling.

Evenals bij een overeenkomst gaat het bij een besluit om een wilsovereenstemming tussen partijen om een bepaald marktgedrag te vertonen.

Bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging gaat het om een gedrag van de onderneming dat niet gebaseerd is op een bepaald afspraak en kan ook zonder enig contact tussen de ondernemingen

⁵⁴⁷ Zie hiervoor het arrest HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01 gevoegde zaken C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (AOK Bundesverband e.a.), ECLI:EU:C:2004:150 waarin het HvJ heeft geoordeeld dat organisaties van ziekenfondsen, zoals AOK Bundesverband, onder bepaalde voorwaarden geen ondernemingen zijn in de zin van art. 101 VWEU. Verder zijn ook relevant de arresten HvJ EG 19 februari 2002, C309/99 (Wouters e.a.), ECLI:EU:C:2002:98, HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (Poucet en Pistre/AGF en Cancava), ECLI:EU:C:1993:63 en HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09 (AG2R Prévoyance), ECLI:EU:C:2011:112.

⁵⁴⁸ In art. 122 Zvw staat: “Een zorgverzekeraar wordt, voor zover deze niet kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, voor de toepassing van de Mededingingswet aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 1 van die wet.”

⁵⁴⁹ Zie Besluit inzake Steunmaatregelen van de Commissie van 3 mei 2005 (C(2005)1329 fin) in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereenigingssysteem.

Vindplaats: <http://parlis.nl/pdf/bijlagen/BLG5430.pdf>

⁵⁵⁰ Zie www.europarl.europa.eu/atyourservice/nl/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.1.html.

⁵⁵¹ Barents & Brinkhorst 2012, p. 560.

⁵⁵² Zie HvJ EG 11 december 2003, T-56/99 (*Marlines/Commissie*), ECLI:EU:T:2003:333.

⁵⁵³ Zie HvJ EU 14 maart 2013, C-23/11 (*Allianz Hungária/Gazdasági Versenyhivatal*), ECLI:EU:C:2013:160.

plaatsvinden.⁵⁵⁴ Wel is er sprake van een gedragsafstemming waardoor partijen op de markt hun autonome positie prijsgeven en eveneens de onzekerheid over het gedrag van andere ondernemingen op de markt wegnemen.⁵⁵⁵ Dit leidt tot *beperking van de mededinging*.

Onder *beïnvloeding van de handel binnen de EU* wordt beoordeeld of art. 101 lid 1 VWEU van toepassing is op een bepaalde situatie. Indien er geen sprake is van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel binnen de interne markt, dan vindt dit artikel geen toepassing. Verder wordt aan de hand van het criterium *beïnvloeding van de handel binnen de EU* ook gekeken naar mogelijke effecten van een overeenkomst op het bestaan en functioneren van de interne markt.⁵⁵⁶

Het in artikelen 101 en 102 VWEU opgenomen kartelverbod kent verschillende uitzonderingen. In art.101 lid 3 VWEU is een van deze uitzonderingen opgenomen.

Voor de toepassing van deze uitzondering moet aan de volgende cumulatieve voorwaarden worden voldaan:

- de afspraak moet bijdragen aan een economische of technische vooruitgang;
- een billijk aandeel van deze voordelen moet aan de consumenten ten goede komen;
- de afspraken mogen niet verder gaan dan noodzakelijk; en
- er moet voldoende restconcurrentie overblijven.

6.3.2. Speciale aspecten mededinging verzekeraars

Verzekeraars, net als alle andere marktpartijen, zijn gehouden aan de naleving van de wet- en regelgeving gericht op het waarborgen van de mededinging op de nationale en interne markt en het bestrijden van de concurrentiebeperking. Van een mogelijke concurrentiebeperking is sprake als bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt tussen verzekeraars onderling of met tussenpersonen over hun marktgedrag. Hierbij zijn relevant artikelen 81 en 82 EG Verdrag, art. 2 van de EG-Concentratieverordening⁵⁵⁷ en de corresponderende artikelen van de Mededingingswet. De verbodsbepalingen voorzien van uitzonderingen zijn instrumenten voor het beleid.⁵⁵⁸

Het HvJ heeft in zijn arrest *Verband der Sachversicherer/Commissie*⁵⁵⁹ beslist dat de verzekeringssector onverkort onderworpen is aan de regels van mededinging.⁵⁶⁰

Desondanks werkte de Commissie ten behoeve van de verzekeringen een zogenaamde groepsvrijstellingsverordening uit. In deze verordening werd het verbod op afspraken, die de mededinging beperken, zoals behandeld in art. 101 lid 1 van het VWEU voor bepaalde, welomschreven overeenkomsten buiten toepassing verklaard.

De eerste groepsvrijstellingsverordening (Verordening 358/2003) voorzag, onder bepaalde voorwaarden, in een vrijstelling voor de volgende soorten overeenkomsten:

- overeenkomsten betreffende gemeenschappelijke berekeningen, tabellen en studies;
- opstellen van gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden;
- het gemeenschappelijk verzekeren van bepaalde standaardrisico's door middel van co-assurantie pools;
- het onderzoek en de goedkeuring van veiligheidsvoorzieningen.

Nadat de geldigheid van deze Verordening op 31 maart 2010 was verstrekt keurde de Commissie de daaropvolgende groepsvrijstellingsverordening (Verordening 267/2010) goed. Deze verordening (met een geldigheid tot 31 maart 2017) hernieuwde, onder bepaalde voorwaarden, de vrijstelling voor twee specifieke samenwerkingsvormen die de Commissie noodzakelijk achtte voor het optimaal functioneren van de verzekeringssector. Hieronder worden deze specifieke samenwerkingsvormen toegelicht.

⁵⁵⁴ Barents & Brinkhorst 2012, p. 561.

⁵⁵⁵ Barents & Brinkhorst 2012, p. 561.

⁵⁵⁶ Barents & Brinkhorst 2012, p. 562.

⁵⁵⁷ Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening').

⁵⁵⁸ Borgesius 2005.

⁵⁵⁹ HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85 (*Verband der Sachversicherer/ Commissie*), ECLI:EU:C:1987:34.

⁵⁶⁰ Schuermans/ Van Schoubroeck 2015, p. 89.

De eerste samenwerkingsvorm waarop de vrijstelling betrekking had betrof bepaalde vormen van informatie-uitwisseling tussen verzekeraars en meer specifiek bepaalde overeenkomsten voor het gezamenlijk opstellen en verrichten van:

- compilaties die nodig zijn voor de berekening van de gemiddelde kosten van de dekking van een welbepaald risico in het verleden;
- mortaliteitstabellen en tabellen waaruit de frequentie van ziekte, ongevallen en invaliditeit blijkt in verband met verzekeringsdekking die een kapitalisatie-element bevat;
- onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van algemene omstandigheden die zich aan de invloed van de belanghebbende ondernemingen onttrekken, hetzij voor de frequentie of de omvang van toekomstige schadeclaims betreffende een bepaalde risicocategorie, hetzij voor de rentabiliteit van verschillende soorten beleggingen.

Deze vrijstelling gold echter slechts indien aan de volgende voorwaarden werd voldaan:

- De compilaties, tabellen en onderzoeken mochten niet toelaten dat de betrokken verzekeringsondernemingen of verzekerde partijen worden geïdentificeerd;
- De compilaties, tabellen en onderzoeken mochten geen aanwijzingen bevatten over de omvang van de toepasselijke commerciële premies;
- De compilaties, tabellen en onderzoeken mochten enkel worden verspreid met de uitdrukkelijke vermelding dat ze niet bindend zijn;
- De compilaties, tabellen en onderzoeksresultaten worden onder redelijke, betaalbare en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking gesteld aan iedere verzekeringsonderneming, die om een exemplaar verzoekt, met inbegrip van verzekeringsondernemingen die niet actief waren op de geografische of de productmarkt waarop deze gegevens betrekking hadden. Bovendien werden deze compilaties, tabellen en onderzoeksresultaten ook onder redelijke, betaalbare en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking gesteld aan consumentenverenigingen of klantenorganisaties die hiertoe een gemotiveerd verzoek hadden ingediend (tenzij niet-openbaarmaking om redenen van openbare veiligheid objectief gerechtvaardigd zou zijn).

De tweede samenwerkingsvorm waarop de vrijstelling van toepassing was betrof overeenkomsten voor de gemeenschappelijke dekking van bepaalde soorten risico's door middel van co-assurantie-pools voor verzekeren en herverzekeren.

De Commissie was van mening dat deze pools noodzakelijk waren om alle risico's, ongeacht hun omvang, te kunnen dekken. Individuele verzekeringsondernemingen blijken immers vaak niet in staat om bepaalde risico's te verzekeren. In dit verband kan worden gedacht aan nucleaire risico's en het risico van terrorisme. Voorwaarde voor de pools om onder de groepsvrijstelling te vallen was dat alle ondernemingen, die aan de pool zouden deelnemen, (1) ook het recht hadden (met in achtname van een redelijke opzegtermijn) de pool te verlaten en dat ze (2) de vrijheid behouden om deze binnen de pool verzekerde specifieke risico's ook buiten de pool te verzekeren. Ten behoeve van de pool gesloten overeenkomsten mochten geen productie of verkoop beperken en ook niet leiden tot een verdeling van de markt en klanten en het maken van afspraken over de commerciële premie die de deelnemende partijen op het gebied van het directe verzekeringsbedrijf hanteren.

In de Verordening 267/2010⁵⁶¹ heeft Commissie de vrijstelling inzake overeenkomsten met gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden en veiligheidsvoorzieningen uit de eerste groepsvrijstelling niet verlengd. Reden hiervoor was dat, volgens de Commissie, deze vormen van samenwerking niet vaak voorkwamen binnen de verzekeringsbranche en dat ze ernstige mededingingsproblemen met zich konden brengen.

Indien een overeenkomst niet onder een vrijstelling viel dan moest de verzekeraar zelf beoordelen of de mededingingsregels op de in een overeenkomst geregelde samenwerking van toepassing waren en of de afspraken de naleving van de Mededingingswet konden belemmeren. Hierbij diende de verzekeraar rekening

⁵⁶¹ Verordening (EU) Nr. 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector.

te houden met de richtsnoeren van de Commissie betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten⁵⁶² en met de richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 VWEU.⁵⁶³

In haar *Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de werking van Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector*⁵⁶⁴ van 17 maart 2016 stelde de Commissie vast dat een groepsvrijstelling, zoals die gold voor de werking van de verzekeringssector, niet langer nodig lijkt te zijn. Hierbij is echter wel erkend dat er een behoefte is aan “*samenwerking in de verzekeringssector in verband met de compilatie en verspreiding van gemeenschappelijke berekeningen, tabellen en onderzoeken, en in verband met de mede(her)verzekering van specifieke soorten risico's*”. Desondanks stelde de Commissie vast dat wat de compilatie en verspreiding van gemeenschappelijke berekeningen, tabellen en onderzoeken betreft “*de toegevoegde waarde van een specifieke groepsvrijstelling twijfelachtig*” is. Voor wat betreft de mede(her)verzekeringspools stelde de Commissie vast dat verlenging van de groepsvrijstellingsverordening verzekeringen niet gerechtvaardigd is nu deze pools maar beperkt gebruikt worden en dat binnen de verzekeringsmarkt betere alternatieven zijn voor de pools om te mede(her)verzekeren. Bovendien zou volgens de Commissie het vervallen van de vrijstelling voor pools niet betekenen dat deze verboden worden, maar wel dat ze op basis van de voor alle sectoren geldende mededingingsregels worden beoordeeld.

Zoals hierboven toegelicht, gaat mededinging over concurrentie op de relevante markt. De Commissie stelde het ‘Groenboek over financiële retaildiensten’ uit 2015 dat de meeste markten voor verzekeringen in de lidstaten sterk geconcentreerd zijn en niet volledig concurrerend. Dit leidt volgens de Commissie tot de beperking van de keuzemogelijkheden van de consumenten als het gaat om de waarde en kwaliteit van de verzekeringsproducten die hen toegankelijk zijn.⁵⁶⁵

In de reactie op de openbare raadpleging over de herziening van de groepsvrijstellingsverordening verzekeringen gaf de meerderheid van de verzekeraars en hun brancheorganisaties aan dat de verzekeringsmarkten wel concurrerend zijn.⁵⁶⁶

Volgens de Commissie: “*toch wordt een hoge concentratie waargenomen in levens- en schadeverzekeringen; de concentratiegraad in de levensverzekeringssector, gemeten aan de hand van het marktaandeel van de vijf grootste levensverzekeringsmaatschappijen per 2013, varieert van 100% in Estland en Malta tot minder dan 40% in Duitsland en Kroatië*”.⁵⁶⁷

Deze grote verschillen lijken geen verband te hebben met de omvang van de desbetreffende nationale verzekeringsmarkten.⁵⁶⁸

Het lage overstappercentage van de consumenten op de onderzochte verzekeringsmarkten kan erop wijzen dat de concurrentie op deze markten onvoldoende werkt voor de consumenten. Lage overstappercentage kan ook betekenen dat overstap van consumenten naar andere aanbieders belemmeringen kent, waardoor het voor de consumenten niet aantrekkelijk is om op zoek te gaan naar de beste aanbiedingen en zich hiervoor extra in te spannen.

⁵⁶² Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Publicatieblad C 11 van 14.1.2011,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=URISERV%3A126062>

⁵⁶³ Zie [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex:52011XC0114\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex:52011XC0114(04)). Sinds 1 december 2009 is art. 81 van het EG-Verdrag art. 101 van het VWEU. Beide artikelen zijn in wezen identiek. Voor zover van toepassing, dienen in deze richtsnoeren de verwijzingen naar artikel 101 VWEU te worden gelezen als verwijzingen naar art. 81 van het EG-Verdrag. Bij het VWEU zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van ‘Gemeenschap’ door ‘Unie’ en de vervanging van ‘gemeenschappelijke markt’ door ‘interne markt’. In deze richtsnoeren wordt de terminologie van het VWEU gebruikt. Zie ook Koen Baekelandt, www.eubelius.be/nl/spotlight/mededingingsrecht-nieuwe-groepsvrijstelling-voor-de-verzekeringssector-0.

⁵⁶⁴ COM(2016) 153 final.

⁵⁶⁵ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 9.

⁵⁶⁶ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 9, zie ook samenvattend verslag van de antwoorden op de openbare geraadpleging over de herziening van de groepsvrijstellingsverordening verzekeringen, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_iber_review/index_en.html.

Zie ook Baak 2016, p. 29 ev.

⁵⁶⁷ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 9.

⁵⁶⁸ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 10.

Als zelfs op het nationaal niveau overstappen bemoeilijkt/ontmoedigd wordt, dan is het begrijpelijk dat er maar weinig consumenten het overstappen naar een aanbieder uit een andere lidstaat zullen overwegen. Hierbij zou overigens ook van de aanbiederskant de bereidheid moeten bestaan om hun producten aan consumenten uit een andere lidstaat dan hun zeteland aan te bieden. In het geval dat het blijkt dat er maar weinig aanbieders bereid zijn om aan deze consumenten verzekeringsproducten aan te bieden is de vraag naar de redenen van gebrek aan grensoverschrijdende overstap van consumenten vrij theoretisch.

Overigens hoort bij het vraagstuk overstap van consumenten ook de kanttekening dat overstapdrempels niet altijd de oorzaak zijn van het lage overstappercentage.

In Nederland heeft de ACM de afgelopen jaren verschillende concurrentiestudies uitgevoerd. Uit deze studies kwam naar voren dat consumenten vaak niet overstappen, ondanks de aanzienlijke voordelen die ze met de overstap zouden kunnen behalen.⁵⁶⁹

6.3.3. Verbod op staatsteun

Naast het kartelverbod is voor de mededinging ook belangrijk dat concurrentie op de interne markt niet verstoord wordt door staatsteun, die aan ondernemingen uit een lidstaat wordt verleend, terwijl andere ondernemingen binnen de interne markt zonder dit voordeel moeten concurreren. Art. 107 lid 1 VWEU verbiedt in dit kader het verlenen van staatsteun aan ondernemingen voor zover hierdoor de concurrentie op de interne markt en de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed.

Het begrip *steun* wordt breed uitgelegd en omvat elke maatregel, die de lasten van ondernemingen verlicht, welke lasten normaal gesproken ten laste van het budget van een de onderneming vallen.⁵⁷⁰

Uit de rechtspraak van het HvJ⁵⁷¹ blijkt dat verbod om staatsteun te verlenen aan ondernemingen wordt overtreden indien aan de volgende criteria is voldaan:

- er wordt steun verleend aan bepaalde ondernemingen of bepaalde groep ondernemingen;
- de steun wordt gefinancierd uit overheidsmiddelen;
- de concurrentie op de interne markt wordt vervalst;
- en de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed.

Een voordeel tot een maximum van EUR 200.000 over een periode van drie jaar valt onder de Minimiseringsverordening⁵⁷² en dient niet te worden aangemeld bij de Commissie.

6.4. Gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt

Verzekeraars, net als andere ondernemers op de markt, hebben baat bij een gelijk speelveld. Dit geldt voor de Nederlandse verzekeringsmarkt maar ook voor de interne Europese markt. Hiermee wordt de concurrentie tussen deze marktpartijen gewaarborgd. Maar wat betekent gelijk speelveld precies en hoe kan dit begrip het beste toegepast worden op de verzekeringsmarkt?

Hieronder wordt ingegaan op het begrip *gelijk speelveld* en de relevantie hiervan voor de interne verzekeringsmarkt.

6.4.1. Het begrip *gelijk speelveld*

Ingevolge het CPB document nr. 34 uit 2 oktober 2003, genaamd '*Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field*'⁵⁷³ ofwel '*Gelijke regels of gelijke kansen? Het begrip 'gelijk speelveld' verduidelijkt*' zijn twee interpretaties van het begrip *gelijk speelveld* te onderscheiden.⁵⁷⁴

Ten eerste kan het gelijk speelveld gezocht worden in termen van regels: dezelfde regels voor alle bedrijven. Onder 'regels' worden dan alle vormen van overheidsbeleid bedoeld, zoals wetgeving en regels ten aanzien van bijvoorbeeld subsidies. Voor wat betreft de regels is een speelveld gelijk wanneer de regels symmetrisch

⁵⁶⁹ Zie kabinetsreactie op het 'Groenboek over financiële retaildiensten', p. 6.

⁵⁷⁰ Zie hiervoor r.o. 58 van HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94 (SFEI e.a.), ECLI:EU:C:1996:285. Zie ook De Vries 2006, p. 116.

⁵⁷¹ Zie hiervoor r.o. 33 van HvJ EG 15 juli 2004, C-345/02 (Pearle e.a.), ECLI:EU:C:2004:448.

⁵⁷² Zie Verordening 1407/2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2013, L352/1.

⁵⁷³ Vindplaats: www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/equal-rules-or-equal-opportunities-demystifying-level-playing-field.pdf

⁵⁷⁴ Zie ook www.cpb.nl/publicatie/gelijke-regels-gelijke-kansen-het-begrip-gelijk-speelveld-verduidelijkt.

zijn: dezelfde regels zijn van toepassing voor alle (verschillende) bedrijven die op een bepaalde markt actief zijn. Dit heeft tot gevolg dat twee bedrijven in een gelijke omstandigheid gelijk worden behandeld.

Ten tweede kan het gelijke speelveld gezocht worden in termen van uitkomst: alle bedrijven hebben een gelijke verwachte winst. Ondernemingen hebben een gelijk speelveld in termen van uitkomst wanneer ze dezelfde kenmerken bezitten (bijvoorbeeld dezelfde productiekosten en strategische mogelijkheden) en de regels symmetrisch zijn. Indien de ondernemingen niet over dezelfde kenmerken beschikken kan de overheid een gelijk speelveld in termen van uitkomst creëren door, bijvoorbeeld met behulp van subsidies, een bedrijf dat een concurrentienadeel heeft te compenseren.

Gelijk speelveld in termen van regels is wenselijk maar er bestaan volgens het rapport van CPB ook uitzonderingssituaties. Het rapport van CPB⁵⁷⁵ concludeerde ook dat het nastreven van een volledig gelijk speelveld in termen van uitkomst nooit wenselijk is, maar dat in specifieke gevallen wenselijk kan zijn om het speelveld in bepaalde mate te effenen.

Uit het rapport van CPB⁵⁷⁶ blijkt dat de overheid welvaart kan bevorderen door een gelijk speelveld in regels toe te passen; bedrijven opereren dan onder gelijke condities op een markt en deze markt doet vervolgens zijn werkt.

Onder het begrip *gelijk speelveld* (ofwel level playing field) wordt hierna een gelijk speelveld in de *termen van regels* bedoeld.

6.4.2. Toepassing gelijk speelveld op de interne verzekeringsmarkt

Afhankelijk van bijvoorbeeld de nationale politieke situatie, bestaande verzekerings- en toezichtscultuur en branchespecifieke omstandigheden kunnen wetgevers en toezichthouders uit de afzonderlijke lidstaten een eigen visie op nahouden als het gaat om de regels betreffende de verzekeraars met zetel in hun eigen lidstaat. Als de door de nationale wetgever aangenomen wettelijke regels en de door de nationale toezichthouder gestelde eisen afwijken van die van hun peers in de overige lidstaten, dan kunnen deze inspanningen nadelige gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van de (her-)verzekeraars met zetel in hun lidstaat. Deze nadelige gevolgen zijn direct zichtbaar op hun eigen nationale verzekeringsmarkt die onderdeel is van de Europese verzekeringsmarkt.

Uiteraard kunnen deze inspanningen ook veel voordelen bieden voor wat betreft de financiële stabiliteit van de (her)verzekeraars waarop deze regels van toepassing zijn. Gelijk speelveld gaat echter over gelijke regels ongeacht het waardeoordeel over deze regels. Europese regelgeving zal er grotendeels voor kunnen zorgen dat steeds meer een gelijk speelveld wordt gecreëerd. Dit gebeurt dan via het opstellen van direct werkende verordeningen en middels maximumharmonisatie, waardoor naar verwachting een ‘single rule book’ van regelgeving zal ontstaan binnen de Unie.

Iedere speler op de interne verzekeringsmarkt heeft belang bij gelijke regels voor de toegang tot en uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Toezicht speelt hierbij een belangrijke rol, zoals Schoenmaker stelt in zijn policy brief van december 2016 inzake de Europese verzekeringsunie en de weg daarnaartoe:⁵⁷⁷

“Another challenge in international regulation and supervision is the level playing field. Even with a harmonised regulatory regime, supervisors might interpret or apply ‘common’ rules differently.”

Wet- en regelgeving dient hierbij rekening te houden met de diversiteit van de marktdeelnemers. Deze partijen kunnen wegens hun hoedanigheid of grootte of wegens de aard van de te verzekeren risico’s wel of geen bijzondere bescherming nodig hebben.

De verschillen in de nationale wet- en regelgeving van de afzonderlijke lidstaten hebben veelal betrekking op verbintenisrechtelijke aspecten, als gevolg van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht, de specifieke regels van het nationale verzekeringsrecht, jurisprudentie inzake de voornoemde rechtsgebieden en/of de toezichtwetgeving die betrekking hebben op de markttoegang en de activiteiten van de verzekeringsbedrijven. Volgens McGee⁵⁷⁸ zou aandacht besteed kunnen worden aan de harmonisatie van de

⁵⁷⁵ Zie ook www.cpb.nl/publicatie/gelijke-regels-gelijke-kansen-het-begrip-gelijk-speelveld-verduidelijkt.

⁵⁷⁶ www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/bijlagen/doc34-uitgebreide-samenvatting.pdf.

⁵⁷⁷ D. Schoenmaker, ‘European Insurance Union and how to get there’, Policy brief, issue 4, december 2016, p. 6.

⁵⁷⁸ McGee 1998, p. 15.

toezichtwetgeving, zodat verschillen verminderen en de toepasselijke regels meer evenwicht creëren tussen de marktpartijen. Hiervoor zou niet gewacht hoeven te worden op de harmonisatie van het verzekeringsrecht, dat betrekking heeft op de inhoud van de verzekeringsovereenkomst.

Wat het cross-sectorale level playing field (gelijk speelveld) betreft is relevant de brief van 26 januari 2016, die door het Gemengd Comité van de drie Europese toezichthouders is gestuurd aan de Commissie.

In deze brief wijst het Gemengd Comité op een aantal juridische issues in de huidige wet- en regelgeving betreffende de bancaire-, verzekerings- en beleggingssector en stelt dat deze issues de Europese toezicht- autoriteiten verhinderen in het creëren van een gelijk speelveld.⁵⁷⁹

Gelijk speelveld is niet alleen van belang voor aanbieders van verzekeringsovereenkomsten. Ook verzekeringnemers hebben belang bij een gelijk speelveld waarbij ze weten dat ze niet te maken krijgen met discriminatie wegens hun land van herkomst en/of nationaliteit en dus onder gelijke voorwaarden gebruik kunnen maken van de verzekeringsproducten en –diensten van de interne markt.

6.5. Conclusies

De door het Unierecht geboden vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting bieden nog onvoldoende waarborgen voor een goedwerkende interne verzekeringsmarkt. Naast een gedeeltelijk geharmoniseerde regelgeving betreffende het aanbieden van verzekeringsactiviteiten spelen nationale privaatrechtelijke bepalingen en regels van algemeen belang immers een mogelijk belemmerende rol voor de interne verzekeringsmarkt.

Onduidelijk is echter of de voornoemde belemmerende factoren een doorslaggevende rol spelen in de keuze van de verzekeraars ten aanzien van grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten en voor de werking van de interne markt.

Een verzekeraar zou voor een correcte naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving bij ieder ter verzekering aangeboden risico de staat waar het risico is gelegen moeten bepalen en een doeltreffend proces moeten volgen ten aanzien van de acceptatie van risico's die buiten het zeteland of land van het bijkantoor liggen. Voor de verzekeraar vormt het bepalen van de staat waar het risico is gelegen immers de eerste stap bij het inventariseren van de relevante wet- en regelgeving en beheersing van de aan de verzekerings-activiteiten verbonden risico's.

De wetgever zou aan de verbetering van dit proces kunnen bijdragen met meer duidelijkheid ten aanzien van het bepalen van de gewone verblijfplaats van personen, die in meerdere landen wonen, vaak verhuizen of in een land wonen en in een ander land werken.

Polishouders zouden beter beschermd moeten worden bij verhuizing van de ene lidstaat naar een andere. Tevens zouden verzekeraars in dergelijke gevallen niet zonder meer een verzekering mogen beëindigen.

Mededingingsregels zorgen ervoor dat de concurrentie op de markt niet wordt beperkt. Het Unierecht bevat mededingingsregels die de goede werking van de markt moeten waarborgen. Deze mededingingsregels zijn ook in het nationale recht van de lidstaten geïmplementeerd. Het kartelverbod geldt als belangrijke regel voor alle ondernemingen, dus ook voor verzekeraars.

Ten aanzien van de verzekeraars heeft de Commissie in twee achtereenvolgende groepsvrijstellings- verordeningen bepaald dat de mededingingsbeperkende afspraken ten aanzien van bepaalde overeenkomsten buiten toepassing waren verklaard. De laatste groepsvrijstellingsverordening is op 31 maart 2017 verlopen. Sindsdien gelden de gewone mededingingsbepalingen voor de verzekeraars.

Gelijk speelveld in de vorm van gelijke regels zorgt voor eerlijke concurrentie tussen de marktpartijen (waaronder verzekeraars). Regelgeving, die enkel voor een deel van de marktpartijen geldt, en/of verschillende uitleg en/of toepassing van geharmoniseerde regelgeving is in strijd met het beginsel van het gelijke speelveld.

Van een gelijk speelveld profiteren naast de marktpartijen (zoals verzekeraars) ook de verzekeringnemers doordat ze op gelijke behandeling en voorwaarden kunnen rekenen binnen de interne verzekeringsmarkt.

⁵⁷⁹ 'The cross-selling of financial products- request to the European Commission to address legislative inconsistencies between the banking, insurance and investments sector', 26.01.2016.

www.eba.europa.eu/documents/10180/15736/ESAs+letter+to+European+Commission+on+cross-selling+of+financial+product....pdf

7. Ontwikkelingen interne verzekeringsmarkt

7.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk werd het aanbieden van de verzekeringen op de interne markt toegelicht. In dit hoofdstuk wordt uitgebreid ingegaan op de relevante aspecten van de interne verzekeringsmarkt als onderdeel van de interne markt. Onder deze relevante aspecten horen het wettelijk kader, knelpunten binnen de interne verzekeringsmarkt, ontwikkeling van het recht van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten op de interne markt, harmonisatie binnen de Unie.

Het aanbieden van verzekeringsdiensten veronderstelt een overeenkomst tussen verzekeraar en verzekeringnemer. Bij grensoverschrijdende dienstverrichting zijn de regels van IPR en die van Rome I van belang voor het bepalen van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht.

Een van de mogelijke instrumenten van de Europese wetgever om de goede werking van de interne markt te waarborgen is de harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten. Hierbij zijn drie verschillende opties te onderscheiden⁵⁸⁰. Deze opties komen in paragraaf 7.5. aan de orde.

Wat de implementatie van Europese richtlijnen in de nationale wetgeving betreft worden de volgende twee belangrijkste harmonisatiemogelijkheden onderscheiden: minimum- of maximumharmonisatie. Deze implementatiemethoden zullen eveneens worden toegelicht. Naast de geïmplementeerde wetgeving gelden in de afzonderlijke lidstaten ook regels van algemeen belang waarmee bij het grensoverschrijdend aanbieden van verzekeringen de verzekeraar rekening dient te houden. In dit hoofdstuk wordt om die reden ook ingaan op deze regels van algemeen belang. Hierbij wordt ook gewezen op de mogelijke gevolgen van het toepassen, uitbreiden van deze regels door de lidstaten.

7.2. Wettelijk kader interne verzekeringsmarkt

De belangrijkste wettelijke waarborgen voor het aanbieden van de verzekeringen op de interne markt zijn gelegen in de fundamentele vrijheden uit het Unierecht, namelijk het vrijheid van verkeer, personen, diensten en kapitaal.

De wetgeving op het niveau van Unie is gebaseerd op deze fundamentele vrijheden. Deze wetgeving kent of een rechtstreekse toepassing in de nationale recht van de lidstaten (zie verordeningen) of worden de bepalingen van de Europese richtlijnen geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de afzonderlijke lidstaten op basis van minimum of maximumharmonisatie. Onderscheid tussen minimum- en maximumharmonisatie is echter niet absoluut aangezien vaak ook verschillende tussenvormen worden gebruikt.⁵⁸¹

Bij de harmonisatie van de wetgeving ten behoeve van de interne markt wordt onderscheid gemaakt tussen drie verschillende opties:

- totale harmonisatie;
- partiële harmonisatie;
- optionele harmonisatie.⁵⁸²

Bij totale harmonisatie zijn de in een richtlijn opgenomen normen ten aanzien van een bepaald onderwerp dwingend voor alle lidstaten.

Bij partiële harmonisatie past de lidstaat eigen nationale bepalingen toe op basis van de ontsnappingsmogelijkheid opgenomen in art. 114 lid 4 VWEU.

Bij een optionele harmonisatie wordt bijvoorbeeld aan een producent een keuze gelaten tussen toepassing van de nationale regels of de op het EU niveau geharmoniseerde regels.⁵⁸³

Naast deze wetgeving, afkomstig van de Europese wetgever, kennen de lidstaten verschillende nationale regels, die ook van toepassing zijn op het aanbieden van verzekeringen, maar die met name ten aan de verzekeraars met zetel in de desbetreffende lidstaat gelden.

⁵⁸⁰ Van der Burg & Voermans 2015, p. 140.

⁵⁸¹ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 481.

⁵⁸² Van der Burg & Voermans 2015, p. 140.

⁵⁸³ Van der Burg & Voermans 2015, p. 140-141.

Door voornoemde mix van wetgeving bestaat in iedere lidstaat een specifiek nationaal wettelijk kader. Dit bevat weliswaar steeds meer bepalingen afkomstig uit de Europese wetgeving maar kent nog steeds een duidelijk nationaal karakter.

Gelet op het bovenstaande is er geen sprake van één wettelijk kader voor het verzekeren op de interne markt en zullen aanbieders van grensoverschrijdende verzekeringsdiensten rekening moeten houden met verschillende nationale jurisdicties van de lidstaten.

7.3. Knelpunten interne verzekeringsmarkt

Ingevolge de Interpretatieve mededeling van de Commissie inzake vrij verrichten van diensten en het algemeen belang in het verzekeringsbedrijf⁵⁸⁴ hebben: “*De Derde Richtlijnen* ⁵⁸⁵[...] *de interne markt in het verzekeringsbedrijf voltooid.*”

De Commissie erkende hierbij wel dat verschillen in de interpretatie van de bepalingen van het Verdrag en van de voorschriften van de verzekeringsrichtlijnen tot rechtsonzekerheid kunnen leiden. Rechtsonzekerheid kan vervolgens de verzekeringsondernemingen ervan weerhouden om gebruik te maken van de bij het Verdrag gewaarborgde vrijheden, waaronder het vrij verkeer van diensten. Dit heeft als gevolg dat verzekeringsondernemingen de rechtsonzekerheid als een belemmerende factor zien voor hun grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten. Dit leidt tot een beperking van de werking van de interne verzekeringsmarkt.

Rechtsonzekerheid kan enerzijds betrekking hebben op de strekking van de toepasselijke regels van de activiteiten van de verzekeringsondernemingen in verschillende lidstaten en anderzijds op de inhoud van de aan te bieden producten. Door de mogelijke verschillen in de interpretatie wordt ook de toegang van de verzekeringnemers tot de producten van verschillende verzekeraars (aanbieders) op de interne markt belemmerd, aangezien verzekeringnemers niet uit de volledige scala, van de op de interne markt aanwezige verzekeringsproducten, kunnen kiezen. Dit kan er mogelijk toe leiden dat ze voor wat betreft de prijs en de aangeboden dekking niet altijd de beste, bij hun wensen en de te verzekeren risico's passende, producten kunnen kiezen.

In de voornoemde interpretatieve mededelingen van de Commissie is getracht om toelichting te geven op de vraagstukken van het vrij verkeer en het algemeen belang in de verzekeringssector, met als doel om bovenvermelde verschillen van interpretatie, die het verzekeringsverkeer belemmeren, te verminderen.

Ondanks de doelstellingen van de Unie zoals opgenomen in de Verdragen, richtlijnen en verordeningen gericht op de voltooiing van de interne markt, waaronder de interne verzekeringsmarkt, wordt nog niet door iedere verzekeraar gebruik gemaakt van de interne markt. Dit betekent overigens niet dat de interne verzekeringsmarkt niet functioneert. Een deel van de verzekeraars maakt immers volop gebruik hiervan.

Dit doet concluderen dat deze verzekeraars kennelijk voldoende waarborgen ervaren om grensoverschrijdend verzekeringsovereenkomsten te sluiten en hun producten buiten hun zeteland aan te bieden.

Een ander deel van de verzekeraars is niet actief op de interne verzekeringsmarkt en beargumenteert deze keuze op basis van de bestaande belemmeringen. Enkele hiervan worden nader toegelicht. Deze knelpunten worden gezien als belemmerende factoren voor de goede werking en ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt.

In haar Position Paper stelde Insurance Europe, de Europese koepelorganisatie van de verzekeraars en herverzekeraars, vast dat de ontwikkeling van het vrije verzekeringsverkeer op de interne markt met name beïnvloed wordt door:

- uiteenlopende politieke en economische ontwikkelingen en belangen die per lidstaat kunnen verschillen;
- de dwingende nationale bepalingen van de afzonderlijke lidstaten betreffende het verzekeringsovereenkomstenrecht;
- de per lidstaat verschillende fiscale regels van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten;
- het recht dat van toepassing is op het verzekeringsbedrijf en het aanbieden van verzekeringen;

⁵⁸⁴ Zie 2000/C 43/03 Publicatieblad van de Commissie van 16.02.2000.

⁵⁸⁵ Richtlijnen 92/49/EEG (*PbEG* L 228 van 11.08.1992) en 92/96/EEG (*PbEG* L 360 van 9.12.1992).

- de regels betreffende consumentenbescherming;
- de bereidheid van de branche zelf om de kansen van de interne verzekeringsmarkt te benutten en erin te investeren.⁵⁸⁶

De Commissie onderkende de bestaande belemmeringen in de weg van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt en formuleerde in 2010 de volgende 6 knelpunten⁵⁸⁷:

“The integrated competitive and stable functioning of the Internal Market for insurance services is affected by four problems created by six problem drivers.

Problem drivers 1 and 2: Policyholders lack and cannot process important risk-related information

Problem driver 3: insurance undertakings can fail and produce substantial losses

The insufficient (problem driver 4) and uneven (problem driver 5) protection of policyholders.

Problem driver 6: cross-border insurance activities in the internal market.”

Uiteindelijk concludeerde de Commissie:

“Although cross-border activity is still relatively limited in the major EU insurance markets, it has increased over time and it is likely to increase further in the future”.

Verder was de Commissie van oordeel dat:

“The coexistence of different systems of IGS (including their total absence in some Member States) may create uneven levels of protection for policyholders purchasing insurance services in a Member State. This argument is particularly important in the context of an internal market that enables and encourages consumers to buy insurance cross-border.”

“Differences in IGS treatment between domestic and foreign EU insurers may result in an unlevel playing field and may cause distortions in competition between these two groups of insurers.[...] Consumers may, for instance, prefer to buy policies that are covered by an IGS to the detriment of insurers offering policies that are not covered. On the other hand, belonging to an IGS entails additional costs which will ultimately be borne by policyholders. Alternatively, consumers might prefer to buy lower priced insurance services because they are incapable of appreciating correctly the importance of IGS protection. This would again distort competition to the detriment of insurers which offer protected insurance products”⁵⁸⁸

De Commissie stelde tevens vast dat:

“Only EU action can ensure that all policyholders and beneficiaries acquiring insurance policies in the EU benefit from equal and comprehensive protection in the event that an insurance undertaking defaults, which also ensures a level playing field and thereby promotes further integration within the Internal Market.”

“A harmonised framework on IGS protection at EU level should also aim at contributing towards a level playing field between insurance companies and improving competitive neutrality of business conducted by domestic undertakings and incoming EU insurers who operate under the freedom to provide services or who provide insurance via branches”⁵⁸⁹.

Volgens de Commissie:

“The market for cross-border insurance services in general [...] is still very limited in the retail insurance sector. Evidence suggests that only global and multinational business insurance intermediaries, serving major multinational and domestic firms, and providing a wide range of services in addition to traditional brokerage, establish themselves in several member States.”[...]“There is no single EU register for insurance intermediaries where a consumer can easily find information about the registered sellers of different insurance products. As a consequence, sellers of insurance products lack easy access to information about how to go cross-border and this has a negative impact on competition in the EU insurance market”⁵⁹⁰.

“Divergences and weaknesses in national sanctioning regimes may prevent the development of a level playing field within the Internal Market: unequal treatment of violations in different Member States [...] risks creating competitive disadvantages for insurance intermediaries from certain Member States. Despite

⁵⁸⁶ Zie ook Position paper van Insurance Europe (voorheen CEA), de Europese koepelorganisatie van (her)verzekeraars van 28-01-2011 SMC-LEG-11-021, p.1, Position paper van CEA van 0-06-2011 SMC-LEG-11-051, p.1 over het Europese contractenrecht, www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/EC_Green_Paper_on_contract%20law.pdf en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:157:0001:0015:NL:PDF>, publicatie 2005/C 157/01 van 28.6.2005, p. 13.

⁵⁸⁷ Zie Commissie document SEC2010 0840.

⁵⁸⁸ Zie Commissie document SEC2010 0840, p. 23.

⁵⁸⁹ Zie Commissie document SEC2010 0840, p. 28.

⁵⁹⁰ Zie SVD(2012) 191 final, van 3.7.2012 Strasbourg (Commission Staf working document), p. 20.

the current low level of cross-border activities in the insurance mediation sector, it cannot be excluded that market players subject to IMD rules (which will include cross-border insurance undertakings) may exploit differences between sanctioning regimes in different Member States."⁵⁹¹

Insurance Europe wijst op de diversiteit van de wijze van distributie van verzekeringen die ook in de weg kan staan van één zaligmakende oplossing voor het verder ontwikkelen van de interne verzekeringsmarkt:

"Insurers sell their products either directly or through a variety of other distribution channels, of which the most familiar are brokers, agents and bancassurance. The diversity of distribution channels benefits consumers, whose cultures, needs and preferences vary across markets. It ensures that consumers have better access to insurance products and stimulates competition in the price and quality of products between providers and distributors.

Bancassurance has developed in parallel with life insurance business over the last decade and is today the main life distribution channel in many European countries. Agents and brokers also play an important role in the distribution of life policies. However, direct sales through employees or distance-selling are less developed in life than in non-life insurance. The distribution of non-life policies in Europe is mainly through intermediaries (agents and to a lesser extent brokers) and direct sales by employees and distance-selling."⁵⁹²

Ondanks de goede bedoelingen en de gestaag uitgevoerde regelgevingsactiviteit, die steeds meer tot maximale harmonisatie op het Europees niveau leidt⁵⁹³ en gaat leiden, blijft de weg tot een werkelijk goedwerkende interne verzekeringsmarkt moeizaam en vol kuilen, onverwachte, onoverzichtelijke bochten en kruispunten, die het gedrag van de weggebruikers beïnvloeden en van hen wegmisbruikers, slachtoffers of zondagsrijders kunnen maken. Vroeg of laat zal iedere verzekeraar beseffen dat hij door het negeren van de mogelijkheden van de interne markt (dat wil zeggen het afwijzen van de kansen die grensoverschrijdend opereren aan het bedrijf kan bieden) het veranderen van de eigen traditionele markt niet kunnen tegenhouden. De interne markt (als optelsom van de traditionele nationale markten van de lidstaten) verandert immers constant door marktpartijen, die wel op de interne markt opereren en hierdoor de mogelijkheden van vrij verkeer van diensten, gewaarborgd in wet- en regelgeving, voor hun onderneming steeds beter benutten.

7.4. Opties voor ontwikkeling Europees contractenrecht

Aangezien het verzekeringscontractenrecht onlosmakelijk is verbonden met het algemene contractenrecht en de ontwikkeling van het Europese contractenrecht ook voor het verzekeringsovereenkomstenrecht belangrijke gevolgen kan hebben worden hieronder aantal opties toegelicht voor de verdere ontwikkeling van het Europese contractenrecht.

De Commissie heeft in 2010⁵⁹⁴ onderzoek gedaan naar de beste instrumenten voor de ontwikkeling van het Europese contractenrecht, waaronder het verzekeringsovereenkomstenrecht. Hierbij hebben ze de volgende zeven opties benoemd.⁵⁹⁵

Optie 1: Publicatie van de resultaten van de deskundigengroep.

Hier is de noodzaak onderstreept van het beschikbaar stellen van de resultaten van de werkzaamheden van de deskundigengroep, zodat deze resultaten door de Europese- en nationale wetgevers als inspiratiebron worden gebruikt bij het opstellen van nieuwe wetgeving. Tevens zouden deze resultaten ook door de contractpartijen gebruikt kunnen worden bij het opstellen van standaardbedingen en voorwaarden. Tenslotte zouden deze resultaten in het hoger onderwijs betreffende het contractenrecht kunnen worden gebruikt.

⁵⁹¹ Zie SVD(2012) 191 final, van 3.7.2012 Strasbourg (Commission Staf working document), p. 22.

⁵⁹² Zie Insurance Europe, 'European Insurance- Key Facts Aug 2013', p. 23.

⁵⁹³ Zie Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 485 waarin is gesteld dat sinds de jaren 2000 een omkeer is waar te nemen in het beleid van de Commissie van minimum- naar maximumharmonisatie.

⁵⁹⁴ Zie Commissie, 'Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen', COM(2010) 348, 01.07.2010, p. 7 e.v.

⁵⁹⁵ Het gaat om de volgende opties: (1) geen beleidswijziging, (2) instrumentarium voor de EU-wetgever met modeldefinities en – regels, (3) facultatieve gemeenschappelijke regeling, (4) vaststelling van een facultatief instrument, als een secundaire regeling binnen het nationale burgerlijke recht van de lidstaten, (5) dwingende gemeenschappelijke recht met minimale of volledige harmonisatie, (6) uniform geheel van EU-bepalingen inzake overeenkomstenrecht in alle lidstaten en (7) vaststelling van een Europees burgerlijk wetboek.

Optie 2: een officieel instrumentarium voor de wetgever.

Hieronder wordt bedoeld het vaststellen van een referentie-instrumentarium om de samenhang en kwaliteit van de wetgeving gericht op het contractenrecht te waarborgen.

Optie 3: een aanbeveling van de Commissie over Europees contractenrecht.

Dit houdt een aanmoediging van de lidstaten in om het instrument in hun eigen nationaal recht om te zetten. Naast het geleidelijke en vrijwillig omzetten van het instrument in het nationale recht zou het HvJ ook bevoegd zijn om de bepalingen uit de aanbeveling uit te leggen.

Optie 4: een verordening tot vaststelling van een facultatief (optioneel) instrument voor het Europees contractenrecht.

Een dergelijk facultatief instrument zou worden opgevat als een “secundaire regeling” beschikbaar in elke lidstaat. Contractspartijen zouden hierdoor keuze hebben tussen twee binnenlandse regelingen inzake contractenrecht. Volgens de Commissie: “*een dergelijk facultatief instrument zou de interne markt aanzienlijke voordelen opleveren zonder dat verdere inmenging in het nationale recht nodig is*”.

Optie 5: een richtlijn over het Europees contractenrecht.

Deze richtlijn zou het nationale contractenrecht kunnen harmoniseren op grond van gemeenschappelijke minimumnormen. Ten aanzien van de overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten zou de richtlijn een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen. Een dergelijke richtlijn zou de juridische verschillen tussen de nationale regelingen inzake contractenrecht doen afnemen.

Optie 6: een verordening tot vaststelling van een Europees contractenrecht.

Deze verordening zou de verschillende nationale regelingen inzake contractenrecht vervangen door een uniform geheel van regels, waaronder ook de dwingende regels ter bescherming van de zwakkere contractspartij. Hierdoor zou de juridische versnippering op het gebied van contractenrecht worden tegen-gegaan. Bovendien zouden de eenvormige regels het sluiten van grensoverschrijdende overeenkomsten vergemakkelijken.

Optie 7: een verordening tot vaststelling van een Europees burgerlijk wetboek.

Deze oplossing gaat een stap verder dan optie 6. Een dergelijk instrument zou volgens de Commissie “*de noodzaak om op nationale bepalingen terug te vallen nog verder beperken*”.

Naar aanleiding van voornoemd Groenboek en de reacties op de daarin opgenomen opties heeft de Commissie op 3 mei 2011 een haalbaarheidsstudie gepubliceerd ten behoeve van de verdere ontwikkeling van het Europees contractenrecht.

Voorkeur van de Commissie ging uit naar het optioneel instrument (optie 4) die volgens de Commissie ook dwingende regels ten behoeve van consumentenbescherming zou bevatten.⁵⁹⁶

7.5. Harmonisatie wetgeving lidstaten

Aangezien de afzonderlijke lidstaten over eigen nationale wetgeving beschikken is het voor een verzekeraar, bekend met de nationale wetgeving van zijn eigen zeteland, niet wenselijk om zonder kennis van de nationale wetgeving van een andere lidstaat in die lidstaat gelegen risico's te verzekeren. Ook al heeft deze verzekeraar het recht om na notificatie, ten aanzien van risico's gelegen in die andere lidstaat, verzekeringen in vrije dienstverrichting te sluiten, hiermee is de naleving van de toepasselijke nationale regels nog niet gewaarborgd.

Verder zou het voor een verzekeraar onverstandig zijn om het recht van een ander lidstaat van toepassing te verklaren op de met de verzekeringnemer gesloten verzekeringsovereenkomst zonder goede kennis van de relevante bepalingen van dit recht.

Een gedeelte van de belemmerende factoren zoals culturele verschillen, verschillen in wijze van distributie van verzekeringen, taalbarrières, zijn niet via wet- en regelgeving weg te nemen. Een ander deel van de belemmerende factoren is echter direct beïnvloedbaar en lijkt te mogen rekenen op volle aandacht van wetgevers en beleidsmakers. Een duidelijk voorbeeld van deze aandacht zijn de inspanningen gericht op de harmonisatie van de wetgeving van toepassing op de uitoefening van verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten op de interne markt.⁵⁹⁷ Verder wordt bij nieuwe Europese regelgeving maximum harmonisatie

⁵⁹⁶ VRG-Alumni (red.) 2016, p. 352 ev.

⁵⁹⁷ Zie hiervoor 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* L 335 van 17.12.2009, p. 1) en de Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het

nagestreefd⁵⁹⁸, juist om gelijke implementatie van Europese regelgeving in de nationale wetgeving van de lidstaten te waarborgen.

Verzekeren op de interne markt veronderstelt een geharmoniseerd rechtskader waarbij een verzekeraar erop kan vertrouwen dat (in ieder geval een deel van) de toepasselijke regels gelijk zijn in de lidstaten en dus binnen de interne verzekeringsmarkt.⁵⁹⁹ Dat zou ook betekenen dat consumenten en ondernemers, die een verzekeringsovereenkomst sluiten met een verzekeraar uit een andere lidstaat, ook erop kunnen vertrouwen dat hun rechtszekerheid en rechtsbescherming hiermee niet achteruitgaan. Om die reden lijkt de harmonisatie van het wettelijk kader van de afzonderlijke lidstaten een heel belangrijke voorwaarde voor de ontwikkeling van de interne markt.

Harmonisatie van de wet- en regelgeving van de lidstaten en standaardisatie van het toezicht zouden de in paragraaf 7.3. behandelde knelpunten van de interne verzekeringsmarkt moeten wegnemen. Harmonisatie kan plaatsvinden via een verordening, die rechtsreeks bindende bepalingen voor alle lidstaten, particulieren en bedrijven bevat of via het omzetten van de richtlijnen, via de nationale wetgever, in de nationale wetgeving van de lidstaten.⁶⁰⁰

Het EU-recht van vestiging en dienstverlening voor de voornoemde aanbieders van verzekeringen⁶⁰¹ biedt weliswaar de vrijheid om in andere lidstaten op basis van de in het zeteland verkregen vergunning diensten aan te bieden maar neemt niet de kosten weg, die gepaard gaan met de naleving van de afzonderlijke nationale wet- en regelgeving van deze lidstaten, en overige belemmeringen die in de weg van het grensoverschrijdend verzekeren (kunnen) staan.

Wat is de waarde/betekenis van deze vrijheid geboden door het publiekrecht als de daadwerkelijke uitvoering kostbaar blijkt te zijn en wordt belemmerd door de bepalingen van het privaatrecht en de verschillen tussen de relevante nationale publiekrechtelijke bepalingen? Kan in een dergelijk geval de door de Commissie aangedragen oplossing (d.w.z. het verzoek aan overheden of bevoegde autoriteiten om praktische hulp voor grensoverschrijdende nalevingsprocedures beschikbaar te stellen) een effectieve bijdrage leveren aan het wegnemen van de belemmeringen veroorzaakt door de verschillen in de toepasselijke bepalingen?⁶⁰²

Verder zou er nagedacht moeten worden over nut en noodzaak en praktische uitvoerbaarheid van het concept van regels van *algemeen belang*⁶⁰³ in verzekeringen. De regels van algemeen belang vormen, aldus de Commissie, een uitzondering op de fundamentele beginselen van het Unierecht met betrekking tot het vrije verkeer.⁶⁰⁴ Om die reden kunnen ze een extra belemmering vormen in de weg van het grensoverschrijdend verzekeren.

In de volgende paragrafen worden de verschillende harmonisatiemogelijkheden van het wettelijk kader behandeld en de praktijk binnen de Unie toegelicht. Tevens zullen de regels van algemeen belang aan de orde komen.

7.5.1. Minimumharmonisatie

Een richtlijn bindt de lidstaten voor wat betreft het te bereiken resultaat. Soms wordt in een verdragsbepaling uitdrukkelijk uitgegaan van minimumvoorschriften die de lidstaten moeten opvolgen (zie bijvoorbeeld art. 153 lid 2 VWEU). In andere gevallen laat de verdragsbepaling toe dat de lidstaten verdergaande maatregelen nemen dan strikt door de richtlijn wordt vereist (zie bijvoorbeeld art. 193 VWEU).⁶⁰⁵

Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), C(2014) 7230 final van 10.10.2014.

⁵⁹⁸ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 485.

⁵⁹⁹ Zie Van Nuffel 2012, p. 15 ten aanzien van de mogelijkheid van de lidstaten om in het kader van de EU-harmonisatiemaatregel, nog regels uit te vaardigen betreffende de deelgebieden die niet in de EU-harmonisatiemaatregel aan de orde komen.

⁶⁰⁰ Van der Burg & Voermans 2015, p. 139, Van Nuffel 2012, p. 14, Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 480.

⁶⁰¹ Dat wil zeggen de mogelijkheid om met een vergunning in een lidstaat hun diensten in andere lidstaten aan te bieden.

⁶⁰² Zie Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015)630 final, 10.12.2015, p. 30.

⁶⁰³ Onder de regels van algemeen belang kan een lidstaat naleving van zijn eigen nationale wetten afdwingen bij een verzekeraar die op zijn grondgebied gelegen risico verzekert in het kader van het recht op vestiging of vrij verrichten van diensten. De verzekeringsrichtlijnen hebben het concept van algemeen belang niet vastgelegd, maar dit is beschreven in de Interpretatieve mededeling van de Commissie – 'Vrij verrichten van diensten en het algemeen belang in het verzekeringsbedrijf' (*PbEG* C 43 van 16.2.2000, p. 5) op basis van de door het HvJ vastgestelde eisen.

⁶⁰⁴ Zie Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015)630 final, 10.12.2015, p. 30.

⁶⁰⁵ Van der Burg & Voermans 2015, p. 139.

Richtlijn 2002/13/EG betreffende de solvabiliteitsmargevereisten voor schadeverzekeringen⁶⁰⁶ bevatte de volgende considerans:

“Deze richtlijn stelt minimumnormen voor de solvabiliteitsmargevereisten vast; de lidstaat van herkomst mag strengere regels opleggen aan verzekeringsondernemingen waaraan door zijn eigen bevoegde autoriteiten vergunning is verleend”.

Deze considerans onderstreept het feit dat de Europese wetgever met deze richtlijn minimumharmonisatie heeft nagestreefd. Door het kiezen voor minimumharmonisatie heeft de wetgever een bewuste keuze gemaakt voor het accepteren van verschillen in de nationale wetgeving van de afzonderlijke lidstaten die met de implementatie van de bewuste richtlijn niet wezenlijk zouden afnemen. Minimumharmonisatie leidt tot meer diversiteit maar waarborgt een gemeenschappelijk minimum van het beschermingsniveau.⁶⁰⁷

De methode van minimumharmonisatie, waarvoor de Europese wetgever vaker heeft gekozen⁶⁰⁸, brengt met zich mee dat de afzonderlijke lidstaten de bevoegdheid behouden om strengere nationale wetgeving vast te stellen ter betere bescherming van de consumenten, dan de richtlijnbevestigingen.⁶⁰⁹ Hierdoor blijven ongelijke regels/voorwaarden bestaan voor de verzekeraars uit diverse lidstaten bij de uitoefening van hun verzekeringsactiviteiten. Deze ongelijkheid heeft een afschrikwekkend effect op deze ondernemingen om in andere lidstaten activiteiten uit te oefenen.⁶¹⁰ Daarnaast zijn de hierdoor ontstane ongelijkheid van de toepasselijke regels in strijd met het beginsel van gelijk speelveld.⁶¹¹

Een ongelijk speelveld ontstaat overigens niet alleen door de ongelijke regels als gevolg van de implementatie van de richtlijnen in de afzonderlijke nationale wetgeving van de lidstaten maar ook door de verschillende termijnen waarbinnen deze implementatie plaatsvindt. Verder geldt ingevolge het arrest van het HvJ in de zaak Inter-Environment Wallonië⁶¹² de regel dat de lidstaten tot het verstrijken van de implementatietermijn geen nieuwe bepalingen moeten vaststellen ten behoeve van hun nationale wetgeving, die dan het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig kunnen belemmeren.⁶¹³

Ongelijk speelveld ontstaat ook bij gebrek aan een uniforme Europese interpretatie van relevante termen. Indien een dergelijke interpretatievraag aan het HvJ wordt voorgelegd kan naast een lange tijdsduur van de behandeling ook nadelig werken dat het HvJ een term mogelijk eng zal interpreteren, dat wil zeggen enkel in het licht van een bepaalde richtlijn. Hierdoor blijft onduidelijk hoe dezelfde term in het licht van een andere richtlijn geïnterpreteerd kan worden.⁶¹⁴

Naast het feit dat een ongelijk speelveld de concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen verstoort, leidt minimumharmonisatie tot het ontstaan van mogelijk nieuwe belemmeringen op de markt. Hiervan is sprake indien in een lidstaat strengere regels gelden dan in een andere lidstaat terwijl bedrijven uit verschillende lidstaten, die wel of niet aan deze regels worden onderworpen, elkaar beconcurreren op dezelfde interne markt. De concurrentie wordt verstoord door de verschillende eisen die ten aanzien van deze concurrerende marktpartijen gelden.

Minimumharmonisatie kan tevens ertoe leiden dat steeds meer nieuwe afwijkingen ontstaan tussen de afzonderlijke nationale rechtsregels van toepassing op verzekeraars en verzekeringsovereenkomsten uit verschillende lidstaten.

In het kader van de minimumharmonisatie toegekende beleidsvrijheid van de lidstaten wordt wel begrensd door bepaalde voorwaarden.⁶¹⁵

Weatherill stelde hierbij:

⁶⁰⁶ Richtlijn 2002/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2002 tot wijziging van Richtlijn 73/239/EEG van de Raad op het gebied van de solvabiliteitsmargevereisten voor schadeverzekeringsondernemingen, *PbEG* 2002, L 77/17.

⁶⁰⁷ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 482. Hier is verder ook gesteld dat minimumharmonisatie ook tot concurrentie tussen de nationale wetgevers kan leiden.

⁶⁰⁸ Gedurende een lange periode koos de Europese wetgever voor minimumharmonisatie bij de implementatie van de richtlijnen in de nationale wetgeving van de lidstaten. Pas sinds 2000 is hierin een wijziging gekomen ten gunste van de maximumharmonisatie.

⁶⁰⁹ Smits 2006, p. 6.

⁶¹⁰ Smits 2006, p. 63.

⁶¹¹ Smits (Smits 2006, p. 63) betwijfelt of het middel van minimumharmonisatie geschikt is voor het bevorderen van de interne markt.

⁶¹² HvJ EG 18 december 1997, C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie/Région Wallonne), ECLI:EU:C:1997:628.

⁶¹³ Van der Burg & Voermans 2015, p. 142.

⁶¹⁴ Smits 2006, p. 64.

⁶¹⁵ Langeheine 1994, p. 57-58 en Hofhuis 2006, p. 7.

*“The applicable Community legislation sets a floor, the Treaty itself sets a ceiling and the member states are free to pursue an independent domestic policy between those two parameters.”*⁶¹⁶

Een strengere, beperkende nationale wetgeving mag verder niet in strijd komen met verdragsbepalingen. Tevens dient de nationale wetgever de Commissie te informeren over het feit dat er gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om een strengere wetgeving te implementeren.⁶¹⁷

Een keuze voor minimumharmonisatie valt moeilijk te rijmen met het nastreven van markteenheid en het realiseren van een goed werkende interne markt.⁶¹⁸ Bij het grensoverschrijdend dienstenverkeer is immers wel degelijk van belang dat de deelnemers op de markt, onafhankelijk van hun zeteland onder gelijke regels vallen.⁶¹⁹ Om die reden zou harmonisatie van wet- en regelgeving, van toepassing op bijvoorbeeld dienstverrichters, van groot belang zijn voor de verdere ontwikkeling van de interne markt.

Voor wat betreft de marktpartijen die verzekeringsdiensten aanbieden: deze zouden gebruik kunnen maken van een op het niveau van de interne markt geldende en geharmoniseerde wet- en regelgeving betreffende o.a. het verzekeringsovereenkomstenrecht. Hierbij kunnen echter in ieder geval twee belangrijke obstakels worden onderscheiden.⁶²⁰ De eerste belemmering ligt in de verscheidenheid van het verzekeringsovereenkomstenrecht dat niet opgelost kan worden door de harmonisatie van de wet- en regelgeving van toepassing op het aanbieden van (her)verzekeringen, dus op de (her)verzekeraars. Het is immers niet mogelijk om het verzekeringsovereenkomstenrecht in te kaderen, nu deze wetgeving onderdeel uitmaakt van het nationale rechtsstelsel die een veel breder toepassingsgebied kent en nauw verbonden is met het contracten- en verbintenissenrecht van de desbetreffende lidstaat. In de verschillende lidstaten zijn ook verschillende rechtssystemen die het inventariseren van alle op een bepaalde activiteit toepasselijke wetgeving ingewikkeld maken. Verder zal de harmonisatie hiervan mogelijk ook andere rechtsgebieden raken en hierdoor tot een rechtssysteem met inconsequenties leiden. Tevens wordt onderkend dat niet alleen het verzekeringsovereenkomstenrecht dient te worden geharmoniseerd maar ook de rechtsregels afkomstig uit fiscale wetgeving, zoals de fiscale regels van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten, en uitkeringen als gevolg van de verzekeringsovereenkomsten en assurantiebelasting. Deze verschillen immers per lidstaat.

Het tweede belangrijke obstakel wordt gevormd door de botsing tussen de harmonisatiewensen van juridische systemen zoals de common law en civil law welke de gecodificeerde regelgeving veronderstelt, anders dan in het common law systeem waar het recht voornamelijk afkomstig is uit case law.

Duidelijk is dat de verschillende opvattingen vanuit de lidstaten het vaak zeer moeilijk maken om te bepalen wat het noodzakelijke beschermingsniveau is dat in de Europese wetgeving geformuleerd dient te worden. In een dergelijke situatie wordt dan gekozen voor minimumharmonisatie. Om die reden kan gesteld worden dat minimumharmonisatie meer een teken is van het onvermogen van de lidstaten om het eens te worden met elkaar dan de wens van de Europese wetgever. In een dergelijk geval maakt de Europese wetgever immers een belangenafweging tussen enerzijds het ideaal van de interne markt (het vrij verkeer en het creëren van een gelijk speelveld) en anderzijds de bescherming van het algemeen belang. Het gaat om een verzoening tussen de roep om eerlijke concurrentie met die van de nationale diversiteit en belangen van de lidstaten.⁶²¹

Indien een richtlijn minimumharmonisatie bevat mogen de lidstaten een eigen invulling geven aan de in de richtlijn opgenomen Europese (maat-)regel mits deze het behalen van het in de richtlijn voorgestelde resultaat waarborgt. De lidstaten mogen dus bij het omzetten van een richtlijn strengere nationale bepalingen behouden of invoeren in hun nationale wetgeving.⁶²² Hiermee zouden de afzonderlijke lidstaten zich beter aansluiten bij hun eigen nationale rechtspraktijk en tradities.⁶²³ De lidstaten bepalen dan zelfstandig het door hen gewenste beschermingsniveau zonder een verdergaand compromis te hoeven te sluiten.⁶²⁴ Hiermee wordt echter de markteenheid, waarvoor eenvormige regels van constitutief belang zijn, bedreigd.

⁶¹⁶ Weatherill 1994, p. 25.

⁶¹⁷ Hofhuis 2006, p. 7.

⁶¹⁸ Zie Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 485 waarin ook de kritiek van de ondernemers betreffende minimumharmonisatie wordt onderstreept.

⁶¹⁹ Hofhuis 2006, p. 109.

⁶²⁰ McGee 1998, p. 79.

⁶²¹ Hofhuis 2006, p. 8.

⁶²² Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 480.

⁶²³ Hofhuis 2006, p. 12.

⁶²⁴ Hofhuis 2006, p. 2.

Minimumharmonisatie heeft betrekking op de methode die gebruikt wordt ten behoeve van de implementatie van de Europese wetgeving in de nationale wetgeving. Maar wat gebeurt er met de regelgeving die reeds onderdeel is van de nationale wetgeving maar niet gezien kan worden als een strengere, beperkender implementatie van de EU wetgeving, dus een afwijking ingevolge minimumharmonisatie? Deze wetgeving blijft vaak buiten het blikveld van de Commissie, ook als deze mogelijk in strijd is met het Unierecht.

Indien een strengere wetgeving buiten de reikwijdte van een richtlijn valt dan is er sprake van een beoordelingskader onder het algemene Verdragsregime.⁶²⁵

In de zaak Productaansprakelijkheidsrichtlijn was advocaat Geelhoed van oordeel dat het gebruik van de interne markt bepaling als rechtsbasis, de beleidsvrijheid van de nationale wetgever kan beïnvloeden.⁶²⁶ Het belang van de eenheid van de gemeenschappelijke markt en de goede werking daarvan zou aldus Geelhoed op gespannen voeten staan met de hypothese dat een interne markt-richtlijn minimumharmonisatie kan bevatten.

7.5.2. Regels van algemeen belang

De gekozen harmonisatiemethode⁶²⁷ is van groot belang voor de ruimte, die aan de nationale wetgever overblijft, voor een ‘eigen’ invulling van het op het Europees niveau geformuleerde beleid zoals opgenomen in een richtlijn. In dit geval legt de Europese wetgever in een besluit een gemeenschappelijke norm vast. Deze norm is dan nodig voor de bescherming van het algemeen belang maar biedt de lidstaten ook de mogelijkheid om strengere of meer beschermende normen vast te stellen of te handhaven dan de regel zoals in de Europese richtlijn is geformuleerd.⁶²⁸

Het concept van *algemeen belang* laat lidstaten toe om op gebieden waar de wet- en regelgeving niet geharmoniseerd is bepaalde nationale maatregelen te handhaven of nieuwe regels te introduceren. Het algemeen belang kan dus ook gebruikt worden om regels op te stellen ten behoeve van de dienstverrichting en meer specifiek ten behoeve van het verrichten van financiële diensten.

Het begrip *algemeen belang* vindt zijn oorsprong niet in de richtlijnen maar in de jurisprudentie van HvJ⁶²⁹. Dit is ook erkend door de Commissie en van toepassing verklaard op de interne verzekeringsmarkt.⁶³⁰

Bij het algemeen belang gaat het om een op de rechtspraak van het HvJ gebaseerde constructie, die open is ten aanzien van onderwerpen, die hieronder kunnen vallen. Om die reden is het mogelijk om nieuwe onderwerpen aan de regels van algemeen belang toe te voegen.

Om aan de toets van algemeen belang te kunnen volstaan, dient een regel aan de volgende cumulatieve eisen te voldoen:⁶³¹

- de regel moet een algemeen gelding hebben voor alle verzekeraars ongeacht hun zeteland;
- het algemeen belang moet niet reeds gewaarborgd zijn door communautaire regels⁶³²;
- zij mogen de vrije grensoverschrijdende dienstenverkeer niet onevenredig belemmeren (proportionaliteit);

⁶²⁵ Hofhuis 2006, p. 32.

⁶²⁶ In deze zaak stelde het HvJ art. 94 EG en 95 EG gelijk, waardoor bevestigd wordt dat er geen verschil is tussen de begrippen ‘gemeenschappelijke’ of ‘interne’ markt. Zie hierbij ook Hofhuis 2006 p. 58.

⁶²⁷ Er zijn verschillende harmonisatie-methoden te onderscheiden: o.a. volledige harmonisatie, optionele harmonisatie, partiële harmonisatie, wederzijdse erkenning en minimumharmonisatie.

⁶²⁸ Hofhuis 2006, p. 5, Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 478.

⁶²⁹ Belangrijke arresten zijn: HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78 (Rewe/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), ECLI:EU:C:1979:42,

HvJ EG 4 december 1986, C-179/85 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1986:466, HvJ EG 10 mei 1995, C384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), ECLI:EU:C:1995:126, HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92 (H.M. Customs and Excise/Schindler), ECLI:EU:C:1994:119, HvJ EG 23 november 1971, C-62/70 (Bock/Commissie), ECLI:EU:C:1971:108, HvJ EG 26 februari 1991, C180/89 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:1991:78, HvJ EG 5 oktober 1994, C-55/93 (Van Schaik), ECLI:EU:C:1994:363. Zie ook Fontaine 2016, p. 124-125.

⁶³⁰ Zie Interpretatieve mededelingen van de Commissie- ‘Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’, (2000/C 43/03), *PbEG* Nr. C 043 van 16/02/2000 p. 0005 - 0027.

⁶³¹ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 76, Van Schoubroeck 1998, p. 348, Fontaine 2016, p. 125. Cumulatieve voorwaarden voor toets algemeen belang ingevolge het arrest HvJ EG 4 december 1986, C-205/84 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1986:463.

⁶³² Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan in het geval dat er wel sprake is van harmonisatie, aangezien in een dergelijk geval de nationale wet in overeenstemming moet zijn met de geharmoniseerde norm uit het Unierecht. Zie hiervoor Van Schoubroeck 1998, p. 348.

- zij mogen niet een onnodige herhaling zijn van regels, die reeds van toepassing zijn op de dienstverlener in het land van herkomst, en die het beoogde belang reeds beschermen;⁶³³
- en de gestelde eis moet gerechtvaardigd zijn door dwingende redenen van algemeen belang, zoals consumentenbescherming⁶³⁴ en objectief noodzakelijk zijn.⁶³⁵

In overweging 19 van Richtlijn 92/49/EEG en overweging 20 van Richtlijn 92/96/EEG is opgenomen dat de lidstaat van ontvangst “erop moet toezien dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt kunnen worden gebracht, voorzover zij niet in strijd zijn met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in deze lidstaat gelden”. Zie hierbij ook overwegingen 20 en 29 van de Richtlijn 92/49/EEG.⁶³⁶

Een limitatieve opsomming van bepalingen van algemeen belang bestaat er niet. Wel heeft de Commissie in haar interpretatieve mededelingen uit 2000⁶³⁷ bepaald dat het opnemen van regelgeving of eisen betreffende de volgende onderwerpen niet zijn toegestaan op grond van de uitleg van de Commissie betreffende de bepaling van algemeen belang:

- voorafgaande kennisgeving van de polisvoorwaarden;
- door de verzekeraars aangeboden kapitalisatieverrichtingen;
- professionele gedragsregels;
- verplichting van standaard- of minimumvoorwaarden;
- maximumtarieven voor technische voorzieningen ter zake van levensverzekeringen;
- eigenrisicoclausules in verzekeringsovereenkomst;
- verbod van ‘cold calling’;
- verplichting om in elke levensverzekeringsovereenkomst een afkooprecht en/of een winstdeling op te nemen.

Conform vaste rechtspraak van het HvJ⁶³⁸ valt consumentenbescherming bij afwezigheid van maximumharmonisatie in Europa onder het algemeen belang.

De Commissie heeft in haar Interpretatieve mededelingen 2000/C 43/03 bepaald dat het vereiste van bescherming van de consument in een lidstaat identiek moet zijn, ongeacht of de dienst door middel van vrije dienstverrichting of door middel van vestiging wordt verricht. Verder is gesteld dat wetgeving, die strijdig is met het verbod op het belemmeren van vrij verkeer, wel mogelijk is, mits voldaan wordt aan de volgende drie criteria:

- de regeling moet gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang;
- de strijdige regeling moet geschikt zijn voor het realiseren van het gestelde doel;
- en de strijdigheid mag niet verder gaan dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is (proportionaliteitsvereiste).

Ten aanzien van het eerste criterium is de rechtspraak van het HvJ relevant. Hierin overwoog het HvJ dat de handhaving van de reputatie van de nationale financiële sector een dwingende reden van algemeen belang kan zijn die strijdigheid met het verbod op het belemmeren van vrij verkeer kan rechtvaardigen.⁶³⁹

⁶³³ Hierbij geldt een verbod op dubbele controle. Dit verbod brengt met zich mee dat het stellen van een voorwaarde aan een onderneming uit een andere lidstaat niet gerechtvaardigd is wanneer de betrokken onderneming in de lidstaat waar die gevestigd is reeds voldoet aan gelijkwaardige voorwaarden uit de wet- en regelgeving van die lidstaat. Zie het arrest HvJ EG 4 december 1986, C-179/85 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1986:466 en Thiery 2011, p. 365.

⁶³⁴ Zie Fontaine 2016, p. 12 over rechtvaardiging van consumentenbescherming.

⁶³⁵ Zie Boshuizen 2001, p. 21 en verder het arrest HvJ EG 10 mei 1995, C384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), ECLI:EU:C:1995:126, Van Schoubroeck 1998, p. 340-362 en Thiery 2011, p. 348, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 90.

⁶³⁶ Derde schaderichtlijn.

⁶³⁷ Zie Interpretatieve mededeling van de Commissie ‘Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf’, 2000/C 43/03. Door middel van interpretatieve mededelingen tracht de Commissie duidelijkheid te verschaffen indien een bepaling uit een richtlijn onduidelijk is en/of op verschillende manieren valt uit te leggen. De lidstaten zijn echter niet gebonden aan deze uitleg van de Commissie.

⁶³⁸ Zie HvJ EG 4 december 1986, C-179/85 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1986:466, HvJ EG 16 juni 1998, C-210/96 (Gut Springenheide), ECLI:EU:C:1998:369.

⁶³⁹ Zie HvJ EG 10 mei 1995, C384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), ECLI:EU:C:1995:126.

Toepassing van de regels van algemeen belang brengt met zich mee dat een verzekeraar, die in meerdere lidstaten verzekeringsdiensten aanbiedt, rekening moet houden met per lidstaat verschillende vereisten ten aanzien van bijvoorbeeld consumentenbescherming. Verder brengt dit systeem ook rechtsonzekerheid met zich mee, aangezien de door de lidstaten gepubliceerde lijst van algemeen belang niet limitatief is. Hierdoor kan het voorkomen dat een verzekeraar met nieuwe regels van algemeen belang geconfronteerd wordt. Dit dwingt de verzekeraar zich nog beter te verdiepen in de verschillende rechtsstelsels en daarmee kosten te maken en extra moeite te doen, die bij een geharmoniseerde wetgeving niet nodig zou zijn.

Ondanks het feit dat de regels van algemeen belang oorspronkelijk bedoeld waren als een beperkt middel voor het beschermen van nationale belangen, worden ze vaak gebruikt als een rem op de concurrentie op de interne verzekeringsmarkt. Praktijken waarbij grote delen van de nationale wetgeving als regels van algemeen belang worden bestempeld kunnen immers de grensoverschrijdende activiteiten van de verzekeraars uit andere lidstaten belemmeren.⁶⁴⁰

7.5.3. Maximum harmonisatie

Bij maximum-, volledige- of totale harmonisatie legt de Europese richtlijn een uniform Europees beschermingsniveau vast voor de hele markt en wordt de ruimte van de lidstaten om strengere of afwijkende regels te formuleren voor een aanzienlijk deel weggenomen.⁶⁴¹

De volledige harmonisatie geniet de voorkeur bij het realiseren van de harmonisatie van de wet- en regelgeving op de interne markt en dus bij het realiseren van een gelijk speelveld.⁶⁴² Hiermee kan de door de wet- en regelgeving veroorzaakte ongelijke concurrentiepositie van diverse marktpartijen uit verschillende lidstaten voorkomen worden.⁶⁴³

Volgens overweging 8 bij het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten⁶⁴⁴ en overweging 7 van de Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten⁶⁴⁵ biedt alleen maximumharmonisatie de vereiste rechtszekerheid voor consumenten als ondernemingen die actief zijn op de interne markt.⁶⁴⁶ Hierbij ontstaat wel een knelpunt daar waar de geharmoniseerde regeling een onderdeel is van het verbintenissenrecht dat geen harmonisatie ondergaat. Is het mogelijk om slechts bepaalde regels van het verbintenissenrecht te harmoniseren zonder rekening te houden met een heel systeem van regels dat onderdeel is van het verbintenissenrecht?

Wanneer eigen nationale marktdeelnemers aan strengere nationale eisen moeten voldoen dan marktpartijen uit andere lidstaten, die zich conformeren aan de wetgeving van hun lidstaat van herkomst, dan kan er sprake zijn van 'omgekeerde discriminatie'.⁶⁴⁷ Deze situatie is onwenselijk in het kader van de interne markt.⁶⁴⁸

Vooropgesteld kan worden dat de methode van volledige harmonisatie de voorkeur verdient bij het waarborgen van de goede werking van de interne markt. Hierbij dient echter wel het voorbehoud gemaakt te worden dat zelfs wanneer de wet- en regelgeving van Europeesrechtelijk oorsprong volledig geharmoniseerd is, het niet betekent dat hiermee de nationale rechtssystemen geen verschillen meer vertonen. Dit komt doordat de nieuwe Europeesrechtelijke regels aan een bestaand rechtssysteem worden toegevoegd en dus daarmee een mix van rechtsregels wordt gecreëerd, die deels nationale, deels Europeesrechtelijke oorsprong

⁶⁴⁰ Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 90 waarin is gesteld dat de lidstaten, waaronder Frankrijk, terughoudender zouden moeten omgaan met vaststellen van zeer omvangrijke lijsten van algemeen belang.

⁶⁴¹ Hofhuis 2006, p. 13, Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 480. De ruimte van de nationale wetgever wordt bij maximumharmonisatie vaak niet helemaal weggenomen wegens lidstaatopties en andere keuzemogelijkheden die aan de nationale wetgever of toezichthouder worden toegekend.

⁶⁴² Hofhuis 2006, p. 16.

⁶⁴³ Hofhuis 2006, p. 147.

⁶⁴⁴ Zie Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, van 8.10.2008, COM(2008) 614 definitief.

⁶⁴⁵ Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *PbEU L 304* van 22.11.2011, p. 64–88.

⁶⁴⁶ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 480.

⁶⁴⁷ Ottersbach 2001, p. 18.

⁶⁴⁸ Zie HvJ EG 12 maart 1987, C-178/84 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1987:126, waar de 'zuiverheidsregeling' aan de orde kwam waaraan de in Duitsland gevestigde brouwerijen moeten voldoen bij de bereiding van bier terwijl bierbrouwerijen afkomstig uit andere lidstaten, die hun bier op de Duitse markt willen brengen, niet hoeven te voldoen als zij met succes de regeling wegens strijd met artikel 28 EG kunnen aanvechten. Hierdoor ontstaat 'omgekeerde discriminatie', die volgens Ottersbach (Ottersbach 2001, p. 18) naar Europees recht niet is verboden.

hebben. Ook in het geval dat de wetgevingen van de afzonderlijke lidstaten van Europeesrechtelijk oorsprong maximaal geharmoniseerd worden, zullen de uitkomsten, door bestaande en per lidstaat verschillende nationaalrechtelijke componenten, toch verschillen vertonen. Bovendien kunnen, ook in het geval dat de nationale rechtsstelsels volledig geharmoniseerd worden, de marktvoorwaarden toch voor ongelijke omstandigheden blijven zorgen door bijvoorbeeld verschil in infrastructuur, arbeidsklimaat, lokale gewoonten, culturele aspecten.⁶⁴⁹

In overweging 2 van richtlijn Solvabiliteit II⁶⁵⁰ is bepaald:

“Ter vergemakkelijking van de toegang tot en uitoefening van verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten dienen de grootste verschillen die op het gebied van de voor verzekerings- en herverzekeringsonderneming geldende voorschriften tussen de nationale wetgevingen bestaan, te worden afgeschaft. Er dient derhalve een rechtskader tot stand te worden gebracht om verzekerings- en herverzekeringsondernemingen de mogelijkheid te bieden op de gehele interne markt het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, [...]”

Deze bepaling laat zien dat hier sprake is van een trendbreuk en dat de EU wetgever niet meer een minimumharmonisatie nastreeft maar verder gaat en zich richt op het afschaffen van de ‘grootste verschillen’. Dit met het doel om een rechtskader tot stand te brengen die het mogelijk maakt voor (her)verzekeringsondernemingen om het (her)verzekeringsbedrijf op de hele interne markt uit te oefenen.

De wetgever gebruikt de term *maximum harmonisatie* in overweging 75 van richtlijn Solvabiliteit II:

“Maximale harmonisatie in de gehele Gemeenschap van deze procedures en prudentiële beoordelingen is derhalve van essentieel belang. [...]”

De wetgever stelt in overweging 11 van richtlijn Solvabiliteit II het volgende voor:

“Aangezien deze richtlijn een essentieel instrument voor de totstandbrenging van de interne markt vormt, dienen verzekerings- en herverzekeringsondernemingen waaraan in de lidstaat van herkomst vergunning is verleend, het recht te hebben overal in de Gemeenschap bepaalde deel van hun activiteiten of al hun activiteiten uit te oefenen, [...]. Het verdient daarom aanbeveling een noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van vergunningen en toezichtstelsels [...].”

De wetgever is hiermee helder over het gestelde doel om de wettelijke kaders voor het verrichten van diensten binnen de interne markt aan te vullen en te verscherpen.⁶⁵¹

Adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigden, financiële stabiliteit en eerlijke en stabiele markten zijn de belangrijkste doelen van regelgeving die zich richt op de verzekeringsondernemingen. Eerlijke markten betekenen hierbij gelijke speelveld in de toepasselijke regels.

7.6. Conclusies

Ondanks het bestaan van de interne verzekeringsmarkt gelden voor de verzekeraars gevestigd in verschillende lidstaten verschillende wettelijke bepalingen. Om die reden is er een verschil tussen de aanbieders met zetel in verschillende lidstaten voor wat betreft het voor hen geldende wettelijk kader. Naast deze regels dienen aanbieders, die grensoverschrijdend actief zijn, ook rekening te houden met de verschillende nationale jurisdicties van de lidstaten.

Ondanks de voornoemde en overige knelpunten van de interne verzekeringsmarkt biedt de interne markt volop mogelijkheden voor degene die de bestaande en steeds veranderende kansen op de markt wil benutten. Dit blijkt uit het onderzoek naar inkomende en uitgaande verzekeringen in de verschillende lidstaten. Marktpartijen, die van deze kansen geen gebruik willen maken, zullen ervaren dat hun traditionele nationale markt verandert, evenals hun eigen positie op deze markt.

De Commissie ziet de noodzaak voor de verdere ontwikkeling van het Europese contractenrecht ten behoeve van de interne markt. Om die reden heeft reeds in 2010 zeven beleidsopties opgesteld inzake deze ontwikkelingsmogelijkheden. Voorkeur van de Commissie ging uit naar een ‘optioneel instrument’ met

⁶⁴⁹ Hofhuis 2006, p. 150.

⁶⁵⁰ Richtlijn 2009/138/EG.

⁶⁵¹ In overweging 16 van richtlijn Solvabiliteit II is verder bepaald: *“Het voornaamste doel van de verzekerings- en herverzekeringsregelgeving en toezicht is een adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigden te bewerkstelligen. [...] Financiële stabiliteit en eerlijke en stabiele markten zijn andere doelstellingen van verzekerings- en herverzekeringsregelgeving en toezicht die eveneens in aanmerking moeten worden genomen, maar die geen afbreuk mogen doen aan het voornaamste doel.”*

daarin een geharmoniseerd rechtskader voor het contractenrecht binnen de interne markt en ten aanzien van consumentenbescherming.

Los van de realisatie van deze beleidsopties gaat het wetgevingsproces op het niveau van de Unie gestaag door. Verordeningen hebben rechtstreekse werking binnen de interne markt terwijl richtlijnen omgezet moeten worden door de nationale wetgever in de nationale jurisdictie van de lidstaten.

Door het kiezen voor minimumharmonisatie bij de implementatie van de richtlijnen in de nationale jurisdictie behouden lidstaten het recht om afwijkende (strengere) regels in hun eigen nationale wetgeving op te nemen, waardoor verschillen blijven bestaan tussen de wetgeving van de lidstaten. Deze verschillen kunnen tot een ongelijk speelveld op de interne markt leiden.

Toepassen van de regels van algemeen belang biedt de nationale wetgever de mogelijkheid om voor strengere regels te kiezen ten aanzien van deelterreinen van het recht, zoals consumentenbescherming. Regels van algemeen belang werken echter belemmerend voor de interne verzekeringsmarkt.

Maximum harmonisatie bij de implementatie van de richtlijnen verdient weliswaar de voorkeur op weg naar een geharmoniseerd rechtskader maar biedt nog geen garantie voor een gelijk speelveld wegens de reeds bestaande verschillen tussen de jurisdicties waarin deze rechtsregels worden geïmplementeerd.

Het gebruik maken van het optioneel instrument heeft voordelen voor de werking van de interne verzekeringsmarkt, mits op een aantal deelonderwerpen zoals consumentenbescherming, hoge eisen stelt en hiermee dwingende regels van afzonderlijke lidstaten overbodig maakt.

8. Toezicht op de interne verzekeringsmarkt

8.1. Inleiding

Een wezenlijk onderdeel van de interne verzekeringsmarkt is het toezicht op de verzekeraars.⁶⁵² De door de toezichthouders opgestelde beleidsregels vormen een onderdeel van de nationale regelgeving. Dit onderdeel gaat over de wijze waarop verzekeraars hun activiteiten moeten voeren en hun organisatie moeten inrichten. De toezichthouders op verzekeraars kunnen op verschillende wijze een effectieve bijdrage leveren in het ontwikkelen en beter functioneren van de interne verzekeringsmarkt door bijvoorbeeld het coördineren van de eisen, die ze stellen ten aanzien van de (her)verzekeraars, en goede samenwerking met hun peers uit andere lidstaten.

De afgelopen tientallen jaren is gebleken dat volledige harmonisatie van de wet- en regelgeving, die toegang op de markt en het verlenen van de verzekeringsdiensten reguleert, geen realistische voorstelling is geweest. Wel is de wens vastgehouden om de toegang tot en de dienstverrichting op de interne markt te verbeteren. Om die reden is ervoor gekozen om de marktpartijen, die beschikken over een vergunning voor het uitoefenen van (her)verzekeringsactiviteiten, toe te laten als (her)verzekeraar tot de overige lidstaten. Over deze activiteiten wordt toezicht gehouden vanuit het zeteland van de toegelaten onderneming.

In de volgende paragrafen worden de uitdagingen en de kenmerken van het toezicht op de interne verzekeringsmarkt toegelicht. Hierbij zal ook het *home country control* systeem worden behandeld. Dit systeem brengt met zich mee dat de toezichthouder van het zeteland toezicht houdt ook over de grensoverschrijdende activiteiten van de onder zijn toezicht staande verzekeraar.

In dit hoofdstuk wordt tevens specifiek ingegaan op de kenmerken van het toezicht op de Nederlandse verzekeraars. De geschiedenis van dit toezicht hoort bij het schetsen van de achtergronden van dit systeem van monitoring en handhaving.

Ten slotte komen enkele recente ontwikkelingen met effect op het toezicht op de (her)verzekeringsondernemingen aan de orde.

8.2. Uitdagingen toezicht

In deze paragraaf wordt beknopt ingegaan op de uitdagingen van het toezicht op de interne verzekeringsmarkt. Tevens wordt de wijze waarop toezichthouders een bijdrage kunnen leveren aan de voltooiing en goede werking van deze markt toegelicht.

In haar commentaar uit 2014 inzake de verhoging van de intensiteit en efficiëntie van het verzekeringstoezicht⁶⁵³ benadrukte Insurance Europe de noodzaak van effectief toezicht.

“Effective supervision is one of the three pillars besides higher loss absorbency and effective resolution proposed by FSB to handle systematically important financial institutions (SIFIs)”.

Tevens stelde Insurance Europe vast dat de verschillen tussen de nationale en zakelijke tradities en gewoontes, tot gevolg hebben dat er verschillen (blijven) bestaan tussen de lokale risico opvattingen.

“It is important that the guidance recognises and allows for acceptable differences in risk cultures across borders and continents as underpinned by differences in national corporate law. In this respect it is important that the principles remain high level and truly outcomes focused thus allowing for acceptable differences in local corporate cultures to continue without firms falling short of the FSB guidance.”

De toezichthouders op verzekeraars kunnen een bijdrage leveren in het ontwikkelen van de interne verzekeringsmarkt door standaardisatie van de eisen, die ze stellen aan de onder toezicht staande ondernemingen, en door de samenwerking met andere toezichthouders uit de overige lidstaten.

DNB benadrukte de noodzaak van deze samenwerking:

*“Voor een efficiënte en geharmoniseerde toezichtaanpak op deze sector vindt meer samenwerking plaats met Europese toezichthouders.”*⁶⁵⁴

⁶⁵² Volgens Rinkes (Rinkes 2014, p. 215): “toezicht op verzekeren is een erkenning van de maatschappelijke rol van de verzekering”.

⁶⁵³ Zie Insurance Europe document, ‘Insurance Europe comments on FSB ‘Increasing the Intensity and Effectiveness of Supervision: guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture’, van 31.01.2014.

⁶⁵⁴ Zie DNB document, ‘Visie op toezicht 2014-2018’, maart 2014, p. 15.

In dit kader is de afstemming ten aanzien van o.a. in meerdere lidstaten actieve verzekeringsgroepen van groot belang.

Voor wat betreft het toezicht op de verzekeringsgroepen stelde EIOPA in haar rapport over het functioneren van de colleges en doelstellingen voor 2017⁶⁵⁵ van maart 2017 het volgende voor:

“EIOPA will focus its work on cross-border groups aiming to enhance appropriate and high quality supervision of cross-border groups in line with the principles of Solvency II. This includes detecting inconsistencies, discussing and assuring a level playing field in applying Solvency II (SII) for the supervision of cross-border groups. [...] In order to achieve this target further maturing of college activities is needed whereby supervisors increasingly combine their forces in their interaction with cross-border insurance groups.”

Het toezicht op de verzekeraars kent vele uitdagingen en volgt de ontwikkelingen van de wet- en regelgeving en wetenschap.

De belangrijkste uitdagingen van het toezicht op de verzekeringsdiensten kunnen overzichtelijk gemaakt worden door het zoeken naar een antwoord op de volgende drie vragen die elkaar aanvullen:⁶⁵⁶

1. Waarom zou de eerdere (klassieke) wijze van toezicht moeten veranderen?
2. Welke methode is het meest geschikte voor het realiseren van de nieuwe wijze van toezicht?
3. Wie zullen de nieuwe actoren zijn van de “financiële wereld 2.0” ofwel van een vernieuwde financiële sector en toezicht?

Ad.1 Asztalos⁶⁵⁷ stelde dat er een nieuw soort toezicht nodig is op de financiële diensten. In het toezicht zijn verschillende periodes en/of ontwikkelingen te onderscheiden. Deze periodes werden in de regel aangevangen met een sleutelgebeurtenis. Een dergelijke sleutelgebeurtenis was de oprichting van de Bank of England in 1689 met grote invloed op het zogeheten anglo-saxon toezichtmodel. Als een tweede sleutelgebeurtenis kan ingevolge Asztalos⁶⁵⁸ de oprichting van het instituut voor het Zweedse verzekeringstoezicht in 1826 worden gezien. Dit gold als basisinstituut voor het zogenaamde continentale, Europese toezichtmodel.

Beide toezichtmodellen (anglo-saxon en continentaal) waren het resultaat van vaak honderden jaren opgedane ervaring en vormden de basis voor een ontwikkeling die leidde tot het klassieke toezichtmodel, het zogenaamde *compliance model*. Dit model hoort bij het toezicht dat voornamelijk gericht is op het naleven van prudentiële eisen, gefocust op de financiële stabiliteit van de financiële onderneming. Op basis van het compliance model was de toezichthouder vooral bezig om zijn lijst met de regels precies door te lopen. In het kader van dit model hoefde een bestuurder van bijvoorbeeld een verzekeraar er slechts voor te zorgen dat alle regels werden nageleefd. Gebeurde dit, dan hoefde de bestuurder ook weinig interactie met de toezichthouder te verwachten.

Door de ontwikkelingen, die in de jaren 70, 80 van de 20^e eeuw in rap tempo elkaar opvolgden, werd het klassieke toezichtmodel in een bijna niet te volgen snelheid achterhaald. Hoe meer nieuwe, slimme producten op de markt kwamen, hoe duidelijker het werd dat het beheersen van risico's niet meer gewaarborgd kon worden door slechts het opstellen van een lijst met eisen waar financiële instellingen aan moesten voldoen. Deze lijsten waren immers niet berekend op het ‘innovatievermogen’ van de branche, die steeds meer nieuwe producten ontwikkelde, mede geholpen door technologische ontwikkelingen, de computers, internet en de 24-uurs economie. Deze producten voldeden op het eerste gezicht aan de lijst van de voorwaarden van de toezichthouders, maar toch bleken uiterst gevaarlijk voor de financiële stabiliteit.

Ad 2. De belangrijkste reactie van de toezichthouders op de voornoemde ontwikkelingen is het risicogebaseerd toezicht. Al lijkt dit model als een nieuwe uitvinding, schijn bedriegt. Dit model is immers voortgekomen uit twee belangrijke ontwikkelingen namelijk het in de jaren 20 van de 20^e eeuw zeer populaire financiële gedachtegoed gebaseerd op de wetten van de thermodynamica en de door National Association of Insurance Commissioners (NAIC) sinds de jaren 80 van de 20^e eeuw ontwikkelde methode

⁶⁵⁵ Zie EIOPA rapport ‘Year-end report 2016 on functioning of colleges of supervisors and priorities for 2017’, 01.03.2017.

⁶⁵⁶ Asztalos 2007, ‘Biztosításügy és felügyelet-hármas szorításban’ ofwel Verzekeringen en toezicht onder druk.

⁶⁵⁷ Asztalos, 2007.

⁶⁵⁸ Zie Asztalos 2007.

van de Risk Based Capital.⁶⁵⁹ Door deze nieuwe ontwikkeling en verschuiving naar risico gebaseerd toezicht werd ook de klassieke kijk op het prudentieel toezicht, dat oorspronkelijk zich uitsluitend richtte op de financiële stabiliteit, veranderd en uitgebreid.

Uit de analyse van het functioneren van succesvolle en minder succesvolle financiële instellingen in de jaren 80 en 90 van de 20^e eeuw⁶⁶⁰ bleek dat het bestuur van de organisatie en de kwaliteit hiervan belangrijke factoren waren voor de stabiliteit van de financiële onderneming. Om die reden is bij de eeuwwisseling de term prudentieel toezicht uitgebreid met een voortdurende analyse van de risico's gelegen in het beheerst bestuur van de organisaties.

Vornoemde ontdekking en de gewijzigde toezichtmethoden vereisen ook dat een financiële multinational in zijn eigen zeteland aan toezicht wordt onderworpen. Dit geldt ook voor wat betreft de activiteiten van zijn bijkantoren en die van zijn dochterondernemingen in de verschillende landen (inclusief het bestuur van de dochterondernemingen). De toezichthouder van het zeteland oefent daarbij risicogebaseerd toezicht uit. Dit toezicht houdt rekening met de hele onderneming, inclusief de activiteiten en de organisatie van de onderneming buiten het zeteland. Dit risicogebaseerd toezicht maakte het ontwikkelen van nieuwe wetgeving zoals richtlijn Solvabiliteit II en de daaraan gerelateerde toezichtsinstrumenten noodzakelijk.

Ad.3 De vernieuwingen in het toezicht brachten de noodzaak van nieuwe actoren van de “financiële wereld 2.0” met zich mee. Onder de “financiële wereld 2.0” wordt verstaan een vernieuwde financiële sector en het onder ad.2 toegelichte risicogebaseerd toezicht.

Bestuurders en sleutelfunctionarissen van de financiële instellingen krijgen, als gevolg van het risicogebaseerd toezicht, steeds meer de aandacht van de toezichthouders. De teams van beleidsbepalers zullen, anders dan onder de regels van het klassieke toezicht, op een andere wijze samengesteld moeten worden. Waar in de oude wereld voldoende ruimte was voor de leden van de zogenaamde “old boys network” en voor politici, die een nieuwe carrière mochten beginnen bij een verzekeraar of een bank, zal het bestuur van de financiële instellingen doelgerichter moeten bouwen aan een team van beleidsbepalers. Dit moet bestaan uit bestuurders met diverse kwaliteiten, kennis en competenties, die bovendien ook bereid en capabel zijn om de dialoog op te zoeken, en zich open te stellen voor het teamwork. Deze noodzaak voor divers samengestelde teams is ook waar te nemen bij de sleutelfunctionarissen.

In de “financiële wereld 2.0” worden beleidsbepalers en medewerkers regelmatig op geschiktheid en betrouwbaarheid beoordeeld met als doel om het menselijke risico, die de stabiliteit van de financiële instelling in gevaar kan brengen, tijdig te herkennen.

8.3. Het home country control systeem

Het door de Europese wetgever geïntroduceerde en uitgewerkte *home country control* systeem gaat uit van de toepasselijkheid van de wet- en regelgeving van het zeteland op de uitoefening van verzekeringsactiviteiten van een verzekeraar met zetel in een van de lidstaten in de hele interne markt. Deze verzekeraar staat onder het toezicht van de toezichthouder(s) uit het zeteland, die ook toezicht houden op de activiteiten die verricht worden in het kader van vrij verkeer van diensten of via bijkantoren binnen de hele interne markt.

Volgens het home country control systeem oefent het toezichthoudende orgaan enkel toezicht uit op de activiteiten van de verzekeraars met zetel in het land van de desbetreffende toezichthouder. Toezicht wordt uitgeoefend over de activiteiten van de verzekeraar in hun zeteland maar ook over de activiteiten die deze verzekeraars buiten hun zeteland verrichten.

De Nederlandse bijkantoren van instellingen met zetel in een niet-aangewezen staat vallen buiten de reikwijdte van het home country control systeem. In verband daarmee oefent DNB het prudentiële toezicht uit op deze bijkantoren die rechtstreeks staten/rapportage plichtig zijn aan DNB.⁶⁶¹

Het home country control systeem gaat uit van de veronderstelling dat toezicht door de toezichthouder van het thuisland (zeteland) tot een effectiever toezicht leidt indien zich dit ook uitstrekt tot de buitenlandse activiteiten van de onder toezicht staande verzekeraar. Op basis van dit toezichtstelsel wordt ook

⁶⁵⁹ Zie www.naic.org/cipr_topics/topic_risk_based_capital.htm.

⁶⁶⁰ Asztalos 2007.

⁶⁶¹ Joosen 2010, p. 34.

gewaarborgd dat handhaving door de toezichthouder volgens het toepasselijke recht van het thuisland geschiedt. Wel dient de verzekeraar rekening te houden met de voorschriften van het algemeen belang van de verschillende lidstaten. Deze voorschriften worden door elke afzonderlijke lidstaat apart geformuleerd ten aanzien van verzekeringsactiviteiten die betrekking hebben op de in die lidstaat gelegen risico's.⁶⁶²

Verder kan de toezichthouder door snelle informatie-uitwisseling met de centrale leiding van de organisatie ook efficiënter een volledig inzicht krijgen in de voor de toezicht relevante ondernemingsinformatie.

In het januari 2008 gepubliceerde Oxera rapport⁶⁶³ van de Commissie zijn onder andere de belangrijkste voordelen van het home country control system opgesomd:

- *“Correspondence with the current supervisory structure,*
- *Ease and efficiency in handling cases,*
- *Acceptance by the insurance industry,*
- *Alignment with the approach followed for DGS and IGS,*
- *Ease of treatment of insurance default cases and administrative feasibility”.*⁶⁶⁴

In dit rapport zijn eveneens de belangrijkste nadelen van dit systeem aangegeven:

“the possible uneven protection of consumers within a member State (if the level of protection is not harmonised), unlevel playing field between domestic and non-domestic insurers (if the level of protection is not harmonised), incentives to moral hazard of public authorities in case of preponderant cross-border (compared to domestic) activity of domestic insurers.”

Het Impact Assessment van de Commissie⁶⁶⁵ uit 2010 gaf de voordelen en nadelen weer van het *host country system* en een optie voor het home country control systeem, zoals deze in voornoemde Oxera rapport zijn geïdentificeerd.

De voordelen zijn gelegen in:

“an even level of protection of all policyholders in all Member States and a level playing field between insurers competing in the same member State”.

De nadelen schuilen in het:

“Possible double payments of insurers with cross-border business (if there is an IGS under the home state principle in their Member State of origin), misalignment with the supervisory structure, possible difficulties in the treatment of insurance undertakings defaults, and difficult acceptance by the insurance industry and by supervisors.”

Volgens het Impact Assessment van de Commissie waren tijdens de publieke raadpleging in 2008 het merendeel van de respondenten voorstanders van het home country control systeem. De CEIOPS (rechtsvoorganger van de EIOPA) gaf in haar bijdrage ‘Input to the EC work on Insurance Guarantee Schemes’⁶⁶⁶ aan voorstander te zijn van dit systeem, net als de deelnemers aan de in 2009 gehouden informele stakeholders bijeenkomst.⁶⁶⁷

Ingevolge de Interpretatieve mededeling van de Commissie inzake vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf:

“De Derde Richtlijnen⁶⁶⁸ [...] hebben de interne markt in het verzekeringsbedrijf voltooid. [...] Volgens de regeling van de richtlijnen valt het financiële toezicht op de werkzaamheden van deze verzekeringsonderneming, met inbegrip van de werkzaamheden in het kader van het recht van vestiging of van het vrij verrichten van diensten, steeds onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat van herkomst van deze verzekeringsonderneming”.

⁶⁶² Schouten 2012, p. 285, verder zie paragraaf 7.5.2 voor wat betreft de toelichting inzake bepalingen van algemeen belang.

⁶⁶³ Het gaat om het rapport opgesteld in opdracht van de Commissie door Oxera Consulting Ltd. Dit in 2007 opgestelde rapport werd in januari 2008 op de website van Commissie gepubliceerd.

⁶⁶⁴ Zie Commissie, ‘Impact Assessment’, COM_SEC(2010)0840, van 12.07.2010, p. 66.

⁶⁶⁵ Zie Commissie, ‘Impact Assessment’, COM_SEC(2010)0840, van 12.07.2010, p. 68.

⁶⁶⁶ CEIOPS: ‘Input to the EC work on Insurance Guarantee Schemes’, Brussels: Committee of European Insurance and occupational Pension Supervisors (CEIOPS), 2009, p. 3.

⁶⁶⁷ Zie Commissie, ‘Impact Assessment’, COM_SEC(2010)0840, 12.07.2010, p. 66.

⁶⁶⁸ Hier gaat het om de richtlijnen 92/49/EEG (PbEG L 228 van 11.08.1992) en 92/96/EEG (PbEG L 360 van 9.12.1992).

Het systeem van home country control leidt onvermijdelijk tot de situatie dat in een lidstaat diverse aanbieders, die verzekeringsactiviteiten uitvoeren, onder verschillende toezichtregels en toezichtsautoriteiten vallen. Deze aanbieders zijn dan onderworpen aan verschillende standaarden, jurisdictie van verschillende lidstaten en beleid van verschillende toezichthouders. In de praktijk betekent dit dat bijvoorbeeld in Nederland naast verzekeraars, die Nederland als zeteland hebben, onder de Nederlandse toezichtwetgeving opereren en de beleidsregels van DNB in acht nemen, ook verzekeringen worden aangeboden door ondernemingen uit diverse andere lidstaten die onder de toezichtregels en wet- en regelgeving van hun eigen zeteland vallen. Verder brengt het home country control systeem met zich mee dat toezichthouders niet altijd effectief toezicht (kunnen) houden op de buiten het zeteland uitgevoerde verzekeringsactiviteiten van een onderneming. Tevens zal het naleven van de regels van algemeen belang van andere lidstaten door deze ondernemingen geen hoge positie krijgen op de prioriteitenlijst van de toezichthouder uit het zeteland.

Lange tijd werd ervan uitgegaan dat enkel door belemmeringen weg te nemen bij het toelaten van de aanbieders uit de andere lidstaten en door het voorkomen dat deze aanbieders aan beperkende maatregelen worden onderworpen, sprake kan zijn van een waarborg van het vrij verkeer van diensten en meer specifiek van de verzekeringsdiensten. Maar wat gebeurt er als de toezichtregels waaronder de verzekeraars uit een andere lidstaat vallen andere standaarden kennen dan de standaarden die gelden voor aanbieders uit de lidstaat zelf? Geldt dan ook een beschermingsmaatregel voor de verzekeraars uit de lidstaat, die als concurrent van verzekeraars uit overige lidstaten, een achtergestelde positie krijgen in hun eigen zeteland (voor zover de beperkende bepalingen enkel betrekking hebben op de activiteiten die binnen de landsgrens en ten aanzien van risico's gelegen binnen de landsgrens worden uitgeoefend) of op de hele interne markt (voor zover de voornoemde beperkingen een op de hele EER geldende reikwijdte kennen)?

Om die reden is het zonder meer aan te raden om het home country systeem te combineren met maatregelen die ervoor zorgen dat het hoogst mogelijke niveau van uniformisering van de toezichtstandaards en wet- en regelgeving tussen de lidstaten plaatsvindt. Het monitoren van naleving van alle relevante regels zou een extra waarborg betekenen voor de goede werking van de interne markt en gelijk speelveld tussen alle marktpartijen.

Hoe minder verschillen er bestaan tussen wet- en regelgeving en toezichtstandaarden tussen de verschillende lidstaten hoe beter wordt gewaarborgd dat de interne markt eerlijke kansen biedt voor de aanbieders met zetel in de verschillende lidstaten. Bij een volledige harmonisatie van de wet- en regelgeving en van de toezichtstandaarden uit de verschillende lidstaten, zou het niet meer moeten uitmaken in welk land een verzekeraar zijn zetel heeft en alle aanbieders met zetel in de lidstaten zouden onder gelijke regels en voorwaarden opereren. Zelfs in dat geval kan niet uitgesloten worden dat het toezicht, uitgeoefend door de verschillende lidstaten, door verschil van inzichten en cultuur toch voor verschillen zorgt. Deze verschillen kunnen een groep van verzekeraars in een bevoorrechte positie brengen ten opzichte van de overige marktpartijen. Om die reden is het moeilijk om te bepalen wanneer precies sprake is van een gelijk speelveld tussen de marktpartijen binnen de interne verzekeringsmarkt.

8.4. Toezicht op de Nederlandse verzekeraars

In de vorige paragraaf werden de mogelijke verschillen tussen het toezicht in de afzonderlijke lidstaten toegelicht. Deze verschillen hebben enerzijds te maken met de wet- en regelgeving van de desbetreffende lidstaat en anderzijds met de toezichtcultuur en ontwikkelingen rondom toezicht op verzekeraars en verzekeringsactiviteiten van de desbetreffende lidstaat. Deze ontwikkelingen hebben in de lidstaten vaak een lange geschiedenis. Kennis van deze geschiedenis en de voornoemde wettelijke ontwikkelingen in de afzonderlijke lidstaten is noodzakelijk voor een beter begrip van de huidige toezichtcultuur en -praktijk. Daarnaast is die ook nodig voor het zetten van een effectieve en duurzame stap in de richting van de harmonisatie die als een constitutieve voorwaarde van de interne verzekeringsmarkt wordt gezien.

In de volgende paragrafen komt het toezicht op de Nederlandse verzekeraars aan de orde. Nederlandse verzekeraars vormen een deel van de aanbieders van de verzekeringen op de Nederlandse verzekeringsmarkt. Gelet op het home country control systeem hebben de Nederlandse toezichthouders formeel geen primaire toezichtstaak over alle aanbieders van verzekeringen betreffende de in Nederland gelegen risico's. Wel hebben Nederlandse toezichthouders invloed op het toezicht over de aanbieders van verzekeringen afkomstig

uit andere lidstaten via de collega toezichthouders uit die lidstaten. Dit gebeurt door de samenwerking tussen de toezichthouders middels bijvoorbeeld de colleges en werkgroepen in het kader van de EIOPA.

8.4.1. Geschiedenis toezicht

Toezicht op de Nederlandse verzekeraars kent een rijke geschiedenis. De volgende samenvatting heeft als doel om achtergrond en historische ontwikkeling van het toezicht in Nederland toegankelijker te maken.

Volgens Boshuizen⁶⁶⁹ stamt in Nederland het stellen van dwingendrechtelijke regels door de overheid met betrekking tot de verzekeringscontracten uit de periode van het bewind van Karel V.⁶⁷⁰ Voorgangers hiervan zijn de eerste codificatie van het verzekeringsrecht (in de huidige betekenis) uit de 14^e eeuw⁶⁷¹ en een vermelding van een overheidsmaatregel op het gebied van verzekeringen in de Ordonnantie van 15 februari 1458 van Filips de Goede.⁶⁷²

De eerste vorm van ondertoezichtstelling in Nederland dateert uit 1514. Deze toezichtstelling hield in dat steden geen nieuwe lijfrenten meer mochten verkopen zonder voorafgaande toestemming van de Bourgondische overheid. Doel van deze regeling was om de financiën van de steden te saneren. Verder vaardigde Karel V op 25 mei 1537 een Ordonnantie uit over wissels en assurantiën.⁶⁷³ Conform deze ordonnantie waren verzekeraars verplicht om een uitkering te doen binnen twee maanden nadat een verzekerd schip verloren is gegaan. Indien de verzekeraar deze termijn niet respecteerde, terwijl de rechter de vordering aannemelijk vond, dan diende de verzekeraar, nog voordat hij verweer mocht voeren voor de rechter, het schadebedrag te deponeren bij de griffie. Deze bemoeienis van de overheid beperkte zich niet alleen tot het stellen van regels maar er werd ook overheidstoezicht uitgeoefend op de concrete naleving van de gestelde regels.⁶⁷⁴

Als belangrijk verschil ten opzichte van de huidige toezichtregels gold dat het toezicht veelal niet waakte over de belangen van de polishouders maar bescherming bod aan verzekeraars tegen allerlei misbruik door de verzekerden. Dit misbruik had vaak te maken met het onthouden van informatie of het verschaffen van verkeerde informatie door de verzekeringnemers aan de verzekeraar.

De praktijk gaf soms aanleiding tot hele drastische overheidsbemoeienis. Een voorbeeld hiervan is de beslissing van de hertog van Alva uit 1569. In het plakkaat van 15 mei 1569 werd de verzekeringsovereenkomst van de ene op de andere dag verboden.⁶⁷⁵ De reden was gelegen in het feit dat de verzekering tot grote nonchalance bij de schippers en kooplieden zou hebben geleid. Deze zouden vanwege de verzekering nalaten om zich goed te wapenen en uit te rusten voor de zeevaart. Verder werd gezegd dat de verzekering aanleiding gaf tot veel misbruik en groot ongemak. Na veel kritiek keerde Alva een jaar later terug naar het systeem van verplichte onderverzekering en de voorgeschreven modelpolis en verder met een expliciet verbod van de levensverzekering.⁶⁷⁶ Door de herziening van dit plakkaat in 1571 werd voor het eerst een uitgebreid verzekeringsrecht vastgesteld.⁶⁷⁷

Het toezicht werd door de sector zelf gefinancierd. Voor de verplichte registratie van de verzekering diende de verzekeraar 2,5 promille van de verzekerde som te betalen.⁶⁷⁸ Volgens Boshuizen had het toezicht in de 16^e eeuw een rol van gedragstoezicht en omvatte zowel het verzekeringsbedrijf als de assurantiebe-

⁶⁶⁹ Boshuizen 2001, p. 346.

⁶⁷⁰ Hier wordt bedoeld keizer Karel V (geboren in Gent op 24 februari 1500 en overleden in Cuacos de Yuste, Spanje op 21 september 1558) uit het Huis Habsburg. Hij werd in 1543 landsheer van alle Nederlandse gewesten. Van 1516 tot 1556 was hij als Karel I koning van Spanje en van 1519 tot 1556 als Karel V Rooms-Duits keizer.

⁶⁷¹ Zie Boshuizen 2001, p.116, die refereert aan de oudste vermelding, die in de geschiedenis opduikt van een Kamer van Versekeringhe voor de stad Brugge in het jaar 1310, waarvan het bestaan in de Chronyke van Vlaenderen en Brabant uit 1725 is vermeld.

⁶⁷² Filips Goede was hertog van Bourgondië. Ingevolge Boshuizen (Boshuizen 2001, p. 118) werden onder zijn bewind voor het eerst bestuurlijke maatregelen met betrekking tot de zeevaart genomen. Zo werd onder meer een Admiraal der Zee benoemd en een plakkaat opgesteld met een procesgang voor alle geschillen '*de faict de la mer, frait et navigation des nefz, des assurances que les marchands font des ungs aux autres*'.

⁶⁷³ Boshuizen 2001, p. 135 en p.118.

⁶⁷⁴ Zie hierbij het plakkaat van 27 oktober 1570 dat een uitdrukking is van het geheel van de toezichtsregels van de overheid; Ordonnantie 1570 regelgeving nr. 2, Groot Placaet-Boeck 1658, p I-828, Vlaams Placaet- Boeck 1639, p II- 335 en Pardessus 1837, p. 103-119.

⁶⁷⁵ Boshuizen 2001, p.121. Met dit plakkaat werd elke vorm van verzekering verboden ('*toutes telles et semblables assurances*').

⁶⁷⁶ Zie Boshuizen 2001, p. 122, met referentie naar het plakkaat van 27 oktober 1570.

⁶⁷⁷ Zie Boshuizen 2001, p. 122, met referentie naar het plakkaat van 20 januari 1570.

⁶⁷⁸ Zie Boshuizen 2001, p. 126, met referentie naar art. 8 van de *Memoire et instruction* 1570.

middelaars. De taken en de bevoegdheden van de toezichthouder werden door Alva in de Ordonnantie van 27 oktober 1570⁶⁷⁹ nauwkeurig beschreven.

In de zestiende en zeventiende eeuw waren verzekeraars nog steeds niet bekend met een statistische benadering voor de berekening van de premie, waardoor de door de verzekerde te verschaffen juiste en volledige informatie van wezenlijk belang was voor een goede premieberekening, maar ook voor de berekening van de uitkering als gevolg van de schade. Verzekeraars waren om die reden sterk afhankelijk van een inschatting die ze moesten maken van de risico's die bijvoorbeeld bij een zeeverzekering het verzekerde schip en lading liep. Hierbij hielden verzekeraars rekening met aantal factoren zoals oorlogsomstandigheden, de te varen route, staat van het te verzekeren schip, de reputatie van de kapitein (morele risico), weeromstandigheden (dus in welke periode van het jaar werd gevaren).⁶⁸⁰

Voor wat betreft de zeeverzekeringen, die in Antwerpen werden gesloten, vormden de Koninklijke plakaten uit 1550 en 1551 een eerste aanzet tot wetgeving betreffende de inhoud van de zeeverzekeringsovereenkomst. Deze regels kwamen de wens van de verzekeraars tegemoet om de zeeverzekering streng te reguleren teneinde fraude door verzekerden aan te pakken. De Ruyscher meldt ten aanzien van de regels betreffende de zeeverzekeringen het belang van de normering door het stadsbestuur in de zestiende en zeventiende eeuw met betrekking tot de in Antwerpen gesloten zeeverzekeringen.⁶⁸¹

“De gemeenschap van handelaars in Antwerpen streefde naar normering door het stadsbestuur en door de vorst, aangezien ze adequate officiële regels als een garantie voor de naleving van afspraken beschouwde.”

In de daaropvolgende decennia was het evenwicht tussen de belangen van de verzekeraars en die van verzekerden steeds wankel, maar beide partijen waren ervan overtuigd dat slechts officiële regels de noodzakelijke waarborgen en het daaruit voortvloeiende vertrouwen konden bieden om de verzekeringsactiviteiten voort te zetten.⁶⁸²

Uit de geschiedenis van de zeeverzekeringen uit Antwerpen en de daarop toepasselijke regels, die door het stadsbestuur werden gesteld of geïnitieerd, blijkt dat deze sterk beïnvloed waren door de diverse economische omstandigheden in de zestiende en zeventiende eeuw. Terugval van de handel bracht nieuwe regels met zich met de bedoeling om tegenvallende economische omstandigheden te veranderen. De stadsbestuurders stelden de grenzen maar ze waren ook bereid deze te verleggen als de handelspraktijk duurzaam een bepaalde ontwikkeling vertoonde. Verder waren deze regels bedoeld om misbruiken in de zeeverzekeringsbranche te voorkomen.⁶⁸³

Vanaf eind 16 eeuw kregen de steden steeds meer invloed in het uitvaardigen van regels ten aanzien van verzekeringen. Toezicht op de stedelijke lijfrente, zeeverzekering en uitvaartverzekeraars⁶⁸⁴ brachten nieuwe impuls in de ontwikkeling van de Nederlandse verzekeringssector.

De stedelijke wetgever kon volgens Boshuizen⁶⁸⁵ niet volstaan met het stellen van regels. De behoefte was groot aan een instelling voor het toezicht op de naleving van de gestelde regels. Hiervoor werden de Kamers van Assurantie opgericht.

*“vanaf het begin van de 19^e eeuw ontstond een vorm van toezicht voor het gehele levensverzekeringsbedrijf, gericht op de financiële stabiliteit van de ondernemingen en de bescherming van de belangen van de verzekerden.”*⁶⁸⁶

⁶⁷⁹ Deze ordonnantie stelde o.a. dat een toezichthouder werd belast met het toezicht op alles wat de assurantie betrof. De ordonnantie uit 1570 geldt volgens Boshuizen (Boshuizen 2001, p. 347) als de eerste complete toezichtwet met betrekking tot de uitoefening van het verzekeringsbedrijf in Nederland.

⁶⁸⁰ De Ruyschen 2012.

⁶⁸¹ De Ruyschen 2012.

⁶⁸² De Ruyschen 2012. Het koninklijk plakkaat van 1563 bepaalde bijvoorbeeld dat bij de zeeverzekeringen van een standaard polis gebruik zou worden gemaakt en sloot interpretatie van de polis op grond van diverse gebruiken uit.

⁶⁸³ De Ruyschen 2012.

⁶⁸⁴ Zie hiervoor de gilde-knecht- en buurtbussen die grote gelijkenis vertoonden met de huidige kleine onderlinge uitvaartverzekeraars. Toezicht op deze bussen was een taak van de stadsbesturen.

⁶⁸⁵ Boshuizen 2001, p. 129.

⁶⁸⁶ Boshuizen 2001, p. 150-151.

Op basis van het eerste Koninklijk Besluit van 16 juli 1830 werd een voorafgaand goedkeuringsvereiste voor de oprichting van levensverzekeraars geïntroduceerd. Vervolgens werd bij de wet van 22 april 1855 bepaald dat verenigingen een formele erkenning door de regering behoeften teneinde rechtspersoonlijkheid te kunnen verkrijgen.⁶⁸⁷

Na een lange codificatietraject, die begonnen is door een in 1883 ingestelde Staatscommissie en voortgezet onder de leiding van W.L.P.A. Molengraaff⁶⁸⁸ ingestelde Staatscommissie uit 1897, werd het voorstel tot de eerste publieke wettelijke regeling ten aanzien van de inrichting van het levensverzekeringsbedrijf opgesteld.⁶⁸⁹ Na een langdurige codificatieproces werd in 1921 een zogenaamde Noodwet⁶⁹⁰ aangenomen. De spoed was volgens Borgesius te wijten aan de omstandigheid dat enige levensverzekeringsmaatschappijen in moeilijkheden waren geraakt. Hierna is in 1922 de volledige regeling: de Wet op het levensverzekeringbedrijf vastgesteld.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op het levensverzekeringbedrijf (WOL) in 1921⁶⁹¹ werd naast de ondertoezichtstelling van de aanbieders van levensverzekeringen ook het toezicht over de aanbieders van andere verzekeringen besproken.⁶⁹² Toch duurde het tot 1966 dat er een wettelijk toezicht kwam op de schadeverzekeraars en het schadeverzekeringsbedrijf werd gereguleerd.⁶⁹³ Dit werd formeel geregeld met de inwerkingtreding van de Wet van 23 september 1964⁶⁹⁴ (WOS) op 1 september 1966.⁶⁹⁵

In de WOL werd de levensverzekeringsovereenkomst gedefinieerd als een overeenkomst “*tot het doen van geldelijke uitkeringen tegen genot van een premie en in verband met het leven of den dood van den mensch*”. Hiermee werd de tontine⁶⁹⁶ (lijfrente) ingesloten, hoewel deze vorm van verzekeren sinds de 16^e eeuw vaak werd verboden en bovendien veel aandacht kreeg van de wetgever en toezicht. Ingevolge Boshuizen⁶⁹⁷ was het doel van de WOL om te waarborgen dat alle levensverzekeraars, tontinen inbegrepen, hun financiële verplichtingen konden nakomen.

Het bijzondere karakter van het levensverzekeringbedrijf blijkt uit de MvT bij de WOL uit 1923:

*“Het bijzondere karakter van het levensverzekeringbedrijf maakt het mogelijk, dat een verzekeraar gedurende tientallen van jaren niet meer solvent is, zonder dat daarvan naar buiten iets blijkt. Voor het voldoen der opeisbare schulden beschikt hij ten gevolge van den langen looptijd der verbintenis nog gedurende langen tijd over voldoende middelen.”*⁶⁹⁸

De WOL noemde verschillende motieven voor de ondertoezichtstelling:

- het beschermingsmotief;
- het macro-economische belang van levensverzekeringen;
- het grote sociale belang van de levensverzekering;

⁶⁸⁷ Boshuizen 2001, p. 153.

⁶⁸⁸ W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) drong herhaaldelijk aan op de modernisering van het verzekeringsovereenkomstenrecht en had een belangrijke rol bij de codificatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht.

⁶⁸⁹ Zie Borgesius 2017, p. 75 over de eerste wettelijke regeling (publiek handelsrecht) inzake verzekeringen buiten het Wetboek van Koophandel.

⁶⁹⁰ *Stb.* 695.

⁶⁹¹ De WOL trad in 1923 in werking, *Stb.* 716.

⁶⁹² Boshuizen 2001, p.170 met verwijzing naar *Kamerstukken II 1921/22*, 60, nr. 4, p. 7-8.

⁶⁹³ Borgesius 2017, p. 75.

⁶⁹⁴ *Stb.* 409.

⁶⁹⁵ Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 252 over de aanleiding van onder toezichtsstelling van het schadeverzekeringbedrijf (1964): een deconfiture van een schadeverzekeringbedrijf, de Brandaris. Overigens ook een faillissement, die van het Koninklijke Hollandsche Lloyd, vormde de aanleiding in 1952 voor het toezicht op pensioenfondsen in de vorm van de Pensioen- en Spaarfondsenwet.

⁶⁹⁶ Tontine is een bijzonder soort van lijfrente. Zij werd ook als lijfrente bij overleving, overlevingsrente, overlevingskas, contract van overleving of tontinaire lijfrente aangeduid. Een rentetontine was de overeenkomst waarbij de deelnemers geld inlegden en de rente over de totale inleg werd verdeeld onder de in leven zijnde deelnemers, totdat de laatste deelnemer was overleden. Daarna verviel de inleg aan degene die de tontine heeft uitgeschreven. De organisator kon hiermee vermogen vergaren dat nimmer hoefde te worden afgelost. Een kapitaalontine was een overeenkomst waarbij de deelnemers geld inlegden en werd overeengekomen dat de inleg vermeerderd met de rente op een bepaald vooraf vastgesteld tijdstip zal worden verdeeld onder de deelnemers die dan nog in het leven waren.

⁶⁹⁷ Boshuizen 2001, p. 149.

⁶⁹⁸ *Kamerstukken II 1921/22*, 60, nr. 3, p. 2.

- en het feit dat bij een tussentijdse beëindiging van de overeenkomst het sluiten van een nieuwe overeenkomst duurder of zelfs niet meer mogelijk zou zijn, wegens de verder gevorderde leeftijd van de persoon op wiens leven de levensverzekering gesloten zou worden.⁶⁹⁹

De daaropvolgende Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf⁷⁰⁰ (hierna WTV), WTV 1993⁷⁰¹ en Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf⁷⁰² (hierna WTN) namen deze doelstelling in grote lijnen over.

De WTV 1993 schonk nadrukkelijk aandacht voor de financiële stabiliteit van de verzekeraars en hiermee creëerde een kader voor het solvabiliteitstoezicht.⁷⁰³ De WTV 1993 en WTN legden enerzijds materiële verplichtingen op de verzekeraars en anderzijds schiepen bevoegdheden voor het overheidstoezicht voor het toezien over de naleving van de wet.⁷⁰⁴

Borgesius⁷⁰⁵ stelde vast dat *“waar het wettelijk verzekeringsovereenkomstenrecht tussen 1838 en 2006 vrijwel onveranderd is gebleven, is de wetgeving voor de bedrijfsuitoefening door verzekeraars [...] een openstapel van voortdurend wijzigende, afzonderlijke regelingen, culminerend in de Wft-hercodificatie”*.

8.4.2. Relevante invloeden op het toezicht

Als gevolg van de eerste Europese richtlijn voor de schadeverzekeraars van 1973 werd het toenmalige wettelijk kader betreffende het schadeverzekeringsbedrijf aangepast middels de Wet toezicht schadeverzekeringsbedrijf (WTS) die op 1 januari 1986 in werking trad. Volgens Boshuizen⁷⁰⁶ bevatte de WTS voor het eerst verordenende bevoegdheden (bijvoorbeeld vaststelling van bepaalde modellen en formulieren) voor de toezichthouder, maar ook bepalingen, die uit de eerste Europese schaderichtlijn voortkwamen, zoals de vergunningseis⁷⁰⁷, zwaardere solvabiliteitseisen, uniforme indeling naar de verzekeringsbranche en het verplicht oormerken van dekkingswaarden.

Bepalingen van de derde richtlijnen voor de schade en levensverzekeraars werden geïmplementeerd in de WTV 1993, welke op 1 juli 1994 in werking trad. Deze wet werd vanaf juni 2000 aangevuld met een beperkt aanvullend toezicht op verzekeraars in een groep.⁷⁰⁸

De Wet van 12 mei 2005 (Wet financiële dienstverlening ofwel Wfd), houdende regels voor de financiële dienstverlening, introduceerde, aldus Kamphuisen⁷⁰⁹, een toezicht op het verzekeringsbedrijf dat tot de datum van inwerkingtreding van de wet in Nederland nog niet heeft bestaan. Deze wet paste niet bij de Nederlandse traditie en had bovendien tot gevolg dat een groot aantal spelers op de financiële markten onder het wettelijke prudentieel toezicht gingen vallen.

Voor de inwerkingtreding van de Wfd bestond immers ten aanzien van de verzekeraars in het geheel geen wettelijk toezicht op het prudentieel risico. Daarvoor kon de toenmalige Pensioen- en Verzekeringkamer langs onofficiële wegen wel ingrijpen bij grove mistanden, maar zonder een formeel wettelijke basis. In de Wfd werd veel ruimte besteed aan het creëren van instrumenten voor het uitoefenen van toezicht, maar voor het feitelijk uit te oefenen toezicht werden slechts algemene uitgangspunten geformuleerd.⁷¹⁰

Voor de inwerkingtreding van de Wfd bestond reeds een ander toezicht dat zelf door de verzekeraars in het leven was geroepen. Het ging om de Raad van Toezicht die als een tuchtrechtelijk college functioneerde en de zelfregulering binnen de branche regelde. De inwerkingtreding van de Wfd en later die van de Wft, bracht

⁶⁹⁹ Boshuizen 2001, p. 12.

⁷⁰⁰ Ingevolge de Wet van 18 december 1986 (Stb. 637) werden met ingang van 1 juni 1987 de Wet op het Levensverzekeringbedrijf en de Wet toezicht schadeverzekeringsbedrijf samengevoegd tot de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Stb. 1986, 638).

⁷⁰¹ Stb. 1994, 252. Deze wet werd met ingang van 1 januari 2007 ingetrokken door de Invoerings- en aanpassingswet Wft, Stb. 2006, 605.

⁷⁰² Stb. 1995, 368. Deze wet werd met ingang van 1 januari 2007 ingetrokken door de Invoerings- en aanpassingswet Wft, Stb. 2006, 605.

⁷⁰³ Boshuizen 2001, p. 150.

⁷⁰⁴ Boshuizen 2001, p. 8.

⁷⁰⁵ Borgesius 2017, p. 76.

⁷⁰⁶ Boshuizen 2001, p. 174.

⁷⁰⁷ De vergunningseis betekende dat er een strakkere regulering van de bedrijfsuitoefening van de schadeverzekeraars kwam en dat de wet een kader bevatte betreffende de voorwaarden waaronder een vergunning kon worden verkregen of ingetrokken.

⁷⁰⁸ Boshuizen 2001, p. 181.

⁷⁰⁹ Kamphuisen 2005, 21.

⁷¹⁰ Vanaf art. 63 bevat de wet bepalingen omtrent de uitvoering ervan en daarin worden (onder meer) de bevoegdheden van de toezichthouder - blijkens art. 1 onder (bb) van de wet is dat de Stichting Autoriteit Financiële Markten - geregeld.

geen vermindering van het niveau van de zelfregulering met zich mee. De verzekeringsbranche was immers van oordeel dat zelfregulering boven externe regelgeving belangrijke voordelen bood. Deze voordelen hadden o.a. te maken met een betere acceptatie door de branche zelf en betere naleving van regels die op basis van eigen expertise en praktijkkennis waren opgesteld.⁷¹¹ Support voor deze regels vanuit de verzekeringsbranche was daarmee de beste waarborg voor naleving van de regels in het kader van zelfregulering.

Overigens bestaat in het kader van de branchevereniging geen prudentiële zelfregulering. Zelfregulering richt zich vooral op gedragsregels en handelingen en de werkwijze van de ondernemingen binnen de branche ter bescherming van de verzekeringnemers en slachtoffers.

Volgens het Verbond begint toezicht bij iedere verzekeraar binnen het eigen bedrijf en staat eigen verantwoordelijkheid van het bedrijf voor de naleving van de wet- en regelgeving centraal. Dit interne toezicht wordt verder aangevuld door toezicht van de branchevereniging, de wetgever en de toezichthouders. Niet alleen de interne en externe toezichthouders hebben grote invloed op het gedrag en functioneren van de verzekeraars. Het gedrag en handelwijze van de financiële instellingen/dienstverleners en meer specifiek de (her)verzekeraars wordt ook beïnvloed door de uitspraken van de civiele rechter.⁷¹²

Een belangrijke wijziging ten aanzien van het toezicht had ook betrekking op het toezicht op de herverzekeringen. Hiermee werden opnieuw diepgewortelde verzekeringstradities doorbroken.

De implementatie van de Richtlijn Herverzekering⁷¹³ in Nederland middels een wijziging van de Wft en een aantal uitvoeringsbesluiten⁷¹⁴ betekende de invoering van een systeem van toezicht op herverzekeraars⁷¹⁵ die belangrijke gelijkenis vertoont met het toezicht op directe verzekeraars.⁷¹⁶ Hierbij is het goed te weten dat tot de vooravond van de invoering van de richtlijn nog geen toezicht op de herverzekeraars bestond in landen als België, Ierland. In Duitsland, Griekenland, Frankrijk en Nederland werden enkel elementen uit het toezichtsregime op de directe verzekeraars reeds toegepast op de herverzekeraars.⁷¹⁷

De Richtlijn Herverzekering was gebaseerd op de derde generatie schade- en levensrichtlijnen en introduceerde een vergunningsplicht voor de herverzekeraars samen met de uitgangspunten *home country control* en *single license*. Deze uitgangspunten waren reeds van toepassing op de verzekeraars met vergunning in één van de lidstaten. De implementatie van deze richtlijn in de Nederlandse wetgeving had als doel om bij te dragen aan een efficiëntere en sterkere herverzekeringmarkt binnen de Unie.⁷¹⁸

De wetgever heeft veel aandacht besteed aan de specifieke aspecten van de herverzekering, waaronder de afwezigheid van een contractuele relatie tussen een herverzekeraar en consument. Om die reden is ervoor gekozen om geen specifiek gedragstoezicht ten aanzien van de herverzekeraars te introduceren.⁷¹⁹

Verder, anders dan bij de directe verzekeraars, geldt voor de herverzekeraars ook geen notificatieplicht, wanneer ze in andere lidstaten door middel van een bijkantoor of op basis van grensoverschrijdende dienstverrichting optreden als herverzekeraar. Ook herverzekeraars van andere lidstaten mogen opereren op de Nederlandse markt zonder een notificatieprocedure.

Voor herverzekeraars met zetel in een niet-lidstaat geldt wel een vergunningplicht als ze in Nederland een bijkantoor willen openen.⁷²⁰ Gaat deze herverzekeraar via het verrichten van diensten naar Nederland

⁷¹¹ Zie Verbond document 'Visie op toezicht', 28.08.2014, p. 8.

⁷¹² Zie hiervoor het arrest van het HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, over de zorgplicht van de tussenpersoon (arrest KHTC/Generale Bank).

⁷¹³ Het gaat om de EG-richtlijn 2005/68/EG.

⁷¹⁴ Het gaat om de Wet van 3 juli 2008 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met de uitvoering van Richtlijn nr. 2005/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 november 2005 betreffende herverzekering en houdende de wijziging van Richtlijnen 73/239/EEG en 92/49/EEG van de Raad en van Richtlijnen 98/49/EEG en 2002/83/EG (*PbEU* L 323).

⁷¹⁵ Tot de invoering van de nieuwe wettelijke bepalingen ten aanzien van de herverzekeraars stonden herverzekeraars in Nederland niet onder direct wettelijk toezicht, met uitzondering van de herverzekeraars die onderdeel waren van een groep en om die reden onder het aanvullende groepstoezicht vielen.

⁷¹⁶ Lieverse 2007, p. 336-342.

⁷¹⁷ Quaglia 2014, p. 112, Beckman 2015, p. 24.

⁷¹⁸ Schreuder & Gaillard 2007, p. 16.

⁷¹⁹ Schreuder & Gaillard 2007, p. 18.

⁷²⁰ Zie art.2:26d en 2:26e Wft. Ingevolge art. 2:26 d, lid 3 Wft geldt geen vergunningsplicht voor herverzekeraars uit een staat die is aangewezen als adequaat toezichtsland.

herverzekeringsactiviteiten uitvoeren dan geldt geen vergunningsplicht, wel een notificatieplicht⁷²¹. De herverzekeraar legt daarbij een door de toezichthoudende instantie van het zeteland afgegeven verklaring over. Uit deze verklaring dient te blijken dat deze herverzekeraar in dat land bevoegd is tot het uitoefenen van het bedrijf van herverzekeraar.

8.5. Conclusie

De uitdagingen van het toezicht hebben enerzijds te maken met het voortschrijdende inzicht en snelle ontwikkeling van nieuwe producten op de financiële markt (waaronder de verzekeringsmarkt) en anderzijds met de interne (Europese) verzekeringsmarkt en de daaraan verbonden verandering van wet- en regelgeving.

Voor genoemde uitdagingen vragen om een risicogebaseerd toezicht, veel nieuwe kennis van de voor de interne markt relevante wet- en regelgeving en samenwerking met de toezichthouders uit andere lidstaten. Als gevolg van het home country control systeem heeft een toezichthouder uit een lidstaat geen volledig beeld over alle verzekeraars die de in die lidstaat gelegen risico's verzekeren. Tevens mist deze toezichthouder de bevoegdheid om deze ontbrekende informatie rechtstreeks bij de verzekeraars met zetel in een andere lidstaat, maar actief in zijn lidstaat, te vorderen. Verder brengt het home country control systeem met zich mee dat toezichthouders vaak weinig interesse hebben in de grensoverschrijdende activiteiten van de verzekeraars onder hun toezicht, waardoor toezicht en handhaving inzake naleving van de regels van algemeen belang van andere lidstaten onvoldoende gewaarborgd zijn.

Zelfs bij volledige harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten kan niet voorkomen worden dat verschillen in toezicht en de daaruit voortvloeiende invloed op een deel van de verzekeraars mogelijke nadelige gevolgen heeft op het gelijke speelveld op de interne verzekeringsmarkt.

Geschiedenis van het toezicht in Nederland leert ons dat focus van toezicht ingrijpend kan veranderen (afhankelijk van de gebeurtenissen op de financiële markt) en dat het beschikbare instrumentarium van de verzekeraars en toezichthouders hierbij een belangrijke rol kan spelen.

De belangrijkste veranderingen van de afgelopen ruim 40 jaar zijn gelegen in ondertoezichtstelling van herverzekeraars, de overstap naar een risicogebaseerd toezicht, aandacht voor gedrag en cultuur en de ontwikkelingen geïnitieerd vanuit de Unie en de EIOPA.

Harmonisatie van de wet- en regelgeving, veranderingen verbonden met het instellen van de interne markt en het Unierecht hebben in Nederland tot het doorbreken van diepgewortelde verzekeringstradities geleid.

⁷²¹ In art. 2:26f lid 5 Wft is bepaald dat de verplichting tot notificatie niet van toepassing is op herverzekeraars uit een staat die is aangewezen als adequaat toezichtsland.

9. Het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht

9.1. Inleiding

In hoofdstuk 7 kwam o.a. de harmonisatie van de voor het aanbieden van de verzekeringen relevante wet- en regelgeving aan de orde. In dit hoofdstuk wordt uitgebreid ingaan op de relevante aspecten van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht. In dit kader komen de standpunten van de Europese wetgever en die van de Europese brancheorganisatie van de (her)verzekeraars aan de orde.

Verder verdient in het kader van de behandeling van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht het facultatief instrument, als een van de mogelijke opties van de ontwikkeling van het Europese contractenrecht, een belangrijke plaats.

In dit hoofdstuk worden eveneens de relevante en belangrijkste bepalingen van verordening Rome I ten aanzien van de op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke rechtskeuze, behandeld.

Hierbij komen ook de regels ten aanzien van verplichte verzekeringsovereenkomsten en betreffende de consumentenovereenkomsten aan de orde. Verder wordt een toelichting gegeven betreffende de rechtskeuze in de verzekeringspraktijk, hoe rechtskeuze wordt gemaakt en de relevante rechtsregels toegepast. Ten slotte komt de invloed van de rechtskeuze op de interne verzekeringsmarkt aan de orde.

9.2. Het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht

De noodzakelijke voorwaarden van de ontwikkeling van het goedwerkende verzekeringsverkeer binnen de Unie dienen gezocht te worden in de harmonisatie van het materiële recht, o.a. dwingende bepalingen van het verzekeringsovereenkomstenrecht, fiscale regels, het toezicht op het verzekeringsverkeer en consumentenbescherming.⁷²²

Alhoewel een Europees materieel verzekeringsrecht en de regelgeving ter zake van de privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst voorsnog ontbreekt⁷²³, bestaat op tal van deelreinen EU-regelgeving die rechtstreeks of middellijk invloed heeft op het verzekeringsovereenkomstenrecht. Deze invloed leidt tot een (gedeeltelijke) harmonisatie van voornoemde deelreinen.⁷²⁴

Het EP heeft de harmonisatie van deelgebieden van het privaatrecht noodzakelijk gevonden voor de goede werking van de interne markt. In 1989 werd bij de Commissie aangedrongen voor een voorstel van een gezamenlijk Europees Burgerlijk Wetboek.⁷²⁵

De ontwikkelingen binnen het Europese privaatrecht, waaronder het verbintenissenrecht beïnvloeden ook het verzekeringsovereenkomstenrecht. Verder heeft het Europees publiekrecht ook aanzienlijke invloed op de privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst door bijvoorbeeld de in de nationale wetgeving geïmplementeerde richtlijnen gericht op de bescherming van consumentenrechten en e-commerce.⁷²⁶

Hieronder wordt nader ingaan op de ontwikkelingen die betrekking hebben op het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht en de visie van de Europese wetgever betreffende de harmonisatie van dit recht in het kader van de voltooiing van de interne verzekeringsmarkt.

9.2.1. Wettelijke ontwikkelingen

Onder de invloed van uiteenlopende politieke en economische belangen en ondanks de diepgewortelde verschillen binnen het verzekeringsbedrijf en verzekeringsovereenkomstenrecht in de diverse EU-

⁷²² Zie Insurance Europe, 'Position paper SMC-LEG-11-021 CEA views on the European Commission's Green Paper on policy options for progress towards an EU contract law for consumers and businesses', 28.01.2011, p. 1 en Insurance Europe, 'Position paper SMC-LEG-11-051, Views on a European Contract Law for Consumers and Businesses', 30.06.2011, p. 1 en het advies van het EESC over 'De Europese verzekeringsovereenkomst' 2005/C 157/01, 28.6.2005, p. 13.

⁷²³ Rinkes 2016, p. 82.

⁷²⁴ Zie Rinkes 2016, p. 82 met verwijzing naar de regeling inzake oneerlijke bedingen (93/13/EG), oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG), elektronische handel (2000/31/EG), de richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten (2002/65/EU) en de richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU). Ten aanzien van zorgverzekeringen geeft Rinkes aan dat, afgezien van de richtlijn patiëntenrechten (2011/24/EU), geen EU regelgeving betreffende zorgverzekeringen bestaat die tot een gedeeltelijke harmonisatie zou kunnen leiden binnen de Unie.

⁷²⁵ Zie Resolutie van 26 mei 1989, OJ C 158, p. 400 (A2-0157/89) en Resolutie van 27 april 1994, PE 207.670/def./A.

⁷²⁶ Zie Rinkes 2016, p. 77 over de invloed van het Europese recht op de privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst.

lidstaten⁷²⁷, zijn de afgelopen decennia belangrijke stappen gezet in de Europese regelgeving, met als doel het faciliteren van de totstandkoming van een Europese interne verzekeringsmarkt. Deze stappen zijn in paragraaf 3.8 van dit proefschrift reeds toegelicht. De resultaten van deze wetgevingstrajecten zijn o.a. terug te vinden in:

- de uitwerking van het recht van vestiging⁷²⁸ en van de toelatingsvoorschriften voor de vrije uitoefening van het verzekeringsbedrijf in de EU- lidstaten;⁷²⁹
- onderscheid tussen verzekeringnemers, die gelet op hun hoedanigheid of grootte of wegens de aard van te verzekeren risico's, wel of geen bescherming behoeven in de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen;⁷³⁰
- optimalisatie van de vrijheid van dienstverrichting door bijvoorbeeld de uitwerking van het home country control systeem⁷³¹, waarin de waarborg voor toezicht verenigd is met de wensen en de uitoefeningsvoorwaarden voor de vrije dienstverrichting;⁷³²
- bepalingen inzake prudentieel toezicht en samenwerking tussen de toezichthouders uit de lidstaten.⁷³³

9.2.2. Inzichten Commissie en verzekeringsbranche

Op initiatief van de Commissie is een Expert Groep samengesteld met de bedoeling om tijdens enkele bijeenkomsten in de loop van 2013 tot een opsomming te komen van de knelpunten van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht.

De uitkomsten van dit onderzoek zijn in hoofdstuk 3, paragraaf 10 reeds toegelicht.

In haar Position Paper van 22 oktober 2013⁷³⁴ heeft Insurance Europe haar zorgen geuit na een evaluatie van de uitkomsten van de door de Expert Groep gehouden vergaderingen. De zorgen van Insurance Europe betroffen de constatering dat tijdens de bijeenkomst het overleg vooral niet over de knelpunten van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht ging, maar over zaken, die te maken hebben met de verschillende nationale systemen, belemmeringen, die voortvloeien uit juridische, fiscale en financieel-rechtelijke nationale bepalingen - die dan ook tot verschillen in het toezichtstelsel leiden -, over nationale tradities en over culturele achtergronden verbonden aan de nationale rechtssystemen.

De vraag, die terecht is gesteld, ging over de relevantie van de oplossing die betrekking heeft op het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht door harmonisatie. Deze vraag kwam aan de orde vanwege het feit dat zelfs deze dedicated groep van experts zich heel snel liet afleiden door andere belemmeringen die de ontwikkeling van het verzekeringsverkeer op de interne markt vertragen. Deze belemmeringen lijken naar verhouding zwaarder te wegen dan het oplossen van het probleem inzake de harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht.

Naar aanleiding van de door Expert Groep behandelde onderwerpen is door Insurance Europe verder opgemerkt dat grensoverschrijdend verzekeringsverkeer zich beter zou ontwikkelen als de verschillen in de nationale rechtssystemen betreffende het verzekeringsovereenkomstenrecht opgeheven zouden worden. In dit verband werd in het document van Insurance Europe beweerd dat men geen bewijs heeft geleverd voor het feit dat er vraag zou zijn naar deze producten, welke ook de voor deze producten gemaakte extra kosten van de individuele verzekeraars, maar ook de kosten, die op het gemeenschap niveau worden gemaakt, zouden verantwoorden. Insurance Europe benadrukte hierbij dat er geen zekerheid is over een toekomstige

⁷²⁷ Harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht wordt ook belemmerd door de twee verschillende modellen die men in het Europese verzekeringsbedrijf kan onderscheiden. Cousy (Cousy 2002, p.3) noemt hier het 'Alpijnse model' met als basiskenmerk de vergaande solidariteit tussen de verzekerden en de 'maritieme verzekeringscultuur' die niet naar het voorwerp van de verzekering (zeeverzekeringen) is genoemd maar naar de landen waar die bedrijvigheid vaak voorkomt zoals Engeland en Nederland. De maritieme verzekeringscultuur kenmerkt zich vaak door de verzekering als een vaak speculatieve financiële dienst op een zeer competitieve markt.

⁷²⁸ Recht van vestiging zoals opgenomen in art. 43-48 EG-Verdrag.

⁷²⁹ Vágási 2013, p. 165.

⁷³⁰ Zie hiervoor ook overweging 2 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

⁷³¹ Het *home country control* systeem gaat uit van de toepasselijkheid van de wet- en regelgeving van het zeteland op de uitoefening van verzekeringsactiviteiten van een verzekeraar met zetel in een van de lidstaten in de hele interne markt.

⁷³² Vágási 2013, p. 165.

⁷³³ Zie richtlijn Solvabiliteit II.

⁷³⁴ Position Paper Insurance Europe van 22-10-2013, www.insuranceeurope.eu/european-insurance-contract-law-response-discussion-paper-vi.

vraag van de consumenten voor grensoverschrijdende verzekeringsproducten. Verondersteld wordt hierbij dat de keuze van de consument beïnvloed wordt door verschillende factoren zoals voorkeur voor de financiële dienstverlener, reputatie, prijsniveau, dienstverlening van de aanbieder in verzekeringen.⁷³⁵

Insurance Europe lijkt hierbij voorbij te gaan aan het feit dat deze grensoverschrijdende verzekeringen niet alleen aan consumenten maar ook aan het bedrijfsleven worden aangeboden, waarbij het bedrijfsleven, gelet op hun eigen grensoverschrijdende activiteiten en belangen, als eerste geïnteresseerd is in passende grensoverschrijdende verzekeringsproducten. Verder wordt ten aanzien van de consumenten door Insurance Europe geen aandacht geschonken aan het feit dat technische ontwikkelingen en de mogelijkheden van de consument om online verzekeringen te sluiten juist katalysator kunnen zijn van grensoverschrijdende activiteiten. De consument gaat immers steeds vaker digitaal op zoek naar de beste producten en aantrekkelijke oplossingen die bij zijn verzekeringsbehoefte passen.

In de digitale wereld vervagen de grenzen van de lidstaten en verandert de traditionele structuur van distributie van verzekeringsproducten.

Insurance Europe stelde het volgende inzake de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten:

“There are sector-specific issues that any company must evaluate and resolve prior to conducting business in another member state, including: language barriers; different licensing, legal regulatory and taxation systems; diverse national general best practice rules; cultural practices that are specific to each jurisdiction; whether a physical presence in the member state is required; and the availability of data for the respective market”.⁷³⁶

Verder is gesteld dat ten aanzien van de levensverzekeringen en pensioenproducten op de interne markt de regels van sociale zekerheid en de fiscale wetgeving de belangrijkste belemmeringen van het grensoverschrijdend verzekeringsverkeer vormen. Dat betekent dat in deze gevallen het verschil van het verzekeringsovereenkomstenrecht per lidstaten maar een geringe rol speelt.⁷³⁷

“Life insurance products are closely linked to national social security systems and national tax systems and their purpose is also to supplement these systems. This is especially true for pension products. It needs to be acknowledged that social and taxation laws, together with national culture and other factors, are the main barriers for the provision of cross border life insurance products”.⁷³⁸

“The ability to offer cross border pension products is not limited mainly due to contract law differences but rather by the impact that social and tax law has on the product design. The appeal of a pension product is closely linked to the social law and fiscal advantages in a given member state, therefore actuarial provisions and interest rates are, prudentially, specific to each country”.⁷³⁹

In het persbericht van de Commissie van 27 februari 2014 inzake het verzekeringsovereenkomstenrecht bij grensoverschrijdende handel,⁷⁴⁰ gaf de toenmalige EU-commissaris van Justitie, Viviane Reding⁷⁴¹ aan dat “meer dan 20 jaar na de voltooiing van de eengemaakte markt verloopt de grensoverschrijdende handel in de verzekeringssector allesbehalve vlot”. Uit haar toelichting bleek dat slechts enkele klanten de mogelijkheid hebben om verzekeringsproducten in andere lidstaten te kopen, aangezien slechts 0,6% van alle autoverzekeringen en 2,8% van alle eigendomsverzekeringen in de Unie aan klanten over de grenzen heen worden aangeboden. Ze stelde verder dat de grensoverschrijdende verkoop van verzekeringsproducten een groot potentieel heeft en het benutten hiervan alle aandacht verdient. Volgens mevrouw Reding moet de

⁷³⁵ SMC-LEG-13-084, Insurance Europe Response to Discussion Paper V, 24.09.2013, p. 2.

⁷³⁶ SMC-LEG-13-084, Insurance Europe Response to Discussion Paper V, 24.09.2013, p. 3-4. Aanvullend werd in dit document gesteld dat: “additional non-contractual factors that insurers must particularly consider include: the level of experience and familiarity with national liability laws in the other member state; additional resources for the handling and managing of claims filed in the other member state; the level of demand for the cross-border cover is low and is likely to be a result of insured professionals themselves being organised in their cross-border offerings through local subsidiaries or networks of professionals; however, where there is a need for cross-border liability insurance, cover does exist; insurer capacity to cover potential claims while still fulfilling its other financial obligations [...]; and the feasibility for an insurer to maintain a continuous and flexible relationship with policyholders domiciled in another member state (whether permanently or temporarily)”.

⁷³⁷ SMC-LEG-13-112, Insurance Europe Response to Discussion Paper VI, 22.10.2013, p. 2.

⁷³⁸ SMC-LEG-13-112, Insurance Europe Response to Discussion Paper VI, 22.10.2013, p. 4.

⁷³⁹ SMC-LEG-13-112, Insurance Europe Response to Discussion Paper VI, 22.10.2013, p. 5.

⁷⁴⁰ European Commission Press release: ‘Insurance Contract Law: Expert report pinpoints obstacles to cross-border trade’, IP/14/194, Brussels, 27.02.2014.

⁷⁴¹ Viviane Reding was vicevoorzitter en EU-commissaris van Justitie.

industrie er alles aan doen om dit potentieel te benutten. Dit is immers cruciaal voor het behoud van de concurrentiepositie van de belangrijkste verzekeraars van de Unie op de wereldmarkt.⁷⁴² Ze herhaalde in feite het standpunt van Leysen⁷⁴³ dat bijna 20 jaar eerder werd uitgesproken:

*“Ik geloof dat de verzekeringssector er enkel bij kan winnen, wanneer wij ook daar tot een verruiming van de markt komen. Dat is mijn vaste overtuiging omdat ik een overtuigd voorstander ben van de vrije markt-economie.”*⁷⁴⁴

9.2.3. De verzekeringnemer op de interne verzekeringsmarkt

Gelet op de constatering van de Expert Groep dat verzekeraars hun producten moeten aanpassen aan de nationale regels van de plaats waar de verzekeringnemer is gevestigd, is vastgesteld dat verschillen in het contractenrecht tussen de lidstaten een reële belemmering vormen voor de grensoverschrijdende verkoop van verzekeringsproducten. Deze verschillen leiden tot extra kosten voor de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten en tot rechtsonzekerheid. Bovendien maken ze het voor de consumenten en ondernemingen zeer moeilijk om in andere lidstaten verzekeringen af te sluiten. Overigens geldt dit in mindere mate voor het verzekeren van grote risico's waar geen regels gelden ten aanzien van de keuze voor het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Om die reden is het aanpassen van verzekeringsproducten naar de jurisdictie van de verschillende lidstaten niet noodzakelijk.

Gelet op het bovenstaande stelde de Commissie:

*“Removing contract-related barriers to cross-border insurance services would enable insurance companies to take full advantage of the European Single Market. Tackling such bottlenecks in the Internal Market is part of the Commission's "Europe 2020" strategy for promoting sustainable economic growth throughout Europe.”*⁷⁴⁵

Wat betreft de consumenten is in de preambule bij richtlijn Solvabiliteit II⁷⁴⁶ bepaald dat door de interne verzekeringsmarkt voor consumenten een ruimere en bredere keuze uit verzekeringsproducten zou ontstaan. Consumenten dienen voor het sluiten en tijdens de duur van de verzekeringsovereenkomst over de nodige inlichtingen te beschikken en in staat te worden gesteld om de beste keuze te maken. Of in de praktijk de consumenten daadwerkelijk van de interne markt kunnen profiteren is twijfelachtig, nu de verzekeringssector zich op het standpunt stelt dat retail-verzekeringen plaatselijk van aard zijn en de lokale aanwezigheid van de verzekeraar vereisen.⁷⁴⁷

In zijn advies over het ‘Groenboek over financiële retaildiensten’⁷⁴⁸ uit 2015 stelde het EESC dat de belangrijkste uitdagingen aan de kant van de consumenten zijn gelegen in de volgende omstandigheden:

- consumenten zijn bij financiële diensten gewend aan een bepaalde mate van bescherming in hun eigen land;
- er bestaan verschillende toegangsmogelijkheden tot buitengerechtelijk verhaal in de afzonderlijke lidstaten;
- taalbarrières;
- ongelijke handhaving naleving wet- en regelgeving binnen de Unie;
- weinig bevoegde financiële adviseurs voor advies over grensoverschrijdende aankopen.⁷⁴⁹

Over een mogelijke pan-Europese vergelijking van financiële producten, of meer specifiek verzekeringen, is het EESC van oordeel dat deze zeer moeilijk uitvoerbaar is mede door alle verschillen tussen de gebruikers/klanten in de verschillende lidstaten. Hier gaat het dan vooral om het dekken van een financieel risico, dat *“binnen een nationale en lokale culturele, wettelijke, fiscale en sociaal context moet worden*

⁷⁴² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-194_n1.htm, Persbericht van de Commissie, 27.02.2014, IP/14/194.

⁷⁴³ V. Leysen, voormalig voorzitter van Commissie Gemeenschappelijke Markt B.I.P.A.R.

⁷⁴⁴ Zie standpunt Leysen in Cousy & Claassens 1985, p. 191.

⁷⁴⁵ Zie http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/index_en.htm, waarin werd gesteld dat groeiende grensoverschrijdende activiteiten veel mogelijkheden bieden voor de groei van de verzekeringsbranche.

⁷⁴⁶ Richtlijn 2009/138/EC.

⁷⁴⁷ COM/2007/0226 final, 30.4.2007, p. 11.

⁷⁴⁸ Zie Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Groenboek over financiële retaildiensten- Betere producten, meer keuze en meer mogelijkheden voor consumenten en bedrijven, COM (2015) 630 final, INT/772-EESC-2015-06603-00-00-AC-TRA(EN).

⁷⁴⁹ Zie Advies van het EESC, INT/772-EESC-2015-06603-00-00-AC-TRA(EN), p. 6/25.

gezien”.⁷⁵⁰ Daartegenover staat de mogelijkheid om dankzij nieuwe, vooral digitale technologieën voor een echte doorbraak te zorgen voor wat betreft het grensoverschrijdende aanbod van verzekeringsproducten, gericht op consumenten. Deze technologieën kunnen een deel van de voornoemde belemmeringen, zoals ongelijke wet- en regelgeving, niet wegnemen maar ze kunnen zorgen voor producttransparantie en grote kostenbesparingen voor de aanbieders. Dit kunnen ze doen door bijvoorbeeld het wegnemen van de noodzaak van het fysiek aanwezige contactpunt in een bepaald land.⁷⁵¹

Door het afschaffen van het recht van lidstaten om systematisch controle uit te oefenen op de algemene verzekeringsvoorwaarden voordat zij op de markt worden geïntroduceerd, is een belangrijke stap gezet op weg naar een interne verzekeringsmarkt. Een dergelijke controle zou immers o.a. tot het verminderen van de diversiteit van de verzekeringsproducten en een beperkte keuze voor de consument leiden.⁷⁵² Hierbij is van doorslaggevend belang om rekening te houden met de consumentenbescherming in de lidstaten, niet alleen voor het welzijn van de consumenten maar ook voor de economie als geheel. Alleen goed geïnformeerde klanten, van wie de rechten correct zijn beschermd zijn in staat om een volwaardige rol te spelen op de markt. Door deelname van deze klanten aan de interne verzekeringsmarkt worden mededinging en economische groei gestimuleerd.⁷⁵³

Ondanks de digitalisering en de daardoor gecreëerde kansen om klanten ook uit andere lidstaten (op afstand) van een verzekeringsproduct te voorzien ontmoeten verzekeraars ook problemen bij de naleving van de ‘kent-uw klant’ vereisten. Probleem hierbij is dat de precieze eisen verschillen per lidstaat. Enkele lidstaten laten verificatie op afstand toe, terwijl andere lidstaten een verificatie op basis van originele documenten eisen.⁷⁵⁴

Verder hebben sommige lidstaten ook wettelijke eisen die het gebruik van op afstand ondertekende contracten beperken. Hiermee worden de mogelijkheden van grensoverschrijdende aanbieders om een zakelijke relatie met nieuwe klanten aan te gaan sterk beperkt.

Deze beperkingen vloeien voort uit de verschillen van het verbintenissenrecht tussen de lidstaten en staan in de weg van de verdere ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt. Deze bepalingen vormen, ondanks de in het publiekrecht opgenomen mogelijkheden om grensoverschrijdende activiteiten uit te voeren, toch een belangrijke belemmering die verzekeraars niet kunnen wegnemen. Deze beperkingen kunnen ook niet door bepalingen van publiekrecht, die gericht zijn op van het aanbieden van verzekeringen, worden weggenomen.

9.2.4. Noodzaak harmonisatie verzekeringsovereenkomstenrecht

Voor het grensoverschrijdende verzekeringsverkeer op de interne markt is het wenselijk dat het verzekeringsovereenkomstenrecht wordt geharmoniseerd. Dit zou minimaal tot een gelijke formulering en interpretatie van o.a. de volgende termen moeten leiden:

- de definitie van de verzekeringsovereenkomst;
- de definitie van het verzekerd belang;
- de vereisten gesteld aan de precontractuele informatie;
- eisen gesteld aan de plichten van de verzekeringnemer/verzekerde voor en na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst;
- betaling van de verzekeringspremie;
- het bepalen van de begunstigden (voor levensverzekeringen);
- het beëindigen van een verzekeringsovereenkomst.

⁷⁵⁰ Zie Advies van het EESC, INT/772-EESC-2015-06603-00-00-AC-TRA(EN), p. 13/25.

⁷⁵¹ Zie Advies van het EESC, INT/772-EESC-2015-06603-00-00-AC-TRA(EN), p. 10/25.

⁷⁵² Gebruik van algemene Europese verzekeringsvoorwaarden zou ook leiden tot gebrek aan diversiteit, beperkte keuze voor de verzekeringnemer en wegnemen van concurrentiemogelijkheid.

⁷⁵³ Zie Commission Staff Working Document ‘The Consumer Conditions Scoreboard Consumers at home in the single market’ ninth edition- July 2013, SWD(2013)291 final, p. 33.

⁷⁵⁴ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, 10.12.2015, p. 25.

Een dergelijke harmonisatie zou bijdragen aan een goedwerkende interne (Europese) verzekeringsmarkt en zou ook een brug vormen tussen de verschillende nationale rechtssystemen en verzekeringstradities van de lidstaten.

Naast het vaststellen van de onderwerpen ten behoeve van de harmonisatie, speelt ook de vraag naar de mate van de harmonisatie een belangrijke rol. Is het stellen van minimumnormen voldoende of is een volledige harmonisatie geboden? Zou volledige harmonisatie van het verzekeringsrecht en van het verzekeringsovereenkomstenrecht kunnen slagen zonder harmonisatie van het algemene verbintenissenrecht?

Het algemene verbintenissenrecht is niet per definitie dwingend en heeft geen doorslaggevende betekenis voor de verzekeringsovereenkomst. Het niet harmoniseren van deze bepalingen zou om die reden mogelijk niet tot verstoring van het interne verzekeringsverkeer leiden. Harmonisatie van het Europese verzekeringsovereenkomstenrecht zou dan als een onafhankelijk proces, los van de harmonisatie van het algemene verbintenissenrecht, kunnen plaatsvinden.⁷⁵⁵

9.3. Een facultatief instrument

Naast de door de Europese wetgever gemaakte belangrijkste constitutieve stappen (Coördinatie-richtlijnen Schadeverzekeringen en Levensverzekeringen en richtlijn Solvabiliteit II) voor het leggen van de fundamenten van een interne verzekeringsmarkt, zijn er ook verschillende adviezen uitgebracht betreffende de harmonisatie van het materiële verzekeringsrecht.⁷⁵⁶

In de mededeling van oktober 2004 over het Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis kondigde de Commissie aan dat zij de optionele instrument aan een effectbeoordeling zal onderwerpen. In het ‘Witboek Beleid op het gebied van financiële diensten 2005-2010’⁷⁵⁷, maakte de Commissie melding van “wijdverbreid scepticisme” ten aanzien van de haalbaarheid en het nut van optionele instrumenten in de sector van de financiële diensten. Om die reden werden voorstanders van het optioneel instrument uitgenodigd om hun opvattingen toe te lichten en nadere uitleg te verstrekken over de juridische en praktische haalbaarheid en voordelen van dit instrument. In zijn advies⁷⁵⁸ van 17 maart 2011 over het Groenboek van de Commissie betreffende beleidsopties over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht overwoog het EESC het invoeren van een facultatief instrument in plaats van de harmonisatie van de verschillende nationale wettelijke kaders van toepassing op de verzekeringen. Volgens Smits⁷⁵⁹ laat een dergelijk instrument de bestaande nationale regels intact en maakt het afhankelijk van de contractsluitende partijen of “*het Europese regime al dan niet van toepassing wordt*”. Hier gaat het dan om een optioneel instrument van een binnen de hele Unie geldend contractrecht, dat bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende transacties door de contractspartijen gekozen zou kunnen worden.⁷⁶⁰

Reden voor dit voorstel is het moeizaam proces van de harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht volgens de oorspronkelijke doelstellingen van de Europese instellingen. Wegens dit moeizaam proces werd ook naar andere mogelijke oplossingen, zoals het gebruik maken van een facultatief instrument, gekeken. Naarmate het harmonisatieproces ingewikkelder werd kreeg dit facultatief instrument uit oogpunt van efficiëntie steeds meer voorstanders.

De projectgroep Restatement⁷⁶¹ heeft een gestructureerd voorstel uitgewerkt voor een dergelijk optioneel instrument. Door het opstellen van de in 2009 gepubliceerde PEICL, als een zelfstandig rechtstelsel inzake de verzekeringsovereenkomst, is enerzijds een modelbepaling aangeboden aan de Europese wetgever.

⁷⁵⁵ Dit onafhankelijke proces zou theoretisch de omvang van het algemene harmonisatieproces verlagen en de kans op goede en snellere resultaten verhogen.

⁷⁵⁶ Belangrijke adviezen zijn bijvoorbeeld het Actieplan van de Europese Commissie 'naar een coherenter Europees verbintenissenrecht' van 12 februari 2003 en advies van het EESC over 'de Europese verzekeringsovereenkomst' van 15 december 2004.

⁷⁵⁷ COM(2005)629, 01.12.2005, p. 15.

⁷⁵⁸ Zie 'Advies van het EESC over het Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen' (COM(2010) 348 definitief), *PbEU C 84* van 17.3.2011, p. 1–6.

⁷⁵⁹ Zie Smits 2011, p. 27 over de waarde van de optionele rechtstelsels.

⁷⁶⁰ Barents & Brinkhorst 2012, p. 660. Zie hierbij ook het op 10 oktober 2011 aan het EP voorgelegde voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht. Dit voorstel hield de essentiële regels van het contractrecht in, toegespitst op koopovereenkomsten. Zie verder ook Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 487.

⁷⁶¹ Hier gaat het om de groep 'Restatement of European Insurance Contract Law' samengesteld uit eminente juristen en specialisten ter zake van verzekeringsrecht, onder leiding van prof. F. Reichert-Facilides. Zie Beckmann 2015, p. 86.

Anderzijds is een facultatief instrument opgesteld dat door contractspartijen als toepasselijk recht op hun verzekeringsovereenkomst gekozen kan worden.⁷⁶²

Uitgangspunt van PEICL is om een volwaardig rechtsstelsel voor de contractspartijen te bieden. Contractspartijen zouden door te kiezen voor PEICL, geen rekening meer hoeven te houden met dwingend-rechtelijke regels en verplichte verzekeringen van het land waar het risico is gelegen.⁷⁶³ Dit volgt uit het feit dat met de keuze voor dit optioneel instrument de dwingende regels van het land waarvan het recht wordt gekozen, identiek zouden zijn met de dwingende regels van het woonland van de consument.⁷⁶⁴ De PEICL zou als recht in plaats van het normale, naar IPR regels toepasselijke nationale recht, inclusief de dwingend-rechtelijke bepalingen daarvan, kunnen treden. Echter zal de PEICL de harmonisatie niet volledig kunnen vervangen⁷⁶⁵ en dus de noodzaak tot harmonisatie volledig kunnen wegnemen. Door het kiezen voor de PEICL zouden verzekeraars in staat zijn hun producten op basis van uniforme rechtsregels op de interne markt aan te bieden. Tevens zou de toegang van de Europese consument tot verzekeringsproducten, die op de interne verzekeringsmarkt worden aangeboden, vergroot worden. Volgens Smits zou het succes van een optioneel instrument zoals de PECL afhangen van zijn inhoud, legitimiteit en toepasselijkheid.⁷⁶⁶

Een aandachtspunt voor de PEICL heeft te maken met het beschermingsniveau ten aanzien van de consumenten. Aangezien een optioneel instrument pas voordelen heeft als de dwingendrechtelijke bepalingen (bijvoorbeeld ten aanzien van bescherming van consumenten) van de lidstaat opzij worden geschoven, dient het optioneel instrument ten aanzien van de overeenkomsten met consumenten een hoog beschermingsniveau te waarborgen.⁷⁶⁷

Door de projectgroep Restatement is inmiddels een op onderdelen gewijzigde tweede versie van de PEICL opgeleverd.⁷⁶⁸ Deze versie bevat meerdere wijzigingen en verbeteringen op het eerste voorstel. Verder zijn in deze versie branchespecifieke regels opgesteld en is er aandacht besteed aan de groepsverzekeringen en levensverzekeringen.⁷⁶⁹ Bij levensverzekeringen is de nadruk gelegd op de vereisten van transparante informatie aan de kopers van deze producten in plaats van bepaalde producten te gaan verbieden.

De opstellers van PEICL II zijn erover eens dat contractspartijen bij bepalingen, die strijdig zijn met de nationale fiscale regelgeving of andere regelingen van bijvoorbeeld pensioenrecht of sociale zekerheidsrecht, met als gevolg dat contractspartijen door het gebruik van dit facultatief instrument nadeel zouden ondervinden, de PEICL aan de kant mogen schuiven.⁷⁷⁰

De hernieuwde PEICL beoogt om als tweede stelsel een volwaardig alternatief te bieden voor contractspartijen bij een verzekeringsovereenkomst. Deze contractspartijen zouden dan door het verklaren van de PEICL als toepasselijk recht op hun overeenkomst geen rekening meer hoeven te houden met dwingend-rechtelijke regels en verplichte verzekeringen van de lidstaat waar het risico is gelegen.

Het facultatief instrument blijft een uitdagend en ambitieus project dat veel kritiek kreeg van bijvoorbeeld de consumentenorganisaties. Deze organisaties stelden dat de PEICL in het huidige formaat, minder bescherming zou bieden voor de consumenten dan de bescherming die door de nationale regelgeving van de diverse lidstaten afzonderlijk wordt gewaarborgd. Om deze reden zijn consumentenorganisaties⁷⁷¹ van oordeel dat op het Europese niveau slechts een minimumharmonisatie van het verzekerings-overeenkomsten-

⁷⁶² Wansink 2008, Beckmann 2015, p. 15, Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 93.

⁷⁶³ Vágási 2013, p. 169.

⁷⁶⁴ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 488, zie verder de toelichting bij het Voorstel voor een verordening betreffende een gemeenschappelijke Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief, 11.10.2011.

⁷⁶⁵ Zie o.a. de nationale wetgeving inzake wettelijke aansprakelijkheid motorrijtuigen waarbij harmonisatie de wenselijke maatregel is en niet vervangen kan worden door het facultatieve instrument, zoals opgenomen in het advies van de EESC tijdens de 412e plenaire zitting van 15 en 16 december 2004: 'Advies van het EESC over 'De Europese verzekeringsovereenkomst'', 2005/C 157/01 van 28.6.2005, p. 14.

⁷⁶⁶ Smits 2006, p. 75, Schulte-Nölke 2012, p. 10.

⁷⁶⁷ Goddaert, Terryn & Vannerom 2012, p. 489.

⁷⁶⁸ Zie hiervoor Principles of European Insurance Contract Law (PEICL, Ed. by Basedow, Jürgen/Birds, John/Clarke, Marcom/Cousy, Herman/Heiss, Helmut/Loacker, Leander, Otto 2015).

⁷⁶⁹ Beckmann 2015, p. 87.

⁷⁷⁰ Bron: Helmut Heiss, presentatie Towards an Optional European Insurance Contract Law, tijdens de jaarlijkse conferentie Europese Verzekeringsrecht 2012, Trier 6 maart 2012.

⁷⁷¹ Hierbij als voorbeeld de Association Belge des Consommateurs Test-Achat /Test- Aankoop (België) Altro Consumo (Italië) Edideco (Portugal) OCU (Spanje) vermeld worden.

recht moet plaatsvinden, zodat de nationale rechtsstelsels zelf de mate van consumentenbescherming kunnen bepalen.⁷⁷²

Deze belangengroeperingen zien de PEICL niet als een volwaardig rechtsstelsel. Voor hen is dit instrument geen alternatief voor het moeizame harmonisatieproces op de interne verzekeringsmarkt. Daarentegen onderstreepte het EP in de resolutie van 8 juni 2011⁷⁷³ de noodzaak om verzekeringsovereenkomsten onder het toepassingsgebied van het facultatief instrument te brengen.

Voormalige eurocommissaris van Justitie Vivian Reding informeerde op 21 september 2011⁷⁷⁴ de vertegenwoordigers van de Europese verzekeringsindustrie over het voornemen van de Commissie betreffende een wetsvoorstel voor de Europese verzekeringsovereenkomstenwet.

In het ‘Werkdocument van de diensten van de Commissie’ van 13 oktober 2011⁷⁷⁵ is geoordeeld dat de optie voor de vaststelling van een facultatief instrument, de voorkeur verdient boven de andere mogelijkheden omdat het meest bijdraagt aan het verminderen van de juridische ingewikkeldheid en transactiekosten. Deze optie zou goede waarborgen bieden voor de consumentenbescherming en zou kunnen bijdragen aan de groei van de grensoverschrijdende transacties⁷⁷⁶ en het concurrentievermogen van de economie van de Unie.

In het ‘Groenboek over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht’⁷⁷⁷ voor consumenten en ondernemingen van de Commissie zijn de belangrijkste voordelen opgenomen die de Commissie aan het facultatief instrument toekent:

“Een dergelijk facultatief instrument zou de interne markt aanzienlijke voordelen opleveren zonder dat verdere inmenging in het nationale recht nodig is. Daarom zou een facultatief instrument, in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel, een alternatief kunnen vormen voor de volledige harmonisatie van nationale wetgeving, door een evenredige oplossing te bieden voor de belemmeringen van de interne markt die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen inzake contractenrecht.”

De door de Expert Groep gerapporteerde belemmeringen gerelateerd aan de verschillen in de nationale jurisdicties van toepassing op het verzekeren op de interne markt bevestigen de noodzaak voor een andere oplossing en bieden impliciet steun voor het initiatief van de Commissie om een facultatief Europees verzekeringscontractenrecht te creëren.⁷⁷⁸

De Duitse vereniging van verzekeraars (GDV) gaf in haar commentaar van 27 januari 2011 op het ‘Groenboek voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht’ van de Commissie aan dat een verbeterde versie van de PEICL ‘constitute a suitable basis for a chapter on insurance matters in a future European Civil Law’.⁷⁷⁹

De PEICL werd dus door het GDV als een goed uitgangspunt gezien mits ingrijpende wijzigingen, technische en juridische verbeteringen werden doorgevoerd.⁷⁸⁰

9.4. Rechtskeuze binnen de interne verzekeringsmarkt

In de voorgaande paragrafen, hoofdstukken werd herhaaldelijk gewezen op de verschillen van de wet- en regelgeving tussen de lidstaten. Deze verschillen zouden een van de belangrijkste belemmeringen vormen in de weg naar een goedwerkende interne verzekeringsmarkt.

⁷⁷² Vágási 2013, p. 169.

⁷⁷³ Resolutie van het EP van 8 juni 2011 over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen (2011/2013(INI)), www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1155755&t=e&l=en.

⁷⁷⁴ Zie Press Release van 21 september 2011, ‘EU Justice Commissioner Viviane Reding meets with leaders of Europe’s insurance industry’, MEMO 11/624.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/624&f%3Ca%20href=>

⁷⁷⁵ Samenvatting van de effectbeoordeling bij het voorstel voor een verordening van het EP en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, 15429/11 ADD2.

⁷⁷⁶ Smits (Smits 2006, p. 79) stelde dat er geen bezwaar is tegen het toepassen van het facultatief instrument ook in nationale verhoudingen.

⁷⁷⁷ Zie Commissie, ‘Groenboek over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht’, COM(2010) 348, 01.07.2010, p.10.

⁷⁷⁸ Beckmann 2015, p. 87.

⁷⁷⁹ Zie ‘Comments Of the German Insurance Association on the Green Paper of the EU Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (COM (2010) 348)’, 27.01.2011, p. 4. www.gdv.de/2011/01/gdv-stellungnahme-zum-gruenbuch-der-eu-kommission-zum-europaeischen-vertragsrecht/

⁷⁸⁰ Zie GDV, ‘Comments of the German Insurance Association on the Green Paper of the EU Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (COM (2010) 348)’ van 27.01.2011, p.8.

Juist voornoemde verschillen in de nationale wet- en regelgeving maken het onderwerp rechtskeuze en het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht heel relevant. Indien de regels van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten, de activiteiten en organisatie van de verzekeraars gelijk waren, was het veel minder belangrijk welk recht van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst en naar welk recht eventuele geschillen worden beslecht.

Verskil tussen de nationale wetgeving van de lidstaten in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichtingen maken het onderwerp toepasselijk recht zeer relevant.

Hierna worden enkele aspecten van de rechtskeuze en de gevolgen hiervan voor de contractpartijen bij een verzekeringsovereenkomst behandeld. Hierbij komt het relevant juridisch kader betreffende het toepasselijk recht voor de verzekeringsovereenkomsten aan de orde. Uit de toelichting ter zake zal ook blijken dat de mogelijkheid van partijen bij een verzekeringsovereenkomst om zelf het toepasselijk recht te kiezen in vele gevallen beperkt is. Dit heeft als gevolg dat een aanbieder van verzekeringen, die telkens beperkt wordt in de vrije keuze om het op de overeenkomst toepasselijk recht te kiezen, niet vanzelf de hiermee gepaard gaande kosten voor lief zal nemen door producten grensoverschrijdend aan te bieden of zal het naleven van de aanvullende eisen wellicht minder serieus nemen.

9.4.1. Wettelijk kader rechtskeuze verzekeringsovereenkomst

Het op 1 april 1991 in werking getreden EVO⁷⁸¹ vormde een belangrijk onderdeel van het IPR van het recht op de verzekeringsovereenkomst.⁷⁸² Het EVO liet vrije rechtskeuze toe⁷⁸³ los van het bestaan van enige binding van de contractpartijen met het gekozen rechtsstelsel. De op 24 juli 2008 in werking getreden verordening Rome I verving het EVO. Rome I bevat zelfstandige regels van IPR en wijst het toepasselijk recht op overeenkomsten⁷⁸⁴ gesloten tussen contractpartijen afkomstig uit verschillende landen aan. Deze verordening met rechtstreekse werking in de lidstaten heeft ook de regeling met betrekking tot de conflictenregels van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten met internationaal karakter eenvoudiger gemaakt. Ook de verzekeringsovereenkomsten, die door een verzekeraar met vestigingsplaats buiten de Unie worden gesloten, maar waarbij de verzekerde risico's op het grondgebied van de Unie zijn gelegen, vindt in Rome I zijn toepassing. Dit is het gevolg van het feit dat het land van de vestiging van de verzekeraar voor de toepassing van Rome I niet relevant is.

De vrijheid van contractpartijen om het recht te kiezen, dat van toepassing zal zijn op hun afspraken en gezamenlijk gesloten overeenkomst, is het fundament van het systeem van collisieregels betreffende de verbintenissen uit een overeenkomst.⁷⁸⁵ Bescherming van de zwakkere partij en van de algemene communautaire belangen gaat wel ten koste van de conflictenrechtelijke partijautonomie.⁷⁸⁶ Rome I bevat ook regels van rechtskeuze die een inbreuk vormen op de partijautonomie⁷⁸⁷. Als rechtvaardiging van deze inbreuk wordt in overweging 23 van Rome I gesteld dat in het algemeen zwakkere partijen bij een overeenkomst beschermd moeten worden door collisieregels die hun belangen beter beschermen dan de algemene regels.

Onder zwakkere partijen worden in het bijzonder consumenten⁷⁸⁸ bedoeld, die beschermd dienen te worden door rechtsregels van het land van hun gewone woonplaats op de door hen gesloten overeenkomsten van toepassing te verklaren. Van deze regel mag niet bij de overeenkomst worden afgeweken.⁷⁸⁹ Dit betekent dus dat deze rechtsregels, ondanks een eventuele afwijkende rechtskeuze, zullen prevaleren.

⁷⁸¹ Verdrag 80/934/EEG van 19 juni 1980.

⁷⁸² Voor Nederland is het EVO op 1 september 1991 in werking getreden.

⁷⁸³ Ingevolge art. 3 lid 1 en 2 en art. 2 EVO. De rechtskeuze diende uitdrukkelijk gedaan te worden en duidelijk te blijken uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Partijen kunnen hun rechtskeuze ook op een deel van de overeenkomst van toepassing verklaren en de gemaakte rechtskeuze ieder moment wijzigen.

⁷⁸⁴ Het gaat om overeenkomsten gesloten op of na 17 december 2009.

⁷⁸⁵ Aanhef onder 11 Rome I.

⁷⁸⁶ Van Bochove & Kramer 2010, p. 5.

⁷⁸⁷ Zie hier o.a. NVIR 2008, p.7 en Vágási 2013, p. 172.

⁷⁸⁸ Zie overwegingen 24, 25, 27 en 28 Rome I.

⁷⁸⁹ Vágási 2013, p. 172.

In de overwegingen bij Rome I wordt verwezen naar de doelstelling van de Gemeenschap om een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te ontwikkelen en te handhaven⁷⁹⁰ op de interne markt. Hierbij wordt het belang van de voorspelbaarheid van de uitslag van rechtsgedingen, rechtszekerheid en de wederzijdse erkenning van de rechterlijke beslissingen benadrukt.⁷⁹¹

Rome I laat onverlet de mogelijkheid van partijen om in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst als toepasselijk recht op te nemen⁷⁹², welke ruimte weer benut zou kunnen worden door een facultatief instrument op de overeenkomst van toepassing te verklaren.

9.4.2. Relevantie rechtskeuze bij grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten

Voor het grensoverschrijdend verzekeren is het van groot belang dat de contractspartijen bekend zijn met de regels ten aanzien van rechtskeuze. Verder is, vooral bij grensoverschrijdende situaties, waarbij contractspartijen uit verschillende lidstaten afkomstig zijn, van groot belang dat de zogenaamde zwakkere partijen worden beschermd en dat de rechtszekerheid is gewaarborgd door duidelijke regels ten aanzien van het recht dat partijen op hun verzekeringsovereenkomst van toepassing mogen verklaren.

In deze paragraaf worden deze regels verder behandeld.

Onder het begrip grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst vallen ten eerste alle verzekeringscontracten waarbij de contractspartijen uit verschillende landen afkomstig zijn. Dat wil zeggen dat hun gewone verblijfplaats of vestigingsplaats in verschillende landen liggen. Verder vallen onder grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten alle contracten waarbij de partijen weliswaar afkomstig zijn uit hetzelfde land maar dat het te verzekeren risico in een ander land is gelegen.

De beslissing om een grensoverschrijdend verzekeringscontract middels vrije dienstverrichting te sluiten wordt voor een deel bepaald door de bestaande rechtskeuzemogelijkheden van de contractspartijen. Door het maken van een rechtskeuze komen partijen overeen om een bepaald rechtsstelsel (statelijk of niet-statelijk recht of een internationale overeenkomst) op hun overeenkomst van toepassing te verklaren.

Op grond van Rome I⁷⁹³ wordt de vraag of een overeenkomst, die tot stand is gekomen en/of geldig is, beheerst door de bepalingen van het door de partijen gekozen recht.⁷⁹⁴ Voor de verzekeringsovereenkomst zal een rechtskeuze gevolgen hebben op de algemene aspecten zoals: bepalingen betreffende de definitie van contractspartijen⁷⁹⁵, ingang en beëindiging van de overeenkomst⁷⁹⁶, prestaties van de partijen⁷⁹⁷, verzekeraar risico, verwezenlijking van het risico en de specifieke aspecten verbonden aan de schade- en sommenverzekeringen. De rechtskeuze beïnvloedt naast de eerdergenoemde algemene en specifieke aspecten behorend bij de verzekeringsovereenkomst, ook de uitleg van deze bepalingen volgens de regels van het algemene verbintenissenrecht van het gekozen rechtsstelsel.

Bekendheid van de contracterende partijen en meer specifiek van de verzekeraar met een bepaald rechtsstelsel, bijvoorbeeld het Engels recht, kan tot gevolg hebben dat deze verzekeraar bereid zal zijn om een verzekeringsovereenkomst naar Engels recht aan bijvoorbeeld een Italiaanse verzekeringnemer aan te bieden. Ook al is het risico buiten het Verenigd Koninkrijk gelegen en geen van de contracterende partijen in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd of de verzekeringnemer er niet woonachtig is.

De voornoemde rechtskeuze gebaseerd op de partijautonomie staat open voor de contractspartijen bij het verzekeren van grote risico's. Zonder een verdere analyse van de verzekeringsovereenkomst uit het eerdergenoemde voorbeeld kan gesteld worden dat bij risico's anders dan grote risico's (de zogenaamde 'overige risico's'), deze voorgenomen rechtskeuze niet mogelijk is. Voor de overige risico's geldt immers aantal keuzemogelijkheden, die gevolgd moeten worden, en die dus een beperking van de partijautonomie inhouden.

Wanneer het bovenvermelde voorbeeld beter wordt bekeken, zal hoogstwaarschijnlijk blijken dat het hier om een overeenkomst met betrekking tot een bepaald type schadeverzekering gaat, waarbij het kiezen voor de

⁷⁹⁰ Aanhef onder 1 Rome I.

⁷⁹¹ Aanhef onder 6 Rome I.

⁷⁹² Aanhef onder 13 Rome I.

⁷⁹³ Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

⁷⁹⁴ Zie hiervoor art.3 en 4 Rome I.

⁷⁹⁵ Zie hierbij de definitie van verzekeraar, verzekeringnemer, verzekerde, begunstigde, benadeelde.

⁷⁹⁶ Zie hierbij ingang van de overeenkomst, beëindiging, (tussentijdse)opzegging, verjaring.

⁷⁹⁷ Zie hierbij bepalingen betreffende uitkering, mededelingsplicht.

toepasselijkheid van het Engelse recht zeer gebruikelijk is, die doorgaans onder branche 6⁷⁹⁸, 7⁷⁹⁹ of 12⁸⁰⁰ valt, dus onder de categorie grote risico's. Bij de overige branches is het echter niet gebruikelijk dat partijen uitdrukkelijk en traditiegetrouw een voorkeur hebben voor een bepaald rechtsstelsel, behalve dan hun eigen nationale recht. Partijen zullen dan rekening houden met de bij het contract aanwezige aanknopingspunten.⁸⁰¹ Bij grensoverschrijdende verzekeringscontracten betreffende de 'overige risico's' zal de verzekeraar beperkingen ervaren als het gaat om het aanbieden van een verzekeringsproduct naar eigen rechtsstelsel aan consumenten en (M)KB uit andere lidstaten. Hieronder worden de regels toegelicht die de aanbieder van verzekeringen in deze situatie in acht moet nemen.

Uit de toelichting zal blijken dat het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht betreffende een 'overige risico' het recht van het eigen zeteland van de aanbieder kan zijn of het recht van een andere lidstaat indien de aanbieder en verzekeringnemer niet uit hetzelfde land afkomstig zijn. Dat betekent dan dat een Nederlandse schadeverzekeraar bij het verzekeren van een in Duitsland gelegen risico van een Franse klant de keuze heeft tussen het Duitse recht (het recht van het land waar het risico is gelegen), het Franse recht (recht van het land waar de verzekeringnemer gewoon verblijft) en mogelijk nog het recht van een derde land voor het geval de verzekerde gebeurtenissen zich uitsluitend tot dat derde land beperken. Deze verzekeraar kan derhalve het Nederlands recht niet van toepassing verklaren op de voornoemde overeenkomst. De verzekeraar uit dit voorbeeld is veelal met alle drie mogelijke rechtsstelsels onbekend. Aangezien de verzekeraar niet op de hoogte is van het materiële verzekeringsovereenkomstenrecht van de voornoemde landen en aangezien deze regels per lidstaat verschillen, is de bereidheid van de verzekeraar om een dergelijke (door de regels van de rechtsstelsels van andere landen beheerste) overeenkomst te sluiten, veelal afwezig. Indien de aanbieder, gelet op andere belangen⁸⁰², wel bereid is om een dergelijk contract te sluiten, zal deze stap belangrijke extra investeringen vergen van de verzekeraar. Deze investeringen zullen uiteraard pas nodig zijn indien de verzekeraar compliant wil zijn en blijven met het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht.

Zoals hierboven reeds aangegeven zijn in Rome I de verzekeringsovereenkomsten apart behandeld. Reden hiervoor is het bijzondere karakter van de verzekeringsovereenkomst en de specifieke waarborgen, die door de wetgever nodig werden geacht ter bescherming van de consumenten, MKB en KB die een verzekeringsovereenkomst aangaan.

Waar in het EVO met betrekking tot de verzekeringsovereenkomst onderscheid werd gemaakt tussen consumentenovereenkomsten en overige (commerciële) contracten, is in Rome I de scheidslijn geplaatst tussen de overeenkomsten ter dekking van grote en overige risico's.⁸⁰³ Verder is er een gezamenlijke regeling geformuleerd voor de schade- en levensverzekeringen, waarbij in art. 7, lid 6 Rome I de verwijzingsregels betreffende de staat waar het risico is gelegen, apart zijn opgenomen voor de schade- en levensverzekeringen.

Voor de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van de grote risico's geldt de hoofdregel van Rome I⁸⁰⁴, namelijk de volledige vrijheid van de contractpartijen voor de keuze van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht.

Voor de toepasselijke rechtskeuze bij de verzekeringsovereenkomsten zijn de bepalingen uit art. 3, art. 7, art. 9 en art. 21 Rome I van belang. Deze artikelen en meer specifiek art. 7 Rome I worden hierna toegelicht.

9.4.3. Artikel 3 Rome I

Art. 3 lid 1 Rome I bepaalt dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat door de contractpartijen wordt gekozen.⁸⁰⁵ Deze bepaling biedt contractpartijen volledige keuzevrijheid.

⁷⁹⁸ Casco zee- en binnenschepen

⁷⁹⁹ Vervoerde goederen

⁸⁰⁰ W.A. zee en binnenschepen

⁸⁰¹ Zie art 7 lid 3 onder a/e Rome I.

⁸⁰² Denk bij andere belangen aan: een langdurige commerciële relatie met een zakelijke verzekeringnemer, belangen gelegen in een pilot die gericht is op meer kennis te vergaren over een bepaalde type verzekering in een bepaald rechtsstelsel, het voornemen van een bepaalde verzekeraar om Europees uit te breiden of een zakelijke klant bij een Europese expansie voor zijn activiteiten van noodzakelijke verzekeringen te voorzien of het ontwijken van een bepaald, voor de voorgenomen activiteiten te restrictief rechtssysteem.

⁸⁰³ Zie art.5 EVO, art 7, lid 2 en 3 Rome I, zie ook Kramer 2008, p. 180.

⁸⁰⁴ Deze hoofdregel is opgenomen in art. 3 Rome I.

Verder wordt in dit artikel geen onderscheid gemaakt naar puur nationale overeenkomsten en overeenkomsten met een grensoverschrijdend, internationaal karakter, met als gevolg dat deze vrijheid om het op de overeenkomst toepasselijke recht te kiezen voor alle overeenkomsten geldt. Art. 3 Rome I is in beginsel van toepassing op alle overeenkomsten, dus ook op de verzekeringsovereenkomsten, tenzij deze toepassing via een ander artikel van de verordening is uitgesloten.

Ten aanzien van de keuzevrijheid uit art. 3 Rome I gelden echter beperkingen.

De eerste beperking⁸⁰⁶ geldt ten aanzien van de keuze van het recht van een land dat geen aanknopingspunten kent met de overeenkomst.

Mogelijke aanknopingspunten kunnen zijn: woon- of vestigingsland van een van de contractpartijen, het land waar de overeenkomst is gesloten of het land waar de goederen, of personen waarop de overeenkomst betrekking heeft, zich bevinden. Indien alle aanknopingspunten bij een overeenkomst in een ander land liggen dan het land waarvan het recht van toepassing wordt geacht op de overeenkomst, dan zal deze keuze de dwingendrechtelijke regels van het land waar alle aanknopingspunten van de overeenkomst liggen, onverlet laten. In de praktijk betekent dit dat bij een overeenkomst waar alle aanknopingspunten bij land X liggen en er gekozen wordt voor het recht van land Y als toepasselijk recht, ook de dwingende regels van land X gerespecteerd moeten worden. Deze dwingende regels hebben dan voorrang op de regels van de door de contractpartijen gekozen rechtsstelsel.

De tweede beperking op de hoofdregel (d.w.z. volledige keuzevrijheid van de contractpartijen om het op hun overeenkomst toepasselijke recht te kiezen) geldt ten aanzien van de bepalingen van het Unierecht⁸⁰⁷, waarvan bij de overeenkomst niet afgeweken kan worden indien partijen voor het recht van een niet-lidstaat kiezen, terwijl de aanknopingspunten van de overeenkomst naar een of meer lidstaten verwijzen.

In het geval dat er een rechtskeuze is gemaakt ten aanzien van een grensoverschrijdende overeenkomst waarbij de aanknopingspunten zich in verschillende lidstaten bevinden, dan zullen de contractpartijen erop kunnen vertrouwen dat ze buiten de bepalingen van het gekozen recht met geen andere regels rekening hoeven te houden. Mocht er geen geldige rechtskeuze zijn gemaakt dan wordt het recht van het land waar de verzekeraar zijn verblijfplaats heeft van toepassing geacht, tenzij de overeenkomst duidelijk nauwer is verbonden met een ander land. In alle overige gevallen zullen contractpartijen zich steeds moeten afvragen welke dwingende regels van het nationale recht of van het Unierecht nageleefd dienen te worden. Vanuit dit oogpunt heeft Rome I geen wezenlijke verbetering gebracht ten opzichte van het eerdere verdrag EVO. In EVO was namelijk ook vrije rechtskeuze toegelaten⁸⁰⁸, ongeacht het bestaan van een band met een gekozen rechtsstelsel. Deze rechtskeuze liet de dwingende bepalingen van het recht van het land, waarmee de overeenkomst gewoonlijk was verbonden, onverlet.⁸⁰⁹

9.4.4. Artikel 7 Rome I

Art. 7 Rome I bevat bepalingen over het te kiezen toepasselijke recht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Deze bepalingen geven een aanvulling en/of beperking op de in art. 3 Rome I opgenomen hoofdregel ten aanzien van de rechtskeuze.

Herverzekeringsovereenkomsten en verzekeringsovereenkomsten ter dekking van overige risico's,⁸¹⁰ die buiten het grondgebied van de lidstaten zijn gelegen, vallen niet onder art. 7 Rome I.⁸¹¹ Deze overeenkomsten worden beheerst door de hoofdregel zoals opgenomen in art. 3 Rome I. Mocht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst ten aanzien van een, buiten de lidstaten gelegen risico een uitdrukkelijk gemaakte rechtskeuze ontbreken, dan is het recht van het land waar de verzekeraar is gevestigd⁸¹² van toepassing op deze verzekeringsovereenkomst.

⁸⁰⁵ Beckmann 2015, p. 216.

⁸⁰⁶ Zie art. 3, lid 3 Rome I.

⁸⁰⁷ Zie art. 3, lid 4 Rome I.

⁸⁰⁸ Ingevolge art. 3 lid 1 en 2 en art. 2 EVO.

⁸⁰⁹ Art. 3, onder 3 EVO. Zie ook Wansink 2010.

⁸¹⁰ Onder overige risico's vallen alle risico's die niet onder de definitie van grote risico's vallen. Zie ook Beckmann 2015, p. 212 en p. 217.

⁸¹¹ Zie art. 7, lid 1 Rome I.

⁸¹² Zie art. 4, lid 2 Rome I.

In art. 7, lid 3 Rome I is opgenomen welke rechtsstelsels gekozen mogen worden bij overeenkomsten ter dekking van de overige, op het grondgebied van de lidstaten gelegen, risico's. Het in dit artikel gemaakte onderscheid naar schade- en levensverzekeringen is logisch, uitgaande van het feit dat Rome I het gemeenschapsrecht eerbiedigt en dat in het gemeenschapsrecht ook deze onderverdeling aanwezig is. Indien er geen rechtskeuze wordt gemaakt⁸¹³, geldt de regel dat de verzekeringsovereenkomst wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar het risico is gelegen.⁸¹⁴

Onder de in art. 7 Rome I opgenomen bepaling 'land waar het risico is gelegen' wordt in het geval van een levensverzekeringsovereenkomst bedoeld het land van de verbintenis⁸¹⁵, dat wil zeggen het land waar de levensverzekeringsovereenkomst is gesloten. Bij schadeverzekeringen wordt het 'land van het risico' uitgelegd volgens de bepalingen uit art. 2, onder d) van de Tweede Schaderichtlijn⁸¹⁶. Hier gaat het om een gesloten verwijzingsregel.⁸¹⁷

Het begrip 'land van het risico', zoals opgenomen in art. 2, onder d) van de Tweede Schaderichtlijn, brengt echter veel vraagtekens met zich mee en er valt niet in alle gevallen met zekerheid te bepalen waar het risico is gelegen als de verzekeringnemer een rechtspersoon is⁸¹⁸ of als de verzekeringnemer als natuurlijke persoon meerdere verblijfplaatsen heeft in verschillende landen, al dan niet wegens zijn professionele verplichtingen.

Art. 7, lid 3, onder a, b, d, en e Rome I bevat regels met betrekking tot het te kiezen rechtsstelsel voor schade- en levensverzekeringen, welke regels worden aangevuld door een 5^e rechtskeuzemogelijkheid ten aanzien van levensverzekeringen (art. 7, lid 3, onder c).

Samenvattend gelden de volgende rechtskeuzemogelijkheden met betrekking tot verzekeringsovereenkomsten ter dekking van risico's, anders dan grote risico's.⁸¹⁹ Deze risico's worden hierna als overige risico's⁸²⁰ aangeduid.⁸²¹

Ten aanzien van schade- en levensverzekeringen geldt:

- Het recht van het land waar het risico ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst ligt,⁸²²
- Het recht van het land waar de polishouder gewoonlijk verblijft;⁸²³
- Het recht van de lidstaat⁸²⁴, waartoe de onder de overeenkomst verzekerde gebeurtenissen zich beperken, al is het risico in een ander lidstaat gelegen,⁸²⁵
- Het recht van de lidstaat, waar een van de risico's waarop de overeenkomst betrekking heeft, is gelegen, mits de overeenkomst risico's dekt, die gelegen zijn in verschillende lidstaten, en die verband houden met commerciële of industriële activiteiten van de polishouder. In dit geval kan ook het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de polishouder worden gekozen.⁸²⁶

Speciaal ten aanzien van levensverzekeringen geldt:

⁸¹³ De rechtskeuzemogelijkheden zijn te vinden in art. 7 lid 3 a t/m e Rome I.

⁸¹⁴ Ligging van het risico is naast het bepalen van het toepasselijke recht belangrijk voor het bepalen van de lidstaat waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden, voor het vaststellen van eventuele notificatieplicht van de verzekeraar en voor de indirecte belastingen en parafiscale heffingen, die geheven worden door de lidstaat waar het risico is gelegen.

⁸¹⁵ Land van verbintenis is bepaald in art. 1, lid 1, onder g), van Richtlijn 2002/83/EG.

⁸¹⁶ Richtlijn 88/357/EEG, eveneens in art. 1:1 Wft.

⁸¹⁷ Zie art. 7 lid 6 Rome I.

⁸¹⁸ Zie hierbij het arrest HvJ EG 14 juni 2001, C-191/99 (Kvaerner), ECLI:EU:C:2001:332 en De Korte 2007, p. 17.

⁸¹⁹ Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 266, Vansweelt & Weyts 2016, p. 37 over grote risico's.

⁸²⁰ Vansweelt & Weyts 2016, p. 38 over overige risico's.

⁸²¹ Zie Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 267 over het toepasselijke recht bij overige risico's.

⁸²² Zie art. 7, lid 3, onder a) Rome I.

⁸²³ Zie art. 7, lid 3, onder b) Rome I.

⁸²⁴ Bij de art. 7 Rome I gebruikte term 'lidstaat' (weliswaar in een ruimere EER-lidstaat betekenis) kan de vraag gesteld worden of hier sprake is van een bewuste keuze van de wetgever. Door het beperken van de keuzevrijheid tot het recht van de lidstaat wordt de partijautonomie immers aangetast.

⁸²⁵ Zie art. 7, lid 3, onder d) Rome I.

⁸²⁶ Zie art. 7, lid 3, onder e) Rome I.

- De hierboven genoemde rechtskeuzemogelijkheden worden uitgebreid met de mogelijkheid om voor het recht van de lidstaat te kiezen waarvan de polishouder onderdaan is.⁸²⁷

Verzekeringsovereenkomsten ter dekking van grote risico's⁸²⁸ worden beheerst door het recht dat partijen in volle vrijheid kiezen.

Wanneer is er sprake van grote risico's?

1. Risico's die behoren tot de volgende branches vallen onder de bepaling grote risico's:

- 1.a) Branche 4: Casco rollend spoorwagematerieel
- 1.b) Branche 5: Luchtvaartcasco
- 1.c) Branche 6: Casco zee- en binnenschepen
- 1.d) Branche 7: Vervoerde goederen
- 1.e) Branche 11: W.A. luchtvaartuigen
- 1.f) Branche 12: W.A. zee en binnenschepen

2. Risico's behorend tot de volgende branches vallen onder de bepaling grote risico's, mits de verzekeringnemer in het kader van zijn bedrijf of beroep een industriële of commerciële activiteit, dan wel een vrij beroep uitoefent en het risico daarop betrekking heeft:

- 2.a) Branche 14: Krediet
- 2.b) Branche 15: Borgtocht

3. Risico's behorend tot de volgende branches, mits de verzekeringnemer tenminste twee van de drie volgende criteria overschrijdt: (1) balanstotaal 6,2 miljoen EUR, (2) netto-omzet: 12,8 miljoen EUR en (3) gemiddeld personeelsbestand van 250 gedurende het boekjaar:

- 3.a) Branche 8: Brand en natuurevenementen
- 3.b) Branche 9: Andere schaden aan goederen
- 3.c) Branche 13: Algemene W.A.
- 3.d) Branche 16: Diverse geldelijke verliezen

Rome I laat ten aanzien van de verzekeringsovereenkomsten, die onder de werking van art. 7 vallen, slechts één rechtsstelsel van één van de lidstaten als keuzemogelijkheid toe. Onduidelijk is in hoeverre middels art. 7 Rome I de keuzemogelijkheid van partijen voor een niet-statelijk recht of internationale overeenkomst als toepasselijk recht op hun overeenkomst wordt gewaarborgd. In overweging 13 Rome I staat immers de mogelijkheid vermeld dat contractspartijen een niet-statelijk recht of internationale overeenkomst als toepasselijk recht op hun overeenkomst zouden kunnen verklaren. Door art. 7 Rome I lijkt deze mogelijkheid echter geenszins gewaarborgd, nu het voor de contractspartijen bij een verzekeringsovereenkomst onduidelijk is welke regelingen onder deze overweging bedoeld worden.

Bij gebrek van rechtsmacht, die de uniforme toepassing van een niet-statelijk recht gaat bewaken, zullen contractspartijen geconfronteerd worden met rechtsonzekerheid ten aanzien van de regels van het materiële recht en de uitkomsten van eventuele gerechtelijke procedures.⁸²⁹

9.4.5. Rechtskeuze bij verplichte verzekeringen

Bij de verzekeringsovereenkomsten kan onderscheid worden gemaakt tussen verplichte en vrijwillige verzekeringen. Welke verzekeringen verplicht zijn kan per lidstaat variëren.

Reden voor het verplicht stellen van een verzekering kan gelegen zijn in het type risico dat voortvloeit uit gebruik, bezit van bepaalde zaken of uitoefening van een bepaald beroep. Voorbeelden hiervan zijn de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor de motorrijtuigen (ingevolge de WAM) en aansprakelijkheidsverzekeringen van de beoefenaren van verschillende beroepen.

Een andere reden voor het verplicht stellen van een verzekering is het voorkomen van risicoselectie (bijvoorbeeld dat enkel mensen die schade verwachten van de verzekering gebruik zullen maken) en

⁸²⁷ Zie art.7, lid 3, onder c) Rome I. Zie ook Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 268 over rechtskeuze bij levensverzekeringen.

⁸²⁸ Zoals reeds aangegeven in paragraaf 4.4. Zie verder Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 266, Vansweelt & Weyts 2016, p. 37.

⁸²⁹ Zie hiervoor de overwegingen van Van Wechem & Pontier 2008, p. 20.

vergroten van de solidariteit, met als doel om de premie betaalbaar te houden voor iedereen. Een voorbeeld van een dergelijke verplichte verzekering is de Nederlandse zorgverzekering ingevolge de Zvw. Iedere inwoner van Nederland en ieder, die in Nederland werkt of uit Nederland een uitkering ontvangt, is verplicht verzekerd voor deze verzekering. Een derde belangrijke reden voor het verplicht stellen van een verzekering is de bescherming van de afnemers van de kosten die, als er zich een bepaald ‘schadegeval’ voordoet, ver boven de draagkracht van een particulier of een beroepsbeoefenaar liggen. In deze gevallen kan de verzekering een adequate dekking bieden.

Ten aanzien van de verplichte verzekeringen⁸³⁰, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen grote en overige risico's, zijn er in art. 7 lid 4 Rome I aanvullende voorschriften opgenomen.⁸³¹ Uit deze voorschriften blijkt dat een lidstaat mag bepalen dat de verzekeringsovereenkomst wordt beheerst door het recht van de lidstaat die de verplichting voor het sluiten van de verzekering oplegt.⁸³²

De in dit artikellid gebruikte term ‘lidstaat’ valt overigens niet te rijmen met het feit dat Rome I een universeel toepassingsgebied heeft.⁸³³ Deze bepaling onderstreept wel, geheel in de lijn van de hele verordening, het belang, dat gehecht wordt aan het waarborgen van de naleving van het Unierecht, door te voorkomen dat de in art. 7 lid 2 Rome I opgenomen ‘kennelijk nauwere band’ nimmer naar een buiten de lidstaat gelegen rechtsstelsel kan wijzen, ten koste van een verplichte verzekering in één van de lidstaten.

Rome I biedt dus de nationale wetgever de mogelijkheid om in afwijking van de bepaling uit art. 7 lid 2 en 3 van de verordening, te bepalen dat ten aanzien van de verplichte verzekeringen de verzekeringsovereenkomst steeds beheerst wordt door het recht van de lidstaat die de verplichting voor een dergelijke verzekering oplegt. Hierdoor wordt een mogelijkheid geboden voor de nationale wetgever om de partijautonomie te beperken. Aan de andere kant kan het streven naar efficiëntie en rechtszekerheid een dergelijke bepaling wel rechtvaardigen.

Uit art. 10: 156 BW blijkt dat de Nederlandse wetgever gebruik heeft gemaakt van de door Rome I geboden mogelijkheid ten aanzien van het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomsten. Uit dit artikel blijkt dat de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van het risico waarvoor Nederland verzekeringsplicht oplegt steeds worden beheerst door het Nederlands recht.⁸³⁴ Verder is in art. 10:155 BW bepaald dat partijen voor gevallen, bedoeld in art. 7 lid 3, tweede alinea⁸³⁵ Rome I, een rechtskeuze mogen maken in overeenstemming met art. 3 Rome I. Boek 7, titel 17 BW bevat geen bepalingen over rechtskeuze. Wel worden in de artikelen 7:943, 7:963 en 7: 986 BW de dwingende regels uit deze titel vastgesteld. Van deze regels kan niet worden afgeweken. Ofwel: afwijking hiervan ten nadele van de verzekeringnemer, de verzekerde, de begunstigde, een derde benadeelde, een uitkeringsgerechtigde of de pandhouder is niet toegestaan.

9.4.6. Rechtskeuze bij consumentenovereenkomsten

In de overweging 6 van Rome I wordt het doel van deze verordening onderstreept, namelijk om door voorspelbaarheid van de uitkomsten van rechtsgedingen, rechtszekerheid en erkenning van de rechterlijke beslissingen te bevorderen, teneinde de goede werking van de interne markt te waarborgen.

Wegens het belang van de consumentenbescherming bevat Rome I ten aanzien van consumentenovereenkomsten verschillende uitzonderingen op de algemene collisieregels.⁸³⁶

Art. 6 Rome I bevat regels die van toepassing zijn op overeenkomsten gesloten met consumenten.

⁸³⁰ Zoals zorgverzekeringen en de WAM-verzekering.

⁸³¹ Fontaine 2016, p. 124.

⁸³² Kramer 2008, p. 179-188, Van der Velde 2008, p. 123-130.

⁸³³ Heinze 2009, p. 450-451.

⁸³⁴ Zie hierbij ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 1-5. In de WCS had Nederland ook van dit recht (toen gebaseerd op de richtlijnen) gebruik gemaakt. Dus hiermee is geen wijziging van het beleid gekomen.

⁸³⁵ Conform deze bepaling geldt dat voor zover de lidstaten in de gevallen onder a), b) of e) een grotere vrijheid verlenen, voor de keuze van het toepasselijke recht op de verzekeringsovereenkomst, van die vrijheid gebruik gemaakt kan worden.

Onder a) valt: het recht van het land waar het risico gelegen. Onder b) valt: het recht van het land waar de polishouder zijn gewone verblijfplaats heeft. Onder e) valt: de situatie waarbij de polishouder een commerciële of industriële activiteit of een vrij beroep uitoefent en de verzekeringsovereenkomst twee of meer risico's dekt die met deze activiteiten verband houden en in verschillende lidstaten zijn gelegen, het recht van een van de betrokken lidstaten of het recht van het land waar de gewone verblijfplaats van de polishouder is gelegen.

⁸³⁶ Aanhef onder 23-27 Rome I.

In Rome I zijn enkele bijzondere overeenkomsten, zoals de verzekeringsovereenkomst, uitgesloten van het toepassingsgebied van art. 6 Rome I⁸³⁷ teneinde voor deze groep van potentiële contractspartijen een nog betere, op het type overeenkomst aansluitende beschermingsniveau te kunnen waarborgen.

Art. 6 Rome I is om die reden niet van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten die onder de werking van art. 7 Rome I vallen.⁸³⁸

Aangezien consumenten bij de verzekeringsovereenkomst als de zwakkere, ofwel als de minder goed geïnformeerde contractspartij⁸³⁹ worden gezien, vond de wetgever het noodzakelijk om ten aanzien van deze groep beschermingsmaatregelen te nemen. Speciale regels ten aanzien van rechtskeuze, als uitzondering op de partijautonomie, vormen een dergelijke beschermingsmaatregel. Hieronder wordt op deze maatregel nader ingegaan.

Uit de bewoordingen van art. 6 Rome I kan geconcludeerd worden dat, in tegenstelling tot de gebruikte terminologie in art. 7 Rome I, de rechtskeuze voor een ander rechtstelsel niet beperkt is tot het recht van een lidstaat. Hierbij wordt dus de bepaling uit art. 3 lid 1 Rome I gevolgd, welke een mogelijke rechtskeuze veronderstelt, naast het recht van een lidstaat, voor het recht van een niet-lidstaat maar ook voor een niet-statelijk recht of internationale overeenkomst. Dit zou dus betekenen dat consumenten, met hun gewone verblijfplaats in een niet-lidstaat of voor het geval ze een verzekeringsovereenkomst sluiten, die zonder aanvullende eisen onder de definitie van grote risico's valt⁸⁴⁰, over deze vrijheid van rechtskeuze beschikken bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst.

Hoofregel bij de consumentenovereenkomsten⁸⁴¹ is dat het op de overeenkomst toepasselijk recht door de gewone verblijfplaats van de consument wordt bepaald.⁸⁴² Mocht er een ander rechtstelsel op de overeenkomst van toepassing verklaard worden dan mag deze keuze niet ertoe leiden dat de consument de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het recht van zijn/haar gewone verblijfplaats.⁸⁴³

Voornoemde hoofregel verwijst naar een *“breed scala van vereisten voortvloeiend uit EU regelgeving en wet- en regelgeving op het nationaal niveau met als doel om de consumenten te beschermen”*.⁸⁴⁴

Door het nationale recht van de gewone verblijfplaats (woonland) van de consument van toepassing te verklaren op de tussen de consument-verzekeringnemer en de verzekeraar gesloten verzekeringsovereenkomst, wordt beoogd de beste bescherming voor de consument te waarborgen. Deze bescherming kan gezocht worden in de eisen ten aanzien van oneerlijke voorwaarden, oneerlijke handelspraktijken en sectorspecifieke regels betreffende de verzekeringsproducten.

Vraag is of deze regel een daadwerkelijk betere bescherming biedt voor een consument. Het is immers niet uitgesloten dat een nationaal recht van een andere lidstaat, juist een betere bescherming zou bieden voor een specifieke consument dan het recht van het woonland. De wetgever gaat toch ervan uit dat de standaard consument beter beschermd wordt door het recht van zijn eigen woonland.

Voor wat betreft de rechtskeuze ten aanzien van de overeenkomsten met consumenten is het verder van belang te weten dat de lidstaten verschillende eisen ten aanzien van consumentenbescherming kennen. Hierdoor kan voorkomen worden dat het voor een consument uit land X een veel betere keuze is om het recht van land Y op de overeenkomst van toepassing te laten verklaren, indien land Y hogere eisen stelt aan de consumentenbescherming. Helaas kan deze consument niet ervoor kiezen om het recht van land Y op de

⁸³⁷ Aanhef onder 32 Rome I.

⁸³⁸ Zie overweging 32 bij de verordening Rome I en art 6. lid 1 Rome I. In de nieuwe richtlijn Consumentenrechten zijn de bepalingen van de richtlijn eveneens niet van toepassing verklaard op o.a. de financiële diensten. Zie hiervoor overweging 32 van het voorstel voor een richtlijn van het Europese parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, kenmerk 11984/11 van 28.06.2011 (04.07), p. 12 en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEG* 2011, L304/68, p. 70.

⁸³⁹ Zie hierbij de zogenaamde informatie-asymmetrie waarvan wordt uitgegaan bij een overeenkomst tussen een financiële dienstverlener en consument.

⁸⁴⁰ Hierbij is belangrijk om te noteren dat consumenten niet gauw een verzekeringsovereenkomst zullen sluiten waarbij het risico onder de branches 4, 5, 6, 7, 11 en 12 valt.

⁸⁴¹ Ingevolge art. 6 lid 1 Rome I wordt onder de consument bedoeld de natuurlijke persoon die een overeenkomst sluit voor een gebruik die niet als bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.

⁸⁴² Zie art. 6, lid 1 Rome I.

⁸⁴³ Zie art. 6, lid 2 Rome I en voor de definitie van gewone verblijfplaats art. 19 Rome I.

⁸⁴⁴ Zie Commissie, ‘Groenboek over financiële retaildiensten’, COM(2015) 630 final, p. 4.

verzekeringsovereenkomst van toepassing te laten verklaren en moet genoeg nemen met het niveau van bescherming geboden door het recht van land X.

Indien een verzekeringsovereenkomst met consumenten wordt afgesloten geldt meestal de bepaling betreffende de rechtskeuze uit art. 7 Rome I.

De verzekeringnemer heeft er alle belang bij om ervoor te zorgen dat het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht (1) voldoende helder is, (2) voldoende bescherming biedt en daardoor (3) zijn/haar rechtszekerheid wordt gewaarborgd.⁸⁴⁵

Waar de consument-verzekeringnemer vaak het rechtsstelsel van zijn/haar woonplaats prefereert zal een verzekeraar, die niet in het land van de consument is gevestigd, daarentegen meestal de wens hebben om een verzekeringsovereenkomst naar eigen rechtsstelsel aan te bieden. Duidelijk is dat hierdoor de contractspartijen met tegenstrijdige belangen krijgen te maken. Ook al is de belangrijkste wens van de consument-verzekeringnemer om duidelijkheid te krijgen over de voorwaarden waaronder de verzekeringsovereenkomst wordt gesloten, het vooruitzicht op bijvoorbeeld een lagere premie zal deze consument mogelijk minder kritisch maken ten aanzien van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Deze consument zal dan misschien geneigd zijn om tegen een lagere premie wel een overeenkomst naar een vreemd recht te sluiten. Voor een verzekeraar zal het aanbieden van producten gebaseerd op één rechtsstelsel kostenbesparing opleveren, waardoor steeds meer consumenten verleid zouden kunnen worden om een vreemde rechtskeuze te accepteren in ruil voor lagere premie. Om die reden heeft de wetgever besloten dat consumenten extra beschermingsmaatregelen nodig hebben. Met deze extra maatregelen, zoals opgenomen in art. 7 Rome I beoogt de wetgever de onwetendheid en onervarenheid van deze verzekeringnemers te compenseren.

9.4.7. Overige bepalingen betreffende rechtskeuze

Het overzicht van de specifieke regels ten aanzien van de rechtskeuze bij het sluiten van de (grensoverschrijdende) verzekeringsovereenkomsten wordt afgerond met een toelichting op enkele nadere bepalingen van Rome I.

Art. 7 lid 5 Rome I geeft voor het geval dat er geen uitdrukkelijke rechtskeuze is gemaakt, een dwingende bepaling aan ten aanzien van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht ter dekking van risico's gelegen in verschillende lidstaten. In een dergelijk geval geldt de overeenkomst als een samenstel van overeenkomsten die ieder afzonderlijk in één lidstaat is gelegen. Dit heeft tot gevolg dat één verzekeringsovereenkomst door verschillende rechtsstelsels beheerst kan worden.

Ten aanzien van de overige (dus geen grote) risico's gelegen in een niet-lidstaat blijven art. 3 en, voor zover het gaat om een consumentenovereenkomst, art. 6 Rome I van toepassing. Rechtsonzekerheid kan voorkomen worden door het maken van een duidelijke rechtskeuze die dan voor de gehele verzekeringsovereenkomst geldt.

In Nederland worden de contractuele verhoudingen, die ontstaan uit een door partijen afgesloten verzekeringsovereenkomst, in beginsel beheerst door de bepalingen uit Boek 7, titel 17 BW in samenhang met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht. Bij grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten geldt als uitgangspunt voor de toepasselijke regels van IPR, dat contractspartijen in belangrijke mate partijautonomie toekomt inzake het kiezen van het recht dat hun verzekeringsovereenkomst zal beheersen.⁸⁴⁶

In afwezigheid van een uitdrukkelijk gemaakte rechtskeuze wordt het toepasselijke recht bepaald door de nationale of internationale collisionregels.

Een rechtskeuze kan worden uitgebracht vóór of bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst, maar ook op een later tijdstip. Tevens is het mogelijk om een reeds gemaakte rechtskeuze op een later tijdstip te

⁸⁴⁵ Achtergrond van extra beschermingsbehoefte van de consument-, MKB- en KB-verzekeringnemer is dat deze contractspartij doorgaans tegenover een grote, professionele verzekeraar staat en tussen de partijen vaak sprake is van informatie-asymmetrie.

⁸⁴⁶ Zie hierbij overweging 11 van verordening Rome I waarin bepaald is dat “*de vrijheid van de partijen om het toepasselijke recht te kiezen, moet de hoeksteen van het systeem van collisionregels op het gebied van verbintenissen uit overeenkomst zijn*”.

wijzigen.⁸⁴⁷ De rechtskeuze kan ook op een gedeelte van de overeenkomst van toepassing worden verklaard. Het uitbrengen van een rechtskeuze betekent nog niet dat partijen in alle gevallen de op hun overeenkomst van toepassing zijnde regels volledig kunnen bepalen en dat ze met een bewuste rechtskeuze de regels van het rechtsstelsel, die naar algemene collisieregels op een overeenkomst van toepassing zijn, helemaal kunnen uitsluiten. Dwingende regels⁸⁴⁸, verplichte verzekeringen⁸⁴⁹ en bepalingen van algemeen belang⁸⁵⁰ begrenzen immers hun partijautonomie.

9.5. Rechtskeuze en de verzekeringspraktijk

In de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk is een overzicht opgenomen van de formele regels, die van toepassing zijn op het maken van rechtskeuze door partijen, die betrokken zijn bij de verzekeringsovereenkomst. Deze regels geven de wensen van de wetgever weer inzake contractsvrijheid en de noodzakelijke beperkingen daarop. Deze regels zijn bedoeld om bij te dragen aan de betere werking van de interne markt en bescherming van de zwakkere contractspartijen. Echter de werkelijke bijdrage van deze regels hangt sterk af van de mate waarin deze regels in de praktijk worden nageleefd.

In deze paragraaf komt een vertaling van de regels van rechtskeuze naar de Nederlandse verzekeringspraktijk aan de orde. Doel van deze beschrijving is om een beeld te vormen van de factoren, die naleving van de gestelde regels en impliciet de bijdrage van deze regels aan de betere werking van de interne markt, zouden kunnen bemoeilijken.

Bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst zijn in beginsel de verzekeraar⁸⁵¹ en de verzekeringnemer⁸⁵² de belangrijkste contractspartijen. Bij de schadeverzekering wordt de uitkeringsgerechtigde persoon verzekerde genoemd.⁸⁵³ Bij de sommenverzekeringen wordt de uitkeringsgerechtigde begunstigde genoemd⁸⁵⁴, terwijl onder verzekerde de persoon wordt verstaan op wiens leven of gezondheid de verzekering betrekking heeft.

De assurantietussenpersoon treedt vaak op als bemiddelaar bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst tussen de verzekeraar en verzekeringnemer.

De gevolmachtigde agent is de(recht)persoon die door de verzekeraar gevolmachtigd is om voor diens rekening verzekeringsovereenkomsten te sluiten met de verzekeringnemer.⁸⁵⁵ Afhankelijk van de soort overeenkomst en hetdoor de verzekeraar of verzekeringnemer gekozen distributiemodel zullen de assurantietussenpersonen en/of gevolmachtigde agenten een rol spelen bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst en derhalve ook bij het adviseren over de keuze voor het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Bij rechtstreekse tekening (direct writing) zal de verzekeraar zonder bemiddeling een overeenkomst met de verzekeringnemer sluiten.

Bij de verzekering gaat het om een overeenkomst waarbij de verzekeraar, tegen betaling van een premie door de verzekeringnemer, zich verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen.⁸⁵⁶ Voor de hoogte van de uitkering en de daaraan verbonden voorwaarden, dat wil zeggen de prestatie van de verzekeraar, zal de inhoud en voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst bepalend zijn. Gelet op de grote verschillen tussen

⁸⁴⁷ Kramer 2007, p. 90.

⁸⁴⁸ Zie hiervoor de bepalingen uit art. 7 lid 2 van de richtlijn 88/357/EEG en art. 4 lid 2 van de richtlijn 90/169/EEG. Tevens bepaalt art. 9 lid 2 van Rome I “niets in deze verordening beperkt de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is”, de definitie van “bepalingen van bijzonder dwingend recht” in art. 9 lid 1 Rome I. Zie tevens HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB4654, Hof van Cassatie België 15 september 2011, C.10.0424. N, Arbeidshof Brussel 13 juli 2011, 2009/AB/052514.

⁸⁴⁹ Zie art. 8 Richtlijn 88/357/EEG, art. 30 Richtlijn 92/49/EEG, art. 7 lid 4 Rome I, art. 10:156 BW, art. 179 Richtlijn 2009/138 EG. Zie tevens Claassens 1992, p. 261-276.

⁸⁵⁰ Zie art. 28 Richtlijn schadeverzekeringen 92/49/EEG, art. 28 Richtlijn levensverzekeringen 92/96/EEG, art. 180 Richtlijn 2009/138 EG.

⁸⁵¹ Hij die tegen het genot van premie jegens haar wederpartij zich verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, waarbij bij het sluiten van de overeenkomst geen zekerheid bestaat over wanneer en zo ja welk bedrag de uitkering bedraagt en hoe lang de premiebetaling zal duren, art. 7:925 BW.

⁸⁵² Degene, jegens wie de verzekeraar zich verbindt, tegen betaling van de premie.

⁸⁵³ Zie art. 7: 945 BW.

⁸⁵⁴ Zie art. 7:965 BW.

⁸⁵⁵ Haak, Zwitser & Blom 2006, p. 231-232.

⁸⁵⁶ Deze bepaling geldt voor schade- en sommenverzekeringen.

de verschillende rechtsstelsels van verschillende landen, die de verzekeringsovereenkomst kunnen beheersen, zal voor de uiteindelijke prestatie van de verzekeraar ook het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk rechtsstelsel van belang zijn.

De verzekeringsovereenkomst, als wederkerige overeenkomst komt naar Nederlands recht tot stand door een aanbod en aanvaarding daarvan.⁸⁵⁷ Deze regel kent -in diverse varianten- een vergelijkbare basis in de meeste landen van de EU.⁸⁵⁸ Onderdeel van het aanbod en aanvaarding kan de uitdrukkelijke bepaling van de gemaakte rechtskeuze zijn. Bij een volstrekt interne (nationale) rechtsverhouding zal het kiezen voor een vreemd rechtsstelsel niet voor de hand liggen.

Bij grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten gelden de regels van het internationaal privaatrecht voor het oplossen van de geschillen die veroorzaakt worden door conflicterende bepalingen van verschillende rechtsstelsels.⁸⁵⁹

Zodra de grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst onderwerp van een geschil wordt zullen de volgende drie fundamentele vragen van het internationaal privaatrecht worden onderzocht:

1. Welke rechter is bevoegd om kennis te nemen van het geschil?
2. Welk recht is van toepassing op het geschil?
3. Waar kan de rechterlijke uitspraak ten uitvoer gelegd worden?⁸⁶⁰

Het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst zal ook het recht bepalen dat het geschil zal beheersen.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad⁸⁶¹ blijkt bijvoorbeeld dat als op de verzekeringsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is, de daarvan opgemaakte polis in overeenstemming met de zogenaamde Haviltex-maatstaf dient te worden beoordeeld en uitgelegd. In het onderhavige geval was er onenigheid over het in geding zijnde begrip ‘accident’. De Hoge Raad oordeelde aldus dat dit begrip beoordeeld diende te worden volgens de zin, die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan dat begrip mochten toekennen, welk oordeel mede bepaald werd door de op de beurs in Londen, waar de verzekeringsovereenkomst was gesloten, bestaande opvattingen. Verder blijkt uit de Nederlandse jurisprudentie⁸⁶² dat rechtskeuze niet automatisch vervangen wordt door de bepalingen van een verzekeringscertificaat (‘Certificate of Insurance’).

In de onderhavige zaak had de verzekeraar een verzekeringscertificaat afgegeven waarin ‘English law and practice’ werd opgenomen. Nu in deze overeenkomst van transportverzekering de toepassing van Nederlands recht uitdrukkelijk werd bepaald en verder de voorwaarden van het certificaat ‘as per open contract’ verwezen naar deze transportverzekering, werd geoordeeld dat tussen partijen niet de in het certificaat genoemde ‘English law and Practice’ maar de voorwaarden van de transportverzekering en dus het Nederlandse recht van toepassing waren.

Verzekeraars stellen hun producten en voorwaarden doorgaans vast op basis van het rechtsstelsel van het land van hun vestiging, waar zij hun gewone activiteiten uitoefenen. Een Nederlandse verzekeraar gaat zijn activiteiten en producten naar Nederlands recht inrichten en zal de bepalingen van dit rechtsstelsel meenemen bij de risicoanalyse, het vaststellen van de risicopremie en het inrichten van de schaderegeling.

Het aangaan van een verzekeringsovereenkomst, die beheerst wordt door een niet-Nederlands recht, betekent onder meer extra juridische, administratieve, actuariële en procedurele inspanning voor de Nederlandse verzekeraar. Wil een verzekeraar als volwaardig marktpartij aan de interne verzekeringsmarkt deelnemen dan zou deze onderneming kennis moeten opbouwen en onderhouden betreffende vreemde rechtsstelsels, welk proces parallel zou moeten lopen met het actueel houden van het kennisniveau betreffende het nationale rechtsstelsel. Uiteraard zou deze verzekeraar ook kennis kunnen inhuren door samenwerkingsverbanden aan

⁸⁵⁷ Zie art. 6:217 BW en art. 7:926 BW.

⁸⁵⁸ In de Draft Common Frame of Reference (DCFR) wordt deze regel van totstandkoming van de wederkerige overeenkomsten als belangrijke uitgangspunt voor het Europese privaatrecht bevestigd.

⁸⁵⁹ McGee 1998, p. 77.

⁸⁶⁰ McGee 1998, p. 77.

⁸⁶¹ Zie HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717.

⁸⁶² Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP7043.

te gaan met partijen die wel over de bij hem ontbrekende kennis beschikken. Verder zal de rechtsonzekerheid bij de verzekeraar betreffende gerechtelijke procedures en de extra kosten inzake aanpassingen van bijvoorbeeld de (her)verzekeringscontracten naar de wettelijke vereisten van vreemde rechtsstelsels, ook veel bezwaar zou kunnen opleveren tegen het sluiten van een verzekeringsovereenkomst naar de regels van een afwijkend rechtsstelsel.⁸⁶³

Bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst zullen partijen overeenstemming moeten bereiken over het op de overeenkomst toepasselijke recht. Bij grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten zal het maken van rechtskeuze een extra complicerende factor kunnen zijn, tenminste als partijen bewust zijn van de wettelijke regels en van het feit dat hun verzekeringsovereenkomst een grensoverschrijdend karakter heeft. Veelal omdat het risico dat verzekerd wordt in een ander lidstaat is gelegen. Wordt de verzekeringsovereenkomst naar Nederlands recht gesloten dan zal art. 7:925 BW bepalend zijn voor de inhoud van de overeenkomst waarbij de verzekeraar, tegen betaling van een premie door de verzekeringnemer, zich verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen.⁸⁶⁴ Voor de hoogte van de uitkering, dat wil zeggen de prestatie van de verzekeraar, zal de inhoud van de verzekeringspolis en voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst bepalend zijn. Hierbij dient men er wel op te letten dat deze voorwaarden niet strijdig mogen zijn met de Nederlandse wettelijke regels betreffende de verzekeringsovereenkomst. Interpretatie van de voorwaarden zal plaatsvinden naar Nederlands recht, rekening houdend met de Nederlandse jurisprudentie. Indien voor een ander rechtsstelsel wordt gekozen dan zal de inhoud van de overeenkomst inclusief de daarop geldende voorwaarden beoordeeld worden op basis van het gekozen recht. Gelet op de mogelijke grote verschillen tussen de rechtsstelsels van de verschillende landen zullen de op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke regels ook uiteenlopen. Dit kan grote gevolgen hebben ook voor de prestatie van de verzekeraar, welke naar de regels van het toepasselijke recht wordt bepaald.

Indien een verzekeraar zijn actieradius wil uitbreiden kan dit bereiken door het sluiten van verzekeringsovereenkomsten en dus het aanbieden van verzekeringen, die betrekking hebben op risico's die buiten het vestigingsland van de verzekeraar zijn gelegen. Het aanbieden van deze verzekeringen kan de verzekeraar in het kader van de vrije dienstverrichting doen. Het sluiten van verzekeringsovereenkomsten die risico's dekken die buiten het vestigingsland van de verzekeraar zijn gelegen, betekent bij een deel van de verzekerde risico's (overige risico's) dat op de verzekeringsovereenkomst een ander recht dan dat van het vestigingsland van de verzekeraar van toepassing wordt verklaard. Uitzondering hierop zijn de buiten het vestigingsland van de verzekeraar gelegen risico's waarbij toch het recht van het vestigingsland kan worden toegepast wegens het feit dat de contractspartij in dit land woonachtig of gevestigd is. Voorbeeld hiervan is een gebouw dat in land X is gelegen waarvan een particulier woonachtig in land Y de eigenaar is. Een verzekeraar uit land Y kan dit buiten land Y gelegen risico wel naar het recht van land Y verzekeren.

Gelet op het feit dat verzekeraars steeds meer ingericht worden op het grootschalig en gestandaardiseerd aanbieden van verzekeringen, ondersteund door veelal geautomatiseerde processen, die ingericht zijn naar de vereisten van het rechtsstelsel van het land van vestiging, wordt het aanbieden van producten naar een vreemd rechtsstelsel ingewikkelder, duurder en dus minder aantrekkelijk.

Sluiten van verzekeringsovereenkomsten waarop niet-Nederlands recht van toepassing wordt verklaard zal ook een verplichting leggen op de verzekeraar om kennis en ervaring op te bouwen van andere rechtsstelsels. Nu zelfs het actueel houden van kennis en naleving van de vereisten uitgaande van het eigen rechtsstelsel al vaak een grote uitdaging voor de sector lijkt te zijn, zal deze extra inspanning niet vanzelfsprekend worden ervaren en zelfs weerstand oproepen.

Tevens zal de rechtsonzekerheid, indien de kennis over een vreemd rechtsstelsel en de werking van een vreemd rechtspraktijk ontbreekt, van de verzekeraar een extra belemmering vormen en extra kosten betekenen.⁸⁶⁵ Dit brengt met zich mee dat de aanbieders er alles aan zullen doen om een verzekerings-

⁸⁶³ Hondius (Hondius 2011, p. 59) stelt dat “*dwingendrechtelijk ipr leidt er toe dat het voor verzekeraars onaantrekkelijk is om hun producten in andere landen aan te bieden*”.

⁸⁶⁴ Deze bepaling geldt voor schade- en sommenverzekeringen.

⁸⁶⁵ Zie bijvoorbeeld het wijzigen van de (herverzekerings)contracten naar de wettelijke vereisten van vreemde rechtsstelsels of het nemen van een beslissing over procederen bij geschillen of het inschatten van de slagingskans in een gerechtelijke procedure indien een verzekeringsovereenkomst naar een vreemd recht wordt gesloten.

overeenkomst, ook als het gaat om een buiten het vestigingsland gelegen risico, naar het recht van hun zeteland te mogen sluiten.

9.6. Conclusies

Grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten worden beheerst door de regels van het internationaal privaatrecht. Bij het oplossen van een geschil betreffende deze overeenkomsten zal de vraag naar het toepasselijke recht een fundamentele rol spelen.

De rechtskeuze zal naast de inhoudelijke aspecten van de verzekeringsovereenkomst ook de uitleg van de in de overeenkomst opgenomen bepalingen sterk beïnvloeden. Tevens is het toepasselijke recht relevant voor de behandeling van de geschillen gerelateerd aan de verzekeringsovereenkomst.

Verordening Rome I bevat specifieke regels ten aanzien van de rechtskeuze bij verzekeringsovereenkomsten. Verder zijn de regels betreffende verplichte verzekeringen en bepalingen ten aanzien van consumentenovereenkomsten relevant bij het maken van de rechtskeuze bij grensoverschrijdende verzekeringen. Voor wat betreft consumenten biedt Rome I geen ruimte voor een eigen rechtskeuze, maar bepaalt dat het toepasselijke recht het recht van het woonland van de consument zal worden.

Gelet op de hierboven geschetste kaders is de vrije rechtskeuze van groot belang en biedt voor een Nederlandse verzekeraar of een verzekeraar, die in een ander land is gevestigd, de mogelijkheid om naar Nederlands of ander, met het vestigingsland overeenkomende, recht overeenkomsten te sluiten. Waar deze keuzevrijheid niet aanwezig is zal de verzekeraar weinig interesse hebben in een grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst.

Verzekeraars zijn doorgaans bekend met het recht van hun zeteland. Op basis van dit recht hebben ze hun bedrijfsvoering opgebouwd en producten ontwikkeld. Indien ze een verzekeringsovereenkomst, beheerst door het recht van een ander land, aangaan zullen ze rekening moeten houden met o.a. extra juridische, administratieve, actuariële en procedurele inspanning en rechtsonzekerheid ten aanzien van de wetgeving die ze onvoldoende kennen.

Het grensoverschrijdend verzekeren vereist goede voorbereiding, investering in kennis over de beoogde markt en jurisdictie en maakt vaak noodzakelijk het aangaan van samenwerkingsverbanden met partners uit andere lidstaten.

10. Regels van prudentieel toezicht

10.1. Inleiding

Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en dient belangrijke waarborg te leveren voor de stabiliteit van de financiële sector.⁸⁶⁶

In dit hoofdstuk worden de regels van Nederlands recht toegelicht, die betrekking hebben op de financiële stabiliteit van financiële dienstverleners, waaronder aanbieders van verzekeringen, binnen de interne markt. Hierbij wordt nader ingegaan op het prudentieel toezicht dat gericht is op de soliditeit van financiële ondernemingen en stabiliteit van de financiële sector.⁸⁶⁷ Deze regels zijn in de Wft geformuleerd en aangevuld met besluiten en algemene maatregelen van bestuur.

In dit hoofdstuk is het overzicht beperkt tot de regels van de Wft. De reden hiervoor is het feit dat in dit hoofdstuk niet een uitputtende behandeling van de relevante regels wordt beoogd.

Het behandelen van de relevante regels van Wft geeft echter wel voldoende inzicht in de structuur van het deel van de Wft dat regels van prudentieel toezichtsrecht bevat. Hiermee worden de complexiteit van de wet en de moeilijkheidsgraad van het bepalen van het voor de specifieke financiële dienstverlener geldende relevante wettelijk kader geïllustreerd. Daarnaast wordt ook duidelijk gemaakt dat de wetgever middels deze wet de taak van een marktpartij met zetel in een andere lidstaat of een derde land extra heeft bemoeilijkt door de voor deze partijen relevante bepalingen niet duidelijk herkenbaar en gestructureerd in de wet op te nemen. Na een toelichting inzake het wettelijk kader van het prudentieel toezicht in Nederland volgt een uitgebreide behandeling van het deel 3 van de Wft. Hierbij wordt nader ingegaan op de verdeling van regels die ten aanzien van specifieke groepen verzekeraars en afhankelijk van hun zeteland gelden.

10.2. Wettelijk kader prudentieel toezicht in Nederland

In de Nederlandse wetgeving zijn in de Wft regels opgenomen die de soliditeit van de financiële instellingen dienen te waarborgen⁸⁶⁸.

Hieronder wordt uitgebreid ingegaan op de Wft en de regels die in deel 3 van de Wft zijn opgenomen. Deze laatste regels zijn gericht op het waarborgen van de financiële stabiliteit.

De Wft is de belangrijkste wet die de kaders van het financieel toezicht bepaalt in Nederland. De belangrijkste doelstellingen van Wft hebben betrekking op het beschermen van de consumenten en zorgen voor het goed functioneren van de markt.⁸⁶⁹ Naast de Wft bepaalt verder het bestuursrecht zoals opgenomen in o.a. Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb) de formele kaders van het handelen en de bevoegdheden van de toezichthouders.

De op 1 januari 2007 ingevoerde Wft is het resultaat van de grootste wetgevingsoperatie voor de Nederlandse financiële sector.⁸⁷⁰ De introductie van de Wft, die een deel⁸⁷¹ van de tot die tijd geldende sectorale toezichtwetten⁸⁷² heeft vervangen, was het sluitstuk van de herziening van het toezicht op de financiële marktsector. Hierbij werd het ‘sectorale model’ vervuld voor het ‘functioneel model’.⁸⁷³

⁸⁶⁶ Zie art. 1:24 lid 1 Wft.

⁸⁶⁷ Zie art. 1:24 lid 1 Wft.

⁸⁶⁸ Het op het verzekeringsbedrijf toepasselijke toezichtrecht heeft naast solvabiliteit en de toegang tot de verzekeringsmarkt ook betrekking op gedragtoezicht.

⁸⁶⁹ Rinkes 2016, p. 78.

⁸⁷⁰ Boshuizen & Jager 2010, p. 13, De Serië 2017, Consultatiedocument ‘Herziening Wft: verkenning’, november 2016.

⁸⁷¹ De volgende afzonderlijke wetten op het terrein van financiële ondernemingen werden behouden: Sanctiewet 1977, Noodwet financieel verkeer, Wet op het consumentenkrediet, Wet giraal effectenverkeer, Wet inzake spaarbewijzen, Wet identificatie bij dienstverlening, Wet inzake de geldtransactiekantoren, Wet toezicht trustkantoren, Wet melding ongebruikelijke transacties, Wet toezicht accountantsorganisaties, Wet toezicht financiële verslaggeving, Pensioenwet en Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme waarin de Wet identificatie bij dienstverlening en Wet melding ongebruikelijke transacties zijn opgegaan.

⁸⁷² Hier gaat het om de Wet toezicht kredietwezen 1992, Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, Wet toezicht natuura-uitvaartverzekeringsbedrijf, Wet toezicht effectenverkeer 1995, Wet toezicht beleggingsinstellingen, Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996, Wet op het consumentenkrediet (gedeeltelijk), Wet assurantiebemiddelingsbedrijf en Wet financiële dienstverlening.

⁸⁷³ Gerrits 2017, p. 299. Bij het vervullen van het sectoraal model voor een functioneel model was het doel om de voordelen van het functioneel model (zoals doeltreffendheid, marktgerichtheid en efficiëntie van het toezicht) beter te benutten. Verder bleek het sectoraal model onvoldoende te functioneren ten aanzien van financiële ondernemingen die sectoroverschrijdend actief waren.

Het functioneel model introduceerde een verdeling tussen het prudentieel toezicht (uitgeoefend door de DNB die als centrale bank ook het systeemtoezicht onder haar verantwoordelijkheden rekent) en die van het gedragstoezicht (uit te oefenen door AFM).⁸⁷⁴

Bij het opstellen van de Wft heeft de wetgever gestreefd naar het creëren van een inzichtelijke, doelmatige en op de financiële markt gerichte wet- en regelgeving.⁸⁷⁵

De wetgever had drie belangrijke doelstellingen bij de invoering van de Wft.⁸⁷⁶

- vergroten van de inzichtelijkheid;
- vergroten van de doelgerichtheid van het toezicht;
- vergroten van de concurrentiekracht van de financiële ondernemingen met zetel in Nederland (ook als marktgerichtheid aangeduid).

In de Wft heeft de nationale wetgever de voor de financiële dienstverlening relevante Europese richtlijnen, waaronder richtlijn Solvabiliteit II (middels een wijziging van de Wft), geïmplementeerd.

De Wft bestaat uit één algemeen deel⁸⁷⁷ en zes delen die ieder specifiek een onderwerp behandelen en één deel dat slotbepalingen bevat.

In de specifieke delen van de Wft worden de volgende onderwerpen behandeld:

- markttoegang financiële ondernemingen⁸⁷⁸ (Deel 2 Wft);
- prudentieel toezicht financiële ondernemingen⁸⁷⁹ (Deel 3 Wft);
- bijzondere maatregelen en voorzieningen betreffende financiële ondernemingen (Deel 3a Wft);
- gedragstoezicht financiële ondernemingen (Deel 4⁸⁸⁰ Wft);
- gedragstoezicht financiële markten (Deel 5⁸⁸¹ Wft); en
- bijzondere maatregelen betreffende de stabiliteit van het financiële stelsel (Deel 6 Wft).

Naast de Wft wordt het wettelijk kader nog aangevuld met lagere regelgeving in de vorm van algemene maatregelen van bestuur (AMvB's), ministeriële regelingen en beleidsregels, leidraden, interpretaties van de bevoegde toezichthouders.⁸⁸²

Als gevolg van de implementatie van de Schade- en Levensrichtlijnen en van richtlijn Solvabiliteit II in de Wft, bevat het wettelijk kader betreffende prudentieel toezicht uit de Wft meerdere verwijzingen naar Europese regels van toepassing op verzekeraars. Voor wat betreft de verzekeraars wordt voor de inhoud van deze regels vaak verwezen naar de letterlijke tekst van richtlijn Solvabiliteit II.⁸⁸³ Verder moet nog rekening worden gehouden met de rechtsreeks werkende gedelegeerde en uitvoeringsverordeningen en met tientallen richtsnoeren van de EIOPA.

Voor het prudentieel toezicht relevante regels zijn in verschillende delen van de Wft opgenomen.

Deel 1 Wft bevat de relevante definities, de competentietoedeling en instrumenten ten behoeve van het prudentieel toezicht.⁸⁸⁴

⁸⁷⁴ Boshuizen & Jager 2010, p. 13, De Serièrè 2017.

⁸⁷⁵ Joosen 2007-03, p. 3. Zie ten aanzien van de herziening Wft het consultatiedocument van het Ministerie van Financiën gepubliceerd op 22 november 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 208, 13. In dit consultatiedocument is een aantal opties genoemd: (optie 1) geen herziening, (optie 2) wetstechnische en redactionele verbeteringen, (optie 3) verbeteringen in het kader van het huidige model, (optie 4) invoering van een sectoraal model, (optie 5) invoering van sectorale wetten en verschillende tussenvarianten.

⁸⁷⁶ Gerrits 2017, p. 300.

⁸⁷⁷ Dit deel bevat de bepalingen van algemeen karakter, definities, bepalingen over de taken en inrichting toezichthouders (DNB en de AFM), samenwerking tussen de toezichthouders, toezicht en handhaving.

⁸⁷⁸ Dit deel bevat de regels van markttoegang. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen een vestiging van het hoofdkantoor op de Nederlandse markt, en bedrijfsuitoefening via een nevenvestiging of via vrije dienstverrichting vanuit een andere lidstaat of derde land.

⁸⁷⁹ Zie paragraaf 10.3 van dit proefschrift.

⁸⁸⁰ Dit deel bevat voor een deel cross-sectorale en voor een deel sectorale normen van toepassing op financiële dienstverleners.

⁸⁸¹ Dit deel bevat regels betreffende financiële markten, voornamelijk effectenmarkten.

⁸⁸² Borgesius 2017, p. 76.

⁸⁸³ Meijer e.a. 2016, p. 235.

⁸⁸⁴ Meijer e.a. 2016, p. 243.

Deel 2 bevat de regels inzake markttoetreding, vergunningverlening en de voorwaarden voor het uitvoeren van grensoverschrijdende dienstverrichting of activiteiten op basis van het vrije vestigingsrecht.

Deel 3 bevat de aan de financiële ondernemingen gestelde eisen, regels betreffende lopend toezicht en het wettelijk kader van toepassing in de crisissituaties. Dit deel van de Wft is het meest relevant voor het prudentieel toezicht. Om die reden wordt dit deel hieronder uitgebreid behandeld.

Deel 3a bevat regels ten aanzien van afwikkeling van banken en bepaalde beleggingsondernemingen.

Deel 6 bevat ten slotte regels van prudentieel toezicht die betrekking hebben op onteigening door de minister.

10.3. Deel 3 Wft

Deel 3 Wft bevat de belangrijkste regels van prudentieel toezicht van toepassing op financiële ondernemingen,⁸⁸⁵ waaronder verzekeraars met zetel in Nederland en daarbuiten. Alle in deze en volgende paragrafen vermelde artikelen hebben betrekking op de Wft, tenzij anders aangegeven. Dit deel is geordend per onderwerp. De afdelingen bestaan uit sectorale en cross-sectorale normen waarbij duidelijk wordt gemaakt welke type financiële instellingen zijn de normadressanten. Ten aanzien van de financiële instellingen is naast het type ook onderscheid gemaakt naar zetel in Nederland, zetel in andere lidstaten of in derde landen. Dit deel van de Wft bevat de volgende zeven onderdelen:

1. Inleidende bepalingen (art. 3:1-3:4);
2. Aantrekken van opvorderbare gelden (art. 3:5);
3. Optreden als waarborg- en garantiefonds (art. 3:6);
4. Regels voor het werkzaam zijn op de financiële markten (art. 3:7-3:109);
5. Regels voor bepaalde ondernemingen werkzaam op de financiële markten (3:110-3:111);
6. Bijzondere regels en maatregelen ten aanzien van financiële ondernemingen werkzaam op de financiële markten (art.3:111a-3:267h);
7. Bepalingen ten aanzien van richtlijn groepen (art. 3:268-3:305).

Onderdeel 4 gaat over de regels die gelden voor het opereren op de financiële markten en bevat de volgende onderdelen:

1. Verbod gebruik van het woord bank (art. 3:7);
2. Geschiktheid, betrouwbaarheid en integriteit (3:8-3:14a);
3. Structurering en inrichting (art 3:15-3:28);
4. Overige bepalingen (art. 3:28a- 3:52);
5. Minimum vermogen (art. 3:53- 3:56);
6. Solvabiliteit en financiële positie (art. 3:57- 3:62);
7. Kapitaalbuffer (art. 3:62a – 3:62b);
8. Reclameverbod systeemrelevantiestatus (art. 3:62c);
9. Liquiditeit (art 3:63- 3:65);
10. Tijdelijke maatregelen bij verhoogd risico in het financieel stelsel (art. 3:66);
11. Technische voorziening (3:67-3:69);
12. Waardering, boekhouding en rapportage (art. 3:69a- 3:87b);
13. Meldingsplicht van de accountant en de actuaris (Art. 3:88- 3:99);
14. Gekwalificeerde deelnemingen in en door financiële ondernemingen (art 3:95- 3:109);

In dit onderdeel is een zeer breed palet van regels opgenomen die van toepassing zijn op een *ieder* (dus elke financiële onderneming) en/of op:

⁸⁸⁵ Ingevolge art. 1:1 Wft vallen de volgende ondernemingen onder het begrip *financiële onderneming*: een afwikkelonderneming, een bank, een beheerder van een beleggingsinstelling, een beheerder van een icbe, een beleggingsinstelling, een beleggingsonderneming, een betaaldienstverlener, een bewaarder, een clearinginstelling, een entiteit voor risico-acceptatie, een financiële dienstverlener, een financiële instelling, een icbe, een kredietunie, een pensioenbewaarder, een premiepensioeninstelling, een verzekeraar en een wisselinstelling.

- een *afwikkelonderneming*⁸⁸⁶;
- een *betaalinstelling*⁸⁸⁷;
- een *clearinginstelling*⁸⁸⁸;
- *elektronisch geldinstelling*⁸⁸⁹;
- een *entiteit voor risico-acceptatie*⁸⁹⁰;
- een *bank*⁸⁹¹;
- een *kredietunie*⁸⁹²;
- een *premiepensioeninstelling*⁸⁹³;
- een *verzekeraar*⁸⁹⁴;
- een *wisselinstelling*⁸⁹⁵ met zetel in Nederland⁸⁹⁶;
- financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat⁸⁹⁷ is;
- financiële ondernemingen met zetel in een aangewezen staat⁸⁹⁸;
- financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat.

In de systematiek van Deel 3 gelden een aantal regels voor een ieder die onder de reikwijdte van Wft vallende activiteiten wil uitoefenen in Nederland. Verder bevat dit deel ook regels die uitsluitend ten aanzien van specifieke financiële ondernemingen met zetel in Nederland gelden.

In de volgende paragrafen worden de regels, zoals opgenomen in de eerste 5 hoofdstukken van deel 3, toegelicht. Het laatste hoofdstuk, dat bepalingen bevat ten aanzien van de richtlijn groepen, wordt hierbij buiten beschouwing gelaten omdat deze geen betrekking heeft op individuele ondernemingen.

⁸⁸⁶ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *afwikkelonderneming*: degene die afwikkeldiensten verleent. Onder *afwikkeldiensten*: worden de werkzaamheden verstaan gericht op: a) het doorzenden door een ander dan een aanbieder van communicatienetwerken van door betalende langs elektronische weg gedane verzoeken aan hun betaaldienstverleners om onmiddellijke bevestiging dat de door de betalende geïnitieerde betaaloopdrachten aan de door de betaaldienstverleners gestelde voorwaarden voldoen; b) het goedkeuren van verzoeken als bedoeld onder a), namens een betalende betaaldienstverlener; of c) het salderen.

⁸⁸⁷ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *betaalinstelling*: een betaaldienstverlener waaraan een vergunning als bedoeld in art. 2:3a Wft is verleend.

⁸⁸⁸ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *clearinginstelling*: degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van overeenkomsten betreffende financiële instrumenten met een centrale tegenpartij, die optreedt als exclusieve wederpartij bij deze overeenkomsten, waarvan de bedingen, die de kern van de prestaties aangeven, overeenkomen met de bedingen, die deel uitmaken van overeenkomsten, gesloten door derden of door hemzelf in zijn hoedanigheid van partij, op een handelsplatform en die in de laatstbedoelde overeenkomsten de kern van de prestaties aangeven;

⁸⁸⁹ Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder een *elektronisch geldinstelling verstaan*: degene die zijn bedrijf maakt van de uitgifte van elektronisch geld.

⁸⁹⁰ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *entiteit voor risico-acceptatie* een instelling, niet zijnde een verzekeraar, die door een verzekeraar overgedragen risico's accepteert en de acceptatie van die risico's uitsluitend financiert door van derden gelden aan te trekken terzake waarvan de terugbetalingsverplichtingen zijn achtergesteld bij de betalingsverplichtingen die ontstaan uit het accepteren van de overgedragen risico's.

⁸⁹¹ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *bank* een kredietinstelling als bedoeld in artikel 4 van de verordening kapitaalvereisten, niet zijnde een kredietunie met zetel in Nederland, met dien verstande dat, tenzij anders bepaald, de houder van een vergunning als bedoeld in art. 3:4 Wft met een bank wordt gelijkgesteld.

⁸⁹² Ingevolge art. 1:1 Wft is een *kredietunie* een coöperatie waarvan de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie, die haar bedrijf maakt van: a) het bij haar leden aantrekken van opvorderbare gelden; en b) het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen aan haar leden ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van die leden.

⁸⁹³ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *premiepensioeninstelling* een onderneming die is opgericht met als doel om premieregelingen en andere regelingen waarbij de premiepensioeninstelling geen verzekeringstechnisch risico draagt uit te voeren welke op grond van de toepasselijke wetgeving zijn aangemerkt als arbeidsgerelateerde pensioenregelingen.

⁸⁹⁴ Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder *verzekeraar* verstaan: herverzekeraar, levensverzekeraar, natura-uitvaartverzekeraar of schadeverzekeraar.

⁸⁹⁵ Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder een *wisselinstelling* verstaan: degene die zijn bedrijf maakt van het verrichten van wisseltransacties. Onder een *wisselinstelling met zetel in een niet-aangewezen staat* wordt bedoeld: een wisselinstelling met zetel in een staat buiten Nederland die niet op grond van art. 2:54l, tweede lid Wft is aangewezen als staat waar toezicht op wisselinstellingen wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die deze wet beoogt te beschermen.

⁸⁹⁶ Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder *zetel verstaan*: de plaats waar een onderneming volgens haar statuten of reglementen is gevestigd of, indien zij geen rechtspersoon is, de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft.

⁸⁹⁷ Ingevolge art. 1:1 Wft is een *lidstaat*: een staat, die lid is van de EU, alsmede een staat, niet zijnde een lidstaat van de EU, die partij is bij de Overeenkomst betreffende de EER.

⁸⁹⁸ Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder een *aangewezen staat* verstaan: een staat die op grond van deze wet is aangewezen als staat waar toezicht wordt uitgeoefend op afwikkelondernemingen, beleggingsinstellingen, clearinginstellingen, natura-uitvaartverzekeraars onderscheidenlijk wisselinstellingen dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die deze wet beoogt te beschermen.

10.3.1. Hoofdstuk 3.1 t/m 3.3 Wft

Dit onderdeel van de Wft start met inleidende bepalingen betreffende:

- de duiding van bepaalde specifieke activiteiten (art. 3:1);
- de bevoegdheden van de Europese Centrale Bank (art. 3:1a);
- uitsluiting van bepaalde ondernemingen van de toepasselijkheid van bepalingen betreffende het uitoefenen van het bedrijf van bank (art. 3:2);
- mogelijke vrijstellingen bij ministeriële regeling (art. 3:3);
- mogelijkheid tot het verkrijgen van een vergunning van de DNB ten aanzien van bepaalde activiteiten (art. 3:4);
- het aantrekken van opvorderbare gelden (art. 3:5);⁸⁹⁹
- het optreden als waarborg- of garantiefonds in Nederland.⁹⁰⁰

Verder bevat dit hoofdstuk de artikelen 3:8, 3:9 en 3:10 die regels inhouden inzake geschiktheid, betrouwbaarheid en integriteit. Deze bepalingen zijn gericht op financiële ondernemingen met zetel in Nederland en verder worden ingevolge de artikelen 3:11 t/m 3:14a ook van toepassing verklaard op overige financiële ondernemingen. Ingevolge voornoemde bepalingen zijn de artikelen 3:8 t/m 3:10 van toepassing op:

- financiële ondernemingen met zetel in Nederland;
- in Nederland gelegen bijkantoren van banken met zetel in een staat die geen lidstaat is;
- in Nederland gelegen bijkantoren van levensverzekeraars of schadeverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is;
- in Nederland gelegen bijkantoren van clearinginstellingen met zetel in een niet-aangewezen staat;
- van entiteiten voor risico-acceptatie met zetel in een niet-aangewezen staat;
- van herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat, (waarbij de derde volzin van art. 3:8 en 3:9 uitsluitend van toepassing zijn op in Nederland gelegen bijkantoren van herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat);
- in Nederland gelegen bijkantoren van afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat;
- op verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren.

Daarnaast is art. 3:9 ook van toepassing op in Nederland gelegen bijkantoren van wisselinstellingen met zetel in een aangewezen staat (met uitzondering van eerste lid, derde volzin). Tevens geldt art. 3:9, eerste lid, derde volzin niet ten aanzien van wisselinstellingen met zetel in een niet-aangewezen staat, die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren.

Art. 3:10 is verder ook van toepassing op:

- in Nederland gelegen bijkantoren van wisselinstellingen met zetel in een aangewezen staat;
- afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen door middel van het verrichten van diensten naar Nederland;
- op wisselinstellingen met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren.

Artikelen 3:15 t/m 3:20.0a⁹⁰¹ bevatten regels inzake structurering en inrichting van financiële ondernemingen met zetel in Nederland. Deze bepalingen worden niet van overeenkomstige toepassing verklaard op andere financiële ondernemingen actief in Nederland. Wel zijn bepalingen inzake de vereiste structuur en inrichting

⁸⁹⁹ Art. 3:5 Wft bevat een bepaling die geldt ten aanzien van ieder die in Nederland het bedrijf van aantrekken van opvorderbare gelden wil uitoefenen.

⁹⁰⁰ Art. 3:6 Wft geldt ten aanzien van een ieder die het desbetreffende activiteit in Nederland wil uitoefenen.

⁹⁰¹ Hieronder vallen de volgende artikelen: 3:15 (tenminste twee natuurlijke personen als dagelijks beleidsbepalers), 3:16 (eisen aan formele en feitelijke zeggenschapsstructuur), 3:17 (beheerste en integere bedrijfsvoering), 3:17b (eed en belofde), 3:17c (tuchtrechtelijke regels banken), 3:18 (uitbesteding), 3:18a (periodieke evaluatie DNB), 3:18b (redelijke hefboomfinancieringslimiet), 3:19, 3:19a en 3:20 (rechtsvorm) en 3:20.0a Wft (begrenzing aantal stemmen van een persoon ten behoeve van de statuten van een kredietunie).

ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in andere lidstaat in de artikelen 3:20a (vergunningvereiste) en 3:20b (bevoegdheid in lidstaat van zetel tot de uitoefening van de activiteit van risico-acceptatie, herverzekeraar, bank, levensverzekeraar of schadeverzekeraar) opgenomen. Deze bepalingen verwijzen naar de uitgangspunten van de interne markt, namelijk toegang via een vergunning verkregen in een van de lidstaten tot de hele interne markt.⁹⁰²

Naast bepalingen ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat bevat de Wft ook eisen ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is.

Art. 3:21 houdt het vereiste in van ten minste twee natuurlijke personen die het dagelijks beleid van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is bepalen. Deze personen dienen hun werkzaamheden vanuit Nederland te verrichten.⁹⁰³ Voor wat betreft de overige financiële ondernemingen met een zetel in een land dat geen lidstaat is, geldt deze regel niet aangezien art. 3:21 duidelijk gericht is op de dagelijkse beleidsbepalers van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is.

Andere bepalingen gericht op financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is zijn te vinden in art. 3:22. In dit artikel zijn de artikelen 3:17, tweede lid aanhef en onder c), derde lid en 3:18, eerste en derde lid, aanhef en onderdeel a) van overeenkomstig toepassing verklaard op beleggingsondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is die beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten in Nederland en bewaarders met zetel in een staat die geen lidstaat is, die zijn verbonden aan een door een Nederlandse beheerder beheerde niet-Europese beleggingsinstelling.

Conform art. 3:23 zijn de artikelen 3:17, 3:17b en 3:18 ook van toepassing verklaard op in Nederland gelegen bijkantoren van levensverzekeraars of schadeverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is. Art. 3:17 en 3:18 zijn eveneens van toepassing verklaard op banken met zetel in een staat die geen lidstaat is. Ten slotte bepaalt artikel 3:23, derde lid dat artikelen 3:17b en 3:17c van overeenkomstige toepassing zijn op in Nederland gelegen bijkantoren van banken met zetel in een staat die geen lidstaat is.

In art. 3:24 is bepaald dat een levensverzekeraar of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is en die zijn bedrijf uitoefent vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of diensten verricht naar Nederland naar het recht van zijn zetelland rechtspersoon dient te zijn en tevens bevoegd is tot de uitoefening van het bedrijf van levensverzekeraar onderscheidenlijk het bedrijf van schadeverzekeraar met dien verstaande dat in het zetelland deze activiteiten daadwerkelijk uitgeoefend worden. Art. 3:24 (conform art. 3:28) is ook van toepassing op entiteiten voor risico-acceptatie met zetel in een niet aangewezen staat, herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat of verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren of door middel van het verrichten van diensten naar Nederland.

Artikelen 3:24.0a t/m 3:28 hebben betrekking op financiële ondernemingen met zetel in een aangewezen staat (art. 3:24.0a en 3:24a) en respectievelijk financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat (3:24aa t/m 3:28), terwijl art. 3:24a bepaalt dat artikelen 3:17 en 3:18 van toepassing worden verklaard op in Nederland gelegen bijkantoren van wisselinstellingen met zetel in een aangewezen staat.

Gelet op voornoemde limitatieve bepalingen (zie art. 3:22 t/m 3:28) is door de wetgever kennelijk voor een systeem gekozen waarbij specifieke bepalingen van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland, ook gelden voor enkele, nader gedefinieerde financiële ondernemingen. Dit brengt met zich mee dat deze bepalingen ten aanzien van structuur en inrichting van het bedrijf, niet gelden voor de overige ondernemingen.

Afdeling 3.3.4 (artikelen 3:28a t/m 3:52) bevat verplichtingen inzake kennisgeving en overige bepalingen die hieronder worden toegelicht.

⁹⁰² Een financiële onderneming dient over een vergunning te beschikken en bevoegd te zijn tot uitoefening van zijn bedrijf in het zetelland, alvorens diensten te verrichten in of naar Nederland.

⁹⁰³ Zie art. 3:21 lid 2 Wft.

Artikelen 3:29a t/m 3:38c zijn met name van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland.⁹⁰⁴ De artikelen 3:39 t/m 3:42 gelden voor financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat.⁹⁰⁵

De artikelen 3:43 t/m 3:48 zijn met name van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is.⁹⁰⁶

Ten slotte zijn in de artikelen 3:49 t/m 3:52 bepalingen opgenomen die gelden voor financiële ondernemingen met zetel buiten Nederland.⁹⁰⁷

Afdeling 3.3.5 (art. 53 t/m 56) gaat over het Minimumvermogen.

Art. 3:53 bevat de eis van een minimumbedrag aan eigen vermogen van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland.⁹⁰⁸ Het minimumbedrag aan eigen vermogen wordt voor een

⁹⁰⁴ Hier gaat het om bepalingen inzake: (1) zeker stellen van geldmiddelen (art. 3:29a) en bewaren en kwalificatie geldmiddelen (art. 3:29c) - van toepassing op betaal- of elektronischgeldinstellingen, (2) uitbesteding andersoortige werkzaamheden (art. 3:29b) - van toepassing op betaal- of elektronischgeldinstellingen of kredietunies, (3) ontbinding rechtspersoon (art. 3:30) - van toepassing op een bank of verzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, (5) de eis van voldoende geconsolideerd toezicht in het zetelland van de moeder (art. 3:31) - van toepassing op een bank met zetel in Nederland die een dochtermaatschappij is van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is, (6) toelating tot uitoefening van de werkzaamheden, tenzij in de vergunning uitdrukkelijk anders is bepaald (art. 3:32), mogelijkheid uitbreiding van de vergunning (art. 3:33), uitgeven van obligaties (artikelen 3:33a en 3:33b) - van toepassing op een bank, (7) administratie van het derivatenvermogen (art. 3:33c) - van toepassing op een bank of clearinginstelling die optreedt als tussenpersoon in de zin van hoofdstuk 3b van de Wet giraal effectenverkeer, (8) verbod uitgifte geld via een agent (art. 3:34) - van toepassing op een elektronischgeldinstelling, (9) verbod om als betaaldienstverlener (uitzonderingen nagelaten) gebruik te maken van een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat die haar bedrijf uitoefent door middel van het verrichten van diensten naar Nederland en die niet is ingeschreven in het register, bedoeld in art. 1:107 Wft of aan wie een verbod als bedoeld in artikelen 2:3.0e, 2:3.0j of 2:3.0n is opgelegd (art. 3:35) - van toepassing op ieder, (10) financiering en onafhankelijkheid (art. 3:35a) - van toepassing op een premiepensioeninstelling, (11) verbod nevenactiviteiten (art. 3:36 en 3:38a) - van toepassing op her, levens-, schade- natura-uitvaartverzekeraars of premiepensioeninstellingen en entiteiten voor risico-acceptatie, (12) aanstellen van een vertegenwoordiger en de gestelde eisen (art. 3:37) - van toepassing op een levens-, natura-uitvaart- of schadeverzekeraar die vanuit een buiten Nederland gelegen bijkantoor zijn bedrijf gaat uitoefenen, (13) molestverbod en toegelaten uitzonderingen (art. 3:38) - van toepassing op een schadeverzekeraar met zetel in Nederland, (14) AMvB's inzake voorwaarden overeenkomsten (art. 3:38b) - van toepassing op de entiteiten voor risicoacceptatie en (15) maximale hoeveelheid aangetrokken opvorderbare gelden en een maximaal aantal leden (art. 3:38c) - van toepassing op een kredietunie met zetel in Nederland.

⁹⁰⁵ Hier gaat het om bepalingen betreffende: (1) uitoefenen van de werkzaamheden als bedoeld in bijlage I bij de richtlijn kapitaalvereisten (art. 3:39) - van toepassing op een bank met zetel in een andere lidstaat die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of middels van het verrichten van diensten naar Nederland haar bedrijf uitoefent, (2) toepassing van artikelen 3:29a, 3:29b, 3:29c en 3:34 (art. 3:39a) op betaaldienstverleners met zetel in een andere lidstaat en op elektronisch geldinstellingen met zetel in een andere lidstaat die vanuit een bijkantoor dan wel door middel van het verrichten van diensten in Nederland hun bedrijf uitoefenen, (3) vergunninghouders ingevolge art. 14 richtlijn Solvabiliteit II uit andere lidstaat (art. 3:40 lid 1) en geen vergunninghouders ingevolge art. 14 richtlijn Solvabiliteit II (art. 3:40 lid 2) - van toepassing op een levens- of schadeverzekeraar met een zetel in een andere lidstaat die zijn activiteiten uitoefent vanuit een bijkantoor in Nederland, (4) amvb's over ten uitvoer leggen van onderwerpen waarover DNB gegevens heeft ontvangen (art. 3:41) en (5) kennisgeving (art. 3:42) - van toepassing op een levens- of schadeverzekeraar (niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang) met zetel in een andere lidstaat.

⁹⁰⁶ Hier gaat het om regels betreffende: (1) toepassing van de artikelen 3:32, 3:36, 3:38 en 3:108a (art. 3:43) en liquidatie en toepassing art. 3:30, tweede t/m vierde lid (art. 3:44) - op een bank, levens- en schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is, die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor haar onderscheidenlijk zijn bedrijf uitoefent, (2) voorwaarden voor aanvraag uitbreiding vergunning (art. 3:45) - van toepassing op een financiële onderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is en die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor haar bedrijf uitoefent, (3) voorwaarden aan geconsolideerd toezicht in het zetelland (art. 3:46) - van toepassing op een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is en die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor haar bedrijf uitoefent en die een dochteronderneming is van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is, (4) vertegenwoordiger en toepassing van de artikelen 3:8, met uitzondering van eerste lid, derde volzin en 3:9, met uitzondering van het eerste lid, derde volzin (art. 3:47) en te verstrekken gegevens aan DNB (art. 3:48) - van toepassing op een levens- of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met een beperkte risico-omvang met zetel in een staat die geen lidstaat is en die voornemens is om vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor zijn bedrijf uit te oefenen.

⁹⁰⁷ Hier gaat het om regels betreffende: (1) toepassing van art. 3:39 (art. 3:49) - van toepassing op afwikkelondernemingen, clearinginstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, herverzekeraars, verzekeraars met beperkte risico-omvang en bepaalde wisselinstellingen (die gegevens hebben verstrekt ingevolge de artikelen 2:3.0i, eerste lid, 2:3.0i, eerste lid, 2:3.0m, eerste lid, 2:7, tweede lid, 2:9, eerste lid, 2:26f, tweede lid, 2:51, tweede lid, 2:53, eerste lid, 2:54 e, tweede lid, 2:54f, tweede lid en 2:54m, tweede lid Wft), (2) toepassing van artikelen 3:44 en 3:47 (art. 3:50) - op entiteiten voor risico-acceptatie, herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat, respectievelijk op verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel buiten Nederland, (3) verbod uitoefening bedrijf zonder vergunning (art. 3:51) - van toepassing op verzekeraar met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat, (4) informatieplicht aan DNB (art. 3:52) - van toepassing op een verzekeraar met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die door middel van het verrichten van diensten naar Nederland zijn bedrijf uitoefent.

verzekeraar uitgedrukt in het minimumkapitaalvereiste.⁹⁰⁹ Art. 3:54 bevat regels ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is. Hierin wordt art. 3:53, eerste, derde, vierde en zesde lid van toepassing verklaard voor verschillende financiële ondernemingen met zetel buiten Nederland.⁹¹⁰ Tevens wordt art. 3:53, tweede lid van toepassing verklaard op levens- en schadeverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is die hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoren.

De artikelen 3:55 t/m 3:56 zijn gericht tot financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat.⁹¹¹

Afdeling 3.3.6. (artikelen 3:57 t/m 3:62) bevat bepalingen betreffende solvabiliteit en financiële positie van de financiële ondernemingen en is als volgt onderverdeeld:

- art. 3:57-3:57a Wft- regels van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland⁹¹²;
- art. 3:58 t/m 3:60- regels voor financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is;⁹¹³
- art. 3:61-3:62 - regels betreffende financiële ondernemingen met zetel in een niet- aangewezen staat.⁹¹⁴

Afdeling 3.3.6a (art. 3:62a-3:62b) bevat regels over de kapitaalbuffers.⁹¹⁵

⁹⁰⁸ Dit artikel heeft betrekking op de volgende financiële ondernemingen: een bank, een beheerder van icbe, een beleggingsonderneming die beleggingsdiensten verleent of beleggingsactiviteiten verricht in Nederland, een betaalinstantie, een bewaarder, een clearinginstelling, elektronischegeldinstelling, kredietunie, pensioenbewaarder, premiepensioeninstelling, een beheerder van een beleggingsinstelling of een verzekeraar.

⁹⁰⁹ Naast het minimumkapitaalvereiste dient de verzekeraar over financiële middelen tot dekking van de kosten voor de inrichting van de administratie en van het productienet te beschikken.

⁹¹⁰ Hier gaat het om beleggingsondernemingen, banken, levens- en schadeverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is en die hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoren, en om bewaarders met zetel in een staat die geen lidstaat is, die zijn verbonden aan een door een Nederlandse beheerder beheerde niet-Europese beleggingsinstelling (hiervoor geldt ook art. 3:53, vijfde lid).

⁹¹¹ Hierin is bepaald dat: (1) art. 3:53, eerste, derde, vierde en zesde lid (art. 3:55) - van toepassing op clearinginstellingen en verzekeraars met een beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren, (2) art. 3:53, tweede lid (art. 3:56) - van toepassing op verzekeraars met een beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren en (3) art. 3:53 eerste t/m vierde lid (art. 3:55) - van toepassing op herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren. Ten aanzien van deze herverzekeraars worden bij of krachtens AMvB's regels gesteld betreffende het minimumkapitaalvereiste.

⁹¹² In art. 3:57, eerste lid zijn de financiële ondernemingen met zetel in Nederland opgenomen die over voldoende solvabiliteit dienen te beschikken (d.w.z. afwikkelondernemingen die werkzaamheden verrichten, gericht op salderen, banken, beheerders van beleggingsinstellingen, beheerders van icbe's, beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten en beleggingsondernemingen waarop artikel 95, tweede lid, van die verordening van toepassing is, die beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten in Nederland, betaal-, clearing- en elektronischegeldinstellingen, kredietunies, premiepensioeninstellingen en verzekeraars). In lid 3 wordt de aan te houden solvabiliteit van een beheerder, beleggingsonderneming, betaal-, clearing- en elektronischegeldinstelling, kredietunie, premiepensioeninstelling of bank uitgedrukt in een minimaal aan te houden toetsingsvermogen en die van de verzekeraar in solvabiliteitskapitaalvereiste. In lid 4 en art. 3:57a zijn eisen gesteld aan de verzekeraar die constateert dat niet meer wordt voldaan aan het solvabiliteitskapitaalvereiste. Overige financiële ondernemingen, die over voldoende solvabiliteit dienen te beschikken, dienen DNB ook te informeren indien ze voorzien of redelijkerwijze kunnen voorzien dat niet wordt voldaan aan de solvabiliteitseis. In het zesde lid van art 3:57 is bepaald dat DNB aan een beleggingsonderneming, clearinginstelling, kredietunie, premiepensioeninstelling of bank onder voorwaarden ontheffing mag te verlenen van de bepalingen uit het eerste, tweede of zesde lid van art. 3:57.

⁹¹³ Art. 3:57 wordt van toepassing verklaard (art. 3:58 en art: 3:59)- op beleggingsondernemingen, banken, levens- en schadeverzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is en die hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of door middel van het verrichten van diensten naar Nederland vanuit een vestiging in een staat die geen lidstaat is. In art. 3:60 is een ontheffingsbevoegdheid (met als doel om het solvabiliteitskapitaalvereiste vast te stellen volgens de terzake geldende voorschriften in de lidstaat van waaruit het toezicht op het solvabiliteitskapitaalvereiste van het bijkantoor wordt uitgeoefend) onder voorwaarden opgenomen ten aanzien van een levens- of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is die zijn bedrijf uitoefent of wil uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor en vanuit een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor van het bij of krachtens de artikelen 3:54, eerste en derde lid en 3:59 bepaalde regels.

⁹¹⁴ Middels art. 3:61 en art. 3:62 wordt art. 3:57 ook van toepassing verklaard op afwikkelondernemingen, clearinginstellingen, herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen vanuit in Nederland gelegen bijkantoren of door middel van het verrichten van diensten naar Nederland vanuit een vestiging in een niet-aangewezen staat.

⁹¹⁵ Ingevolge art. 3:62a lid 2 Wft gaat het hier om de minimaal vereiste omvang van de kapitaalbuffer, vermeerderd met opslagen in verband met risico's die voortvloeien uit een kredietcyclus, het risico dat de financiële onderneming vormt voor de stabiliteit van het

Afdeling 3.3.6b bevat art. 3:62c en houdt een reclameverbod in inzake desysteemrelevantiestatus.⁹¹⁶

Afdeling 3.3.7 (art. 3:63 t/m 3:65) bevat bepalingen betreffende liquiditeit⁹¹⁷, waarbij de hoofdregel opgenomen in art. 3:63 van toepassing is verklaard op financiële ondernemingen met zetel in Nederland⁹¹⁸, op banken met zetel in andere lidstaat (3:64) en op banken en op beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten, die beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten in Nederland, hun zetel hebben in een staat die geen lidstaat is en hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor (3:65).

Afdeling 3.3.7a (art. 3:66) bevat tijdelijke maatregelen bij een verhoogd risico in het financieel stelsel ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Hier is ook de bevoegdheid van DNB opgenomen om in overleg met de minister van Financiën tijdelijke regels (voor een duur van ten hoogste twee jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met telkens een jaar) te stellen als bedoeld in het tweede lid van art. 458⁹¹⁹ van de verordening kapitaalvereisten.

Afdeling 3.3.8 (art. 3:67 t/m 3:69) bevat bepalingen betreffende technische voorzieningen. In deze afdeling zijn bepalingen opgenomen betreffende:

- verzekeraars met zetel in Nederland⁹²⁰ (art. 3:67)⁹²¹;

financiële stelsel of risico's die voortvloeien uit niet-cyclische langetermijnsysteemrisico's of niet-cyclische macroprudentiële langetermijnrisico's. Ingevolge art. 3:62a zijn regels inzake aanwezigheid kapitaalbuffers en ingevolge art. 3:62b) verbod uitkering die leidt tot onvoldoende kapitaalbuffers van toepassing op een bank of een beleggingsonderneming met zetel in Nederland.

⁹¹⁶ Dit verbod is van toepassing op voor een bank of beleggingsonderneming met zetel in Nederland en op een bank en op een beleggingsonderneming met zetel buiten Nederland die haar bedrijf uitoefent vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of door middel van dienstverrichting naar Nederland.

⁹¹⁷ De liquiditeit van de onderneming laat zien wat de mate is waarin de onderneming in staat is om aan haar direct (op korte termijn) opeisbare verplichtingen te kunnen voldoen. Dus in hoeverre men bijvoorbeeld de kortlopende schulden kan betalen zonder daarvoor nieuwe financiële bronnen aan moeten te boren.

⁹¹⁸ Hier gaat het om de banken, beleggingsinstellingen met hefboomfinanciering, beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten die beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten in Nederland, clearinginstellingen, icbe's, kredietunies.

⁹¹⁹ Art. 458, lid 2 van de verordening kapitaalvereisten luidt als volgt: *“Indien de overeenkomstig lid 1 bepaalde autoriteit veranderingen constateert in de intensiteit van macroprudentieel of systeemrisico in het financiële stelsel met mogelijke ernstige gevolgen voor het financiële stelsel en de reële economie in een welbepaalde lidstaat, die naar het oordeel van die autoriteit beter met strengere nationale maatregelen kunnen worden ondervangen, stelt zij het Europees Parlement, de Raad, de Commissie, het ESRB en de EBA daarvan in kennis, onder overlegging van relevante kwantitatieve of kwalitatieve aanwijzingen betreffende al het volgende:*

a) de veranderingen in de intensiteit van macroprudentieel of systeemrisico;

b) de redenen waarom die veranderingen de financiële stabiliteit op nationaal niveau in gevaar kunnen brengen;

c) de redenen waarom het geconstateerde macroprudentiële of systeemrisico niet adequaat met de artikelen 124 en 164 van deze verordening en de artikelen 101, 103, 104, 105, 133 en 136 van Richtlijn 2013/36/EU kan worden ondervangen, de relatieve effectiviteit van die maatregelen in aanmerking genomen;

d) de ontwerpen van nationale maatregelen die tot doel hebben om voor instellingen waaraan in eigen land een vergunning is verleend, of subgroepen van die instellingen, de veranderingen in de intensiteit van het risico te mitigeren en die betrekking hebben op:

i) het niveau van het eigen vermogen vastgelegd in artikel 92;

ii) de vereisten voor grote risicoblootstellingen vastgelegd in artikel 392 en in de artikelen 395 tot en met 403;

iii) de openbaarmakingsvereisten vastgelegd in de artikelen 431 tot en met 455;

iv) het niveau van de kapitaalinstandhoudingsbuffer neergelegd in artikel 129 van Richtlijn 2013/36/EU;

v) de liquiditeitsvereisten neergelegd in deel 6;

vi) risicogewichten gericht tegen zeepbellen in activa in de sector niet-zakelijk en zakelijk onroerend goed; of

vii) blootstellingen binnen de financiële sector;

e) een uiteenzetting van de redenen waarom de ontwerpmaatregelen door de overeenkomstig lid 1 aangewezen autoriteit geschikt, doeltreffend en evenredig voor het ondervangen van de dreiging worden geacht; en

f) een beoordeling van het vermoedelijke positieve of negatieve effect van de ontwerpmaatregelen op de interne markt op grond van informatie waarover de betrokken lidstaat beschikt.”

⁹²⁰ Een verzekeraar met zetel in Nederland houdt technische voorzieningen aan voor al zijn verzekeringsverplichtingen. De waarde van deze technische voorzieningen stemt overeen met het bedrag dat een verzekeraar zou moeten betalen indien hij zijn verzekeringsverplichtingen met onmiddellijke ingang aan een andere verzekeraar zou overdragen.

⁹²¹ Ingevolge art. 3:67 houdt een verzekeraar met zetel in Nederland technische voorzieningen aan voor al zijn verzekeringsverplichtingen. DNB kan op aanvraag geheel of gedeeltelijk ontheffing verlenen van de op grond van art. 3:67 vijfde lid gestelde regels en tevens kan een verzekeraar verplichten de technische voorzieningen zodanig te verhogen, dat wel voldaan wordt aan de gestelde regels.

- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is (art. 3:68)⁹²²;
- herverzekeraars en verzekeraars met beperkt risico omvang met een zetel in een niet-aangewezen staat (art. 3:68a en art. 3:69)⁹²³.

Afdeling 3.3.9 (art. 3:69a t/m 3:87b) houdt bepalingen in betreffende waardering, boekhouding en rapportage. In deze afdeling zijn bepalingen opgenomen betreffende:

- financiële ondernemingen met zetel in Nederland (art. 3:69a t/m 3:74c);
- financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat (3:75 t/m 3:78);⁹²⁴
- financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat (3:84 t/m 3:87a).⁹²⁵

Hieronder worden de bepalingen uit de artikelen 3:69a t/m 3:74c, van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland, toegelicht. Ingevolge art. 3:69a waardeert een verzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in Nederland de activa en passiva als volgt:

⁹²² Ingevolge art. 3:68 dienen levens- of schadeverzekeraar, met zetel in een staat die geen lidstaat, technische voorzieningen aan te houden voor zijn vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor aangegane verplichtingen uit hoofde van een levens- of een schadeverzekeringsovereenkomst. Verder zijn regels gesteld inzake deze technische voorzieningen.

⁹²³ Ingevolge art. 3:68a houdt een herverzekeraar met zetel in een niet-aangewezen staat technische voorzieningen aan voor al zijn vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor aangegane verplichtingen uit herverzekeringen. DNB kan onder voorwaarden ontheffing verlenen van deze eisen. Ingevolge artikel 3:69 houdt een verzekeraar met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat technische voorzieningen betreffende de vanuit in Nederland gelegen bijkantoor aangegane verplichtingen uit natura-uitvaartverzekeringen. Deze technische voorzieningen worden volledig door waarden gedekt. Op deze verzekeraars is art. 3:67, vijfde en zesde lid van overeenkomstige toepassing verklaard.

⁹²⁴ Ingevolge art. 3:75 voert de bank waarop dit artikel betrekking heeft, een afzonderlijke boekhouding met betrekking tot het in Nederland gelegen bijkantoor en verstrekt ingevolge art. 3:76 binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening, de geconsolideerde jaarrekening en het bestuursverslag aan DNB en indien DNB daar om verzoekt (art. 3:77) de in art. 3:72, eerste lid bedoelde staten. Ingevolge art. 3:78 verstrekt een levens- of schadeverzekeraar waarop dit artikel betrekking heeft binnen zes maanden na afloop van het boekjaar een opgave met betrekking tot de vanuit de bijkantoren of uit hoofde van verrichten van diensten naar Nederland gesloten levens- of schadeverzekeringen aan DNB. Bij of krachtens AMvB's kunnen nadere regels worden gesteld betreffende de inhoud en de modellen van de opgaven en de wijze van de verstrekking.

⁹²⁵ Ingevolge art. 3:79 en 3:80 worden de 3:69a en 3:70 van toepassing verklaard op levens- en schadeverzekeraars respectievelijk op de banken met zetel in een niet-aangewezen staat, maar met bedrijf vanuit in Nederland gelegen bijkantoor. Deze financiële ondernemingen dienen binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening, de geconsolideerde jaarrekening en het bestuursverslag te verstrekken aan DNB (art. 3:81) en ten aanzien van de levens- en schadeverzekeraars geldt een bewaarplicht van de in art. 3:75 bedoelde boekhouding ter plaatse van het bijkantoor. Ingevolge art. 3:82 is art. 3:72, eerste lid en vijfde t/m achtste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op beleggingsondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is en die beleggingsactiviteiten verlenen of verrichten in Nederland en in Nederland gelegen bijkantoren van banken met zetel in een staat die geen lidstaat is. Artikel 3:72, negende lid, is ook van overeenkomstige toepassing op in Nederland gelegen bijkantoren van banken met zetel in een staat die geen lidstaat is. Art. 3:72, eerste lid en vijfde t/m achtste lid is tevens van overeenkomstige toepassing verklaard op in Nederland gelegen bijkantoren van levensverzekeraars of schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is. Op deze ondernemingen wordt verder, ingevolge art. 3:82a, ook art. 3:73c van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 3:72, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing op in Nederland gelegen bijkantoren van de voormelde levensverzekeraars. Ingevolge art. 3:83 dienen de levens- of schadeverzekeraars waarop het artikel betrekking heeft, binnen zes maanden na afloop van het boekjaar aan DNB een opgave te verstrekken met betrekking tot de vanuit de in Nederland gelegen bijkantoren gesloten levens- en schadeverzekeringen uit hoofde van het verrichten van diensten naar andere lidstaten. Hier is art. 3:74, vierde lid ook van toepassing als ook art. 3:78 indien deze levens- en schadeverzekeraars diensten verrichten naar Nederland. Ingevolge art. 3:83a geldt het bepaalde in art. 3:74a en deel 8 van de verordening kapitaalvereisten inzake openbaarmaking van informatie ook ten aanzien van een bank of een beleggingsonderneming in de zin van de voornoemde verordening, die haar zetel heeft in een staat die geen lidstaat is en haar bedrijf uitoefent vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Ingevolge art. 3:84 zijn de artikelen 3:69a en 3:70 van overeenkomstige toepassing op de herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang van deze categorie, indien zij hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Ingevolge art. 3:84a zijn de artikelen 3:71, 3:72, 3:73a en 3:73b van toepassing op clearingsinstellingen, herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang indien zij hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor en op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Op de voornoemde clearingsinstellingen herverzekeraars en verzekeraars zijn verder, ingevolge art. 3:85, ook de artikelen 3:75 en 3:81 van overeenkomstige toepassing. Ingevolge art. 3:86 is art. 3:72, eerste lid en vijfde t/m achtste lid van toepassing op in Nederland gelegen bijkantoren van clearingsinstellingen met een zetel in een niet-aangewezen staat. Verder is art. 3:72, derde t/m zesde en achtste lid van overeenkomstige toepassing verklaard op in Nederland gelegen bijkantoren van entiteiten voor risico-acceptatie, herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat. Op de in Nederland gelegen bijkantoren van de voornoemde verzekeraars en herverzekeraars is ingevolge art. 3:86a ook art. 3:73c van toepassing. In art. 3:87 is bepaald dat een verzekeraar met een beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat die zijn bedrijf door middel van het verrichten van diensten naar Nederland uitoefent, binnen zes maanden na afloop van het boekjaar aan DNB en opgave verstrekt betreffende de gesloten levensverzekeringen, natura-uitvaartverzekeringen dan wel schadeverzekeringen uit hoofde van het verrichten van diensten naar Nederland. Ten slotte stelt art. 3:87a dat de artikelen 3:71 en 3:74b derde lid ook van toepassing zijn op wisselinstellingen met zetel in een niet aangewezen staat die hun bedrijf vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor uitoefenen.

- a) activa worden gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor ze kunnen worden verhandeld;
- b) passiva worden gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor ze kunnen worden overgedragen of afgewikkeld⁹²⁶.

Ingevolge art. 3:70 loopt het boekjaar van een entiteit voor risico-acceptatie of verzekeraar gelijk met het kalenderjaar.⁹²⁷ De in art. 3:71 opgesomde ondernemingen⁹²⁸ verstrekken aan DNB⁹²⁹ binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening, het bestuursverslag en overige gegevens zoals bedoeld in Boek 2 BW.⁹³⁰ Ingevolge art. 3:72 verstrekken de in dit artikel genoemde financiële ondernemingen⁹³¹ periodiek staten aan DNB, al dan niet op geconsolideerde basis.⁹³²

De staten, die verstrekt worden door een afwikkelonderneming, een bank, beheerder, clearinginstelling, premiepensioeninstelling of verzekeraar, worden periodiek voorzien van een verklaring omtrent de getrouwheid, afgegeven door een accountant.⁹³³ DNB maakt ingevolge art. 3:72 lid 9 periodiek de voornaamste geaggregeerde gegevens van de onder de toepassing van dit artikel vallende banken publiek.⁹³⁴

Ingevolge art. 3:73 legt een verzekeraar met beperkte risico-omvang aan ieder de jaarrekening en bestuursverslag op al zijn kantoren in Nederland ter inzage tot achttien maanden na afloop van het boekjaar en verstrekt deze op verzoek aan een ieder tot het verstrijken van de voornoemde termijn.

Ingevolge art. 3:73a en art. 3:73b worden de afwikkelondernemingen verplicht om gebeurtenissen of omstandigheden, die het uitoefenen van hun bedrijf bedreigen, aan DNB te melden en verder over de continuïteit van het verlenen van haar diensten zorgen. DNB informeert AFM hierover.⁹³⁵

Ingevolge art. 3:73c maakt een verzekeraar een jaarlijks rapport openbaar over zijn solvabiliteit en financiële positie.⁹³⁶ Ingevolge art. 3:74 verstrekt een levens- of schadeverzekeraar binnen zes maanden na afloop van het boekjaar een opgave aan DNB betreffende de vanuit Nederland of andere lidstaten gelegen vestigingen gesloten verzekeringen, onder aparte vermelding van het uit hoofde van het verrichten van diensten naar andere lidstaten gesloten verzekeringen.

Deze gegevens worden door DNB per lidstaat in geaggregeerde vorm verstrekt aan de toezichthoudende instantie van die lidstaat indien deze daarom verzoekt.

Ingevolge art. 3:74a kan DNB een bank of beleggingsonderneming opdragen om de informatie als bedoeld in deel 8 van de verordening kapitaalvereisten, met een hogere frequentie dan eens per jaar te publiceren en tevens de wijze van publicatie voor te schrijven. DNB kan een moederonderneming met zetel in Nederland, die aan het hoofd staat van een groep waartoe de voornoemde bank of een beleggingsonderneming behoort, opdragen om, overeenkomstig het bepaalde in artikel 106, tweede lid, van de richtlijn kapitaalvereisten, een beschrijving te publiceren van de juridische structuur en de governance- en organisatiestructuur van de groep.⁹³⁷

Ingevolge art. 3:74b dient een betaal- of elektronischgeldinstelling, die naast het verlenen van betaaldiensten tevens andere werkzaamheden verricht, afzonderlijke boekhouding ten aanzien de betaaldiensten te voeren. Een afzonderlijk boekhouding dient tevens ten aanzien van de uitgifte van het elektronisch geld gevoerd te worden door een elektronischgeldinstelling, die naast uitgifte van elektronisch geld ook andere werk-

⁹²⁶ Bij de waardering van de passiva wordt niet gecorrigeerd voor de eigen kredietwaardigheid van de verzekeraar.

⁹²⁷ DNB kan onder voorwaarden ontheffing verlenen aan deze eis.

⁹²⁸ Hier gaat het om: afwikkelondernemingen, betaal-, clearing-, elektronischgeld-, premiepensioeninstellingen, banken, kredietunies, pensioenbewaarders, verzekeraars of wisselinstellingen met zetel in Nederland.

⁹²⁹ DNB kan onder voorwaarden ontheffing verlenen aan deze eis.

⁹³⁰ Zie hiervoor artikelen 361, eerste lid, 391, eerste lid en 392, eerste lid, onderdelen a t/m h, van Boek 2 van het BW.

⁹³¹ Hier gaat het om: afwikkelondernemingen, banken, beheerders van icbe, beleggingsondernemingen, clearings-, elektronischgeldinstellingen, kredietunies, entiteiten voor risico-acceptatie of verzekeraars.

⁹³² Hierbij geldt dat indien een levens- of natura-uitvaartverzekeraar een nieuw type levens- of natura-uitvaartverzekering heeft gesloten, hij bij de staten een opgave van de technische grondslagen voegt voor de berekening van het desbetreffende tarief en van de desbetreffende technische voorzieningen. Eveneens dient bij de staten door deze verzekeraar een opgave van de wijzigingen in de technische grondslagen worden toegevoegd. DNB heeft de bevoegdheid om hiervan af te wijken.

⁹³³ DNB kan onder voorwaarden ontheffing verlenen aan deze eis.

⁹³⁴ De publicatie door DNB van de geaggregeerde gegevens verstrekt middels de staten is ingevolge dit artikel beperkt tot de gegevens van de banken. DNB publiceert ingevolge art. 31 lid 2 sub c van richtlijn Solvabiliteit II en annex XXI van de Gedelegeerde verordening ook geaggregeerde gegevens ten aanzien van verzekeraars.

⁹³⁵ Bij of krachtens AMvB's kunnen aanvullende regels worden gesteld.

⁹³⁶ Bij of krachtens AMvB's kunnen aanvullende regels worden gesteld.

⁹³⁷ Bij of krachtens AMvB's kunnen nadere regels worden gesteld betreffende de publicatieplicht.

zaamheden verricht, en ten aanzien van de wisseltransacties van een wisselinstelling met zetel in Nederland die ook andere werkzaamheden verricht.

Ingevolge art. 3:74c verstrekt een Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling aan DNB gegevens met betrekking tot:

- de wijze waarop de beheerder beleggingsinstellingen beheert;
- de beleggingsinstellingen die hij beheert;
- de beleggingen van de beleggingsinstellingen;
- en de markten waarop de beleggingsinstellingen actief zijn.

Afdeling 3.3.10 (art. 3:88 t/m 3:94) houdt bepalingen in betreffende de meldingsplichten van de accountant en de actuaris. In deze afdeling zijn de bepalingen opgenomen die gelden voor:

- financiële ondernemingen met zetel in Nederland (art. 3:88);⁹³⁸
- financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat (3:90);⁹³⁹
- financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is (3:91);⁹⁴⁰
- financiële ondernemingen met zetel buiten Nederland (3:93).⁹⁴¹

Afdeling 3.3.11 (art. 3:95 t/m 3:109) houdt bepalingen in betreffende de gekwalificeerde deelnemingen⁹⁴² in en door de financiële ondernemingen. Deze afdeling bevat bepalingen van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in Nederland (art. 3:95-3:108a).⁹⁴³

Ook in deze afdeling zijn regels opgenomen van toepassing op banken met zetel in een staat die geen lidstaat is (3:109).⁹⁴⁴

⁹³⁸ In art. 3:88 worden eisen gesteld aan de accountant die onderzoek doet naar de jaarrekening, dan wel naar de staten van de financiële instellingen die hiertoe verplicht zijn (d.w.z. een afwikkelonderneming, beheerder van een icbe, een beleggingsonderneming, een betaalinstanting, een clearingsinstelling, een elektronischgeldinstelling, kredietunie, een icbe of verzekeraar).

⁹³⁹ De in art. 3:88 opgenomen eis is ingevolge art. 3:90 ook van toepassing op accountants die het onderzoek uitvoeren van de staten van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank met zetel in een andere lidstaat.

⁹⁴⁰ De in art. 3:88 opgenomen eis is ingevolge art. 3:91 ook van toepassing op de accountants of andere bevoegde deskundigen betrokken bij het onderzoek van de staten van een in Nederland gelegen bijkantoor van een beleggingsonderneming, bank, levens- of schadeverzekeraar, met zetel in een staat die geen lidstaat is of van een beleggingsonderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is die diensten verricht naar Nederland.

⁹⁴¹ Art. 3:88 is (ingevolge art. 3:93) ook van toepassing op accountants en andere bevoegde deskundigen die onderzoek uitvoeren naar de staten van een in Nederland gelegen bijkantoor van een afwikkelonderneming, clearinginstelling, herverzekeraar of verzekeraar met beperkte risico-omvang en met zetel in een niet-aangewezen staat.

⁹⁴² Ingevolge art. 1:1 Wft wordt onder een *gekwalficeerde deelneming verstaan*: een rechtstreeks of middellijk belang van ten minste tien procent van het geplaatste kapitaal van een onderneming of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van ten minste tien procent van de stemrechten in een onderneming, of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van een daarmee vergelijkbare zeggenschap in een onderneming, waarbij bij het bepalen van het aantal stemrechten dat iemand in een onderneming heeft, tot diens stemrechten mede worden gerekend de stemmen waarover hij beschikt of geacht wordt te beschikken op grond van artikel 5:45.

⁹⁴³ In art. 3:95 is een verbodsbepaling opgenomen ten aanzien van het houden, verwerven van een gekwalificeerde deelneming, dan wel enige zeggenschap verbonden aan een gekwalificeerde onderneming uit te oefenen zonder een verklaring van geen bezwaar (vvgb) van DNB of, ten aanzien van banken die van de ECB in een afwikkelonderneming, bank, beheerder van icbe, beleggingsonderneming, entiteit voor risicoacceptatie, premiepensioeninstelling of verzekeraar met zetel in Nederland. De regels ten aanzien van de aanvraag van een vvgb zijn te vinden in art. 3:95. In art. 3:96 is een verbodsbepaling ten aanzien van het verwerven of vergroten van gekwalificeerde deelnemingen zonder een vvgb van DNB. In art. 3:97 is een verbodsbepaling opgenomen ten aanzien van een verzekeraar om zonder een vvgb van DNB zijn eigen vermogen door terugbetaling van kapitaal of uitkering van reserves te verminderen dan wel een dividenduitkering te doen, indien de verzekeraar ten tijde van deze terugbetaling dan wel uitkering niet voldoet aan het solvabiliteitskapitaalvereiste of zou kunnen worden voorzien dat hij in de twaalf volgende maanden niet meer aan dat vereiste kan voldoen. In art. 3:98 zijn een aantal situaties opgesomd die tot gevolg hebben dat art. 3:95, eerste lid, aanhef en onderdeel c, geen toepassing vinden. In art. 3:99 houdt regels in ten aanzien van de betrouwbaarheid van een houder van de vvgb. In art. 3:100 respectievelijk 3:101 zijn de voorwaarden opgenomen voor het verlenen van een vvgb door DNB of ECB, respectievelijk de voorwaarden voor het verlenen van vvgb door DNB als bedoeld in art. 3:96, eerste lid of 3:97, eerste lid. In art. 3:102 is bepaald dat met een vvgb het vergroten van de gekwalificeerde deelneming met een bovengrens van 20, 33, 50 of 100% mogelijk is, waarbij geldt dat voor het vergroten van de gekwalificeerde deelneming in een entiteit voor risico-acceptatie geen toestemming nodig is. In de art. 3:103 t/m 3:105 zijn aanvullende regels ten aanzien van vvgb's en bevoegdheden van DNB opgenomen. Ingevolge art. 3:108 gelden de artikelen 3:95 en 3:103 onder bepaalde voorwaarden niet voor de gekwalificeerde deelnemingen die beleggingsondernemingen of banken houden als gevolg van het verlenen van een beleggingsdienst. Ten slotte zijn in art. 3:108a de informatieplichten ten behoeve van DNB opgenomen.

10.3.2. Hoofdstuk 3.4 Wft

Hoofdstuk 3.4 (art. 3:110- 3:111) bevat regels met betrekking tot bepaalde financiële ondernemingen met zetel in Nederland werkzaam op de financiële markt. Ingevolge art. 3:110 kan een dergelijke financiële instelling, die dochtermaatschappij is van een of meer banken, en die voornemens is haar bedrijf uit te oefenen vanuit een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor of door middel van het verrichten van diensten naar een andere lidstaat, een verklaring van ondertoezichtstelling verkrijgen van DNB. Dit artikel bepaalt verder hoe de voornoemde aanvraag wordt ingediend en op basis van welke regels en onder welke voorwaarden DNB de aanvraag zal behandelen.

Art. 3:111 bevat bepalingen betreffende het regime voor banken aangesloten bij een centrale kredietinstelling. Conform dit artikel kan bij ministeriële regeling een groep banken, die blijvend is aangesloten bij een centrale kredietinstelling, die controle uitoefent op de bedrijfsvoering, uitbesteding, solvabiliteit en liquiditeit van die banken, worden vrijgesteld van het toezicht door DNB op de naleving van in lid 1 opgesomde regels van de Wft en de op grond van artikel 10 van de verordening kapitaalvereiste geldende eisen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. De voornoemde centrale kredietinstelling oefent controle uit op de aangesloten banken krachtens haar statuten en de statuten van de aangesloten banken of krachtens een overeenkomst met de bij haar aangesloten banken.

In lid 3 van dit artikel zijn de onderwerpen opgesomd waarop de voormelde controle van de centrale kredietinstelling betrekking heeft.

10.3.3. Hoofdstuk 3.5 Wft

Hoofdstuk 3.5 (artikelen 3:111a- 3:267h) bevat bijzondere regels en maatregelen van toepassing op financiële ondernemingen werkzaam op de financiële markten.

Afdeling 3.5.1 (artikelen 3:111a- 3:111b) bevat bijzondere maatregelen betreffende banken, beleggingsondernemingen, betaalinstellingen en elektronisch geldinstellingen die DNB kan treffen.⁹⁴⁵ In art. 3:111a gaat het om een bank met zetel in Nederland, die beleggingsdiensten verleent of verricht in Nederland en niet voldoet aan de in Wft en de verordening kapitaalvereisten gestelde eisen betreffende de inrichting van de bedrijfsvoering, solvabiliteit of de liquiditeit. Ingevolge art. 3:111b stelt een betaal- of een elektronisch-geldinstelling met zetel in Nederland DNB in kennis over een voornemen om betaaldiensten te verlenen door tussenkomst van een betaaldienstagent.

Afdeling 3.5.1a (art. 3:111c- 3:131b) bevat regels betreffende portefeuilleoverdracht. Ingevolge art. 3:111c kan een levens-, natura-uitvaart- of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, zijn rechten en verplichtingen uit verzekering uitsluitend overdragen aan een andere verzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang. DNB kan echter toestaan dat de rechten en verplichtingen uit verzekering worden overgedragen aan een verzekeraar met beperkte risico-omvang, die onder prudentieel toezicht staat. Verder bevat deze afdeling regels betreffende:

- verzekeraars met zetel in Nederland⁹⁴⁶;

⁹⁴⁴ Ten aanzien van deze banken is ingevolge art. 3:109 bepaald dat de artikelen 3:96, 3:99, 3:101, 3:102, eerste en derde lid, 3:104, eerste lid, 3:105, tweede, derde, vierde en zesde lid ook van toepassing zijn op hun in Nederland gelegen bijkantoren die over een vergunning als bedoeld in art. 2:20 Wft beschikken.

⁹⁴⁵ Deze maatregelen kunnen ook getroffen worden indien er tekenen zijn van een ontwikkeling die het voldoen aan de voormelde eisen in gevaar kan brengen, dan wel indien een bank of beleggingsonderneming niet voldoet aan het bepaalde ingevolge art. 3:62b, tweede lid Wft.

⁹⁴⁶ Ingevolge art. 3:112 heeft een levensverzekeraar die rechten en verplichtingen uit levensverzekering wil overdragen, toestemming van DNB. DNB stemt slechts in met de overdracht indien de betrokken toezichthoudende instanties ook hun instemming verlenen. In afwijking op de hoofdregel uit lid 1 is in lid 3 van dit artikel bepaald dat geen instemming nodig is van DNB indien sprake is van overdracht van rechten en verplichtingen van een levensverzekeraar uit een individuele levensverzekering op verzoek van de verzekeringnemer. Ingevolge art. 3:113 heeft een natura-uitvaartverzekeraar die rechten en verplichtingen uit levensverzekering wil overdragen toestemming van DNB. DNB stemt enkel met de overdracht in indien de betrokken toezichthoudende instanties ook hun instemming verlenen. In afwijking op de hoofdregel uit lid 1 is in lid 4 van dit artikel bepaald dat geen instemming nodig is van DNB indien sprake is van overdracht van rechten en verplichtingen van een natura-uitvaartverzekeraar uit een individuele natura-uitvaartverzekering op verzoek van de verzekeringnemer. Ingevolge art. 3:114 en art. 3:114a kan een schadeverzekeraar respectievelijk herverzekeraar die rechten en verplichtingen krachtens schadeverzekering respectievelijk herverzekering wil overdragen de overdracht met de instemming van DNB doen plaatsvinden. DNB stemt enkel met de overdracht in indien de betrokken toezichthoudende instanties ook hun instemming verlenen. Ingevolge art. 3:115 is bepaald dat met een overdracht van de rechten en verplichtingen uit alle levens-, natura-uitvaartverzekeringen, krachtens alle

- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een andere lidstaat;⁹⁴⁷
- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is;⁹⁴⁸
- verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat⁹⁴⁹.

Afdeling 3.5.2 (art. 3:132- 3:134) bevat regels betreffende kapitaalopslag. Deze regels hebben betrekking op:

schadeverzekeringen of uit alle herverzekeringen door verzekeraars met zetel in Nederland wordt de overgang van rechten en verplichtingen bij een fusie of bij een splitsing, wordt gelijkgesteld. In dit artikel worden de op de overgang toepasselijke regels met betrekking tot een levens-, natura-uitvaart-, schade-, respectievelijk herverzekeraar opgesomd. Art. 3:116 bevat regels betreffende de aanvraag van instemming met een overdracht. Ingevolge art. 3:117 is een voorgenomen overdracht betrekking heeft op een levensverzekering, respectievelijk schadeverzekering gesloten vanuit een in een andere lidstaat gelegen bureau, en indien sprake is van een overdracht als bedoeld in art. 3:112, eerste lid, onderdeel c, respectievelijk art. 3:114, eerste lid onderdeel c, zal DNB de ontvangen gegevens voor advies voorleggen aan de toezichthoudende instantie van elke betrokken lidstaat. In art. 3:118 en 3:118a zijn de voorwaarden opgenomen voor de instemming van DNB met de voorgenomen overdracht. De artikelen 3:119 en 3:120 bevatten de regels inzake publicatie van de overdracht.

⁹⁴⁷ Indien de wetgeving in een andere lidstaat niet voorziet in een instemmingsprocedure voor een levens- of een schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, ten aanzien van de overdracht van rechten en verplichtingen van levens-/ schadeverzekeringen die vanuit een in Nederland gelegen bureau zijn gesloten aan een andere levens- of schadeverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is kan ingevolge art. 3:122 de overdracht met instemming van DNB plaatsvinden. Voor de instemming van DNB is de instemming van de toezichthoudende instantie van de lidstaat van de zetel van de overdragende verzekeraar nodig. Ingevolge art. 3:122a worden met een overdracht van rechten en verplichtingen de overgang van deze rechten en verplichtingen bij een fusie of splitsing gelijkgesteld. Ingevolge art. 3:123 is bepaald dat DNB op verzoek van een toezichthoudende instantie uit een andere lidstaat inzake een voorgenomen overdracht van rechten en verplichtingen uit levensverzekering of krachtens schadeverzekering binnen drie maanden na ontvangst van het verzoek haar advies of instemming verleent. Het artikel geeft aan wanneer DNB niet gaat instemmen met een dergelijk verzoek. Ingevolge art. 3:124 treedt de instemming, verleend door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat aan een levens- of schadeverzekeraar met zetel in die lidstaat met overdracht van rechten en verplichtingen uit een levensverzekering of krachtens een schadeverzekering in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een in Nederland gelegen bureau dan wel in het kader van het verrichten van diensten naar Nederland vanuit een vestiging in een andere lidstaat, in de plaats van de medewerking of de instemming van degenen die aan die levens- of schadeverzekeringen rechten kunnen ontleen. Art. 3:125 bevat publicatieplichten ten aanzien van een levensverzekeraar, waarbij art. 3:119 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

⁹⁴⁸ Ingevolge art. 3:126 behoeft een levensverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met een beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is voor overdracht van rechten en verplichtingen uit levensverzekeringen instemming van DNB. Voorzover het gaat om levensverzekeringen gesloten door middel van het verrichten van diensten naar een andere lidstaat, kan de levensverzekeraar rechten en verplichtingen onder de in de aanhef van het eerste lid gestelde voorwaarden tevens overdragen aan een andere levensverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een in die lidstaat gelegen bureau. Uitzondering op deze regel is de situatie dat levensverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is hun rechten en verplichtingen uit een individuele levensverzekering op schriftelijk verzoek van de verzekeringnemer overdragen. Ten slotte zijn de regels opgesomd die van toepassing zijn op de overdracht waarop de hoofdregel van toepassing is. In art. 3:127 is bepaald dat een schadeverzekeraar rechten en verplichtingen krachtens schadeverzekeringen kan overdragen met de instemming van DNB, zonder medewerking of instemming van de verzekeringnemers indien het de overdracht aan een andere schadeverzekeraar met zetel in een lidstaat in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een vestiging in een lidstaat betreft of de overdracht aan een andere schadeverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een in Nederland gelegen bureau. Hier zijn de regels opgesomd die van toepassing zijn op de overdracht waarop de hoofdregel van toepassing is. Verder zijn de regels opgesomd die van toepassing zijn op de overdracht waarop de hoofdregel van toepassing is. Ingevolge art. 3:127a worden met een overdracht van rechten en verplichtingen uit alle levensverzekeringen en krachtens alle schadeverzekeringen door levensverzekeraars, respectievelijk schadeverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is gelijkgesteld de overgang van deze rechten en verplichtingen bij een fusie of splitsing. In art. 3:128 zijn de voorwaarden opgenomen voor de instemming van DNB met de voorgenomen overdracht. Ingevolge art. 3:129 doet een levens- of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is, wanneer die rechten en verplichtingen uit levensverzekering respectievelijk krachtens schadeverzekering, door hem bij het verrichten van diensten naar Nederland gesloten, met instemming van de bevoegde toezichthoudende instantie aan een andere levensverzekeraar respectievelijk een andere schadeverzekeraar heeft overgedragen, van de overdracht in Nederland mededeling op door DNB bepaalde wijze en vraagt voorafgaande instemming van DNB ten aanden van de inhoud van deze mededeling.

⁹⁴⁹ In art. 3:130 zijn de regels opgenomen inzake de overdracht van rechten en verplichtingen door een levensverzekeraar met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat. Indien deze voorgenomen overdracht betrekking heeft op levensverzekeringen die vanuit een in Nederland gelegen bureau zijn gesloten, dan is hiertoe instemming van DNB nodig. In art. 3:131 en 3:131a zijn de regels opgenomen inzake de overdracht van rechten en verplichtingen door een natura-uitvaartverzekeraar met zetel in een niet-aangewezen staat respectievelijk door een schadeverzekeraar met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat. Indien deze voorgenomen overdracht betrekking heeft op natura-uitvaartverzekeringen die vanuit een in Nederland gelegen bureau zijn gesloten, respectievelijk rechten en verplichtingen uit schadeverzekeringen die vanuit een in Nederland gelegen bureau zijn gesloten, aan een andere schadeverzekeraar in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een vestiging in Nederland, dan is hiertoe instemming van DNB nodig. Ingevolge art. 3:131b worden met een overdracht van rechten en verplichtingen uit alle levens-, natura-uitvaartverzekeringen of krachtens alle schadeverzekeringen door levens-, natura-uitvaart-respectievelijk schadeverzekeraar met zetel in een niet aangewezen staat gelijkgesteld de overgang van deze rechten en verplichtingen bij een fusie of splitsing.

- verzekeraars met zetel in Nederland (art. 3:132);
- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is (art. 3:133);
- herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat (art. 3:134).

Ingevolge art. 3:132 kan DNB in uitzonderlijke omstandigheden een verzekeraar met zetel in Nederland een kapitaalopslag op het solvabiliteitskapitaalvereiste opleggen. Ingevolge art. 3:133 en art. 3:134 is art. 3:132 van overeenkomstige toepassing verklaard op levens- of schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is, respectievelijk op herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat.

Afdeling 3.5.3 (art. 3:135- 3:148) bevat bepalingen betreffende het herstelplan, het financieel kortetermijnplan en inzake beperking van de beschikkingsbevoegdheid. Deze regels hebben betrekking op:

- verzekeraars met zetel in Nederland (art. 3:135- 3:137);⁹⁵⁰
- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een andere lidstaat (3:140);⁹⁵¹
- levens- en schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is (art. 3:141- 3:144);⁹⁵²
- herverzekeraars met zetel in een niet-aangewezen staat en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat (art. 3:146- 3:148).⁹⁵³

Afdeling 3.5.4 (art. 3:149- 3:159) bevat bepalingen betreffende de opvangregeling voor levensverzekeraars. Deze bepalingen hebben betrekking op levensverzekeraars:

- met zetel in Nederland (art. 3:149- 3:158);⁹⁵⁴
- met zetel in een staat die geen lidstaat is (3:158a);⁹⁵⁵
- met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat (art. 3:159).⁹⁵⁶

⁹⁵⁰ In art. 3:135 zijn de eisen opgenomen die gelden voor een verzekeraar bij het niet voldoen aan het solvabiliteitskapitaalvereiste en aan deze eisen en situatie gerelateerde bevoegdheden van DNB. Art. 3:136 bevat de eisen aan de verzekeraar na constatering van niet voldoen aan het minimumkapitaalvereiste. Ingevolge art. 3:137 kan DNB de vrije beschikking door een verzekeraar over zijn door DNB aangewezen waarden, beperken of verbieden om hierover, zonder toestemming van DNB te beschikken indien sprake is van de situaties zoals opgesomd in lid 1, onder a t/m d of indien DNB de vergunning van de verzekeraar intrekt. Verder zijn in dit artikel voorwaarden en regels verbonden aan de bevoegdheid van DNB.

⁹⁵¹ Ingevolge art. 3:140 neemt DNB een besluit als bedoeld in art. 3:137, eerste lid indien de toezichthoudende instantie van een andere lidstaat waar de desbetreffende verzekeraar zijn zetel heeft hierom verzoekt. In dit artikel zijn ook de voorwaarden en regels verbonden aan de bevoegdheden van DNB opgenomen.

⁹⁵² Ingevolge art. 3:141 kan DNB de vrije beschikking door een verzekeraar over zijn door DNB aangewezen waarden, beperken of verbieden om hierover, zonder toestemming van DNB te beschikken indien de verzekeraar niet voldoet aan het ingevolge art. 3:68 bepaalde met betrekking tot de technische voorzieningen. Ingevolge art. 3:142 zijn de artikelen 3:135 en 3:136 van overeenkomstige toepassing op levens- en schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is. In art. 3:143 is bepaald dat de verzekeraar waarop dit artikel betrekking heeft, een opgave aan DNB dient te doen indien zijn solvabiliteit niet voldoet aan de wettelijke eisen indien een ontheffing is verleend ingevolge art. 3:60 Wft. In art. 3:144 zijn de bevoegdheden van DNB opgesomd voor het geval ten aanzien van de levens- of schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is, de uitzonderlijke omstandigheden van art. 3:135, eerste lid of 3:136, eerste lid zich voordoen.

⁹⁵³ Ingevolge art. 3:146 kan DNB de vrije beschikking door een (her)verzekeraar over zijn door DNB aangewezen waarden, beperken of verbieden om hierover, zonder toestemming van DNB te beschikken indien de (her)verzekeraar niet voldoet aan het ingevolge art. 3:68a respectievelijk 3:69 bepaalde met betrekking tot de technische voorzieningen. Ingevolge art. 3:147 zijn de artikelen 3:135, 3:136 en 3:137, eerste en zesde lid van overeenkomstige toepassing op herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat. Ingevolge art. 3:148 kan DNB de vrije beschikking door een (her)verzekeraar over zijn door DNB aangewezen waarden, beperken of verbieden om hierover, zonder toestemming van DNB te beschikken indien sprake is van de situaties zoals opgenomen in art. 3:135, eerste lid en 3:136, eerste lid Wft. Verder vindt art. 3:137, vijfde lid van overeenkomstige toepassing. DNB heft de voornoemde beperking of het verbod op indien de (her)verzekeraar voldoet aan de gestelde solvabiliteitseisen.

⁹⁵⁴ In art. 3:149 zijn de artikelen opgenomen die gelden voor de opvanginstellingen die het bedrijf van levensverzekeraar uitsluitend als herverzekeraar uitoefenen. Art. 3:150 gaat over de taken van de vertrouwenscommissie en de regels inzake benoeming en ontslag van deze commissie. In art. 3:151 zijn de gevallen opgesomd waarin DNB tot opvang kan besluiten en de regels betreffende de opvang en de bevoegdheden van DNB. In art. 3:152 t/m 3:158 zijn voorwaarden en bevoegdheden opgenomen ten behoeve van de uitvoering van opvangregeling.

⁹⁵⁵ Ingevolge art. 3:158a zijn de artikelen 3:149 t/m 3:158 van overeenkomstige toepassing verklaard op de desbetreffende levensverzekeraars, die vanuit in Nederland gelegen bijkantoren het bedrijf van levensverzekeraar uitoefenen. Voorwaarde hiervoor is wel dat deze verzekeraar overeenkomsten uit directe verzekeringen heeft gesloten vanuit een bijkantoor in Nederland, tenzij met betrekking tot het bijkantoor een ontheffing is verleend ingevolge art. 3:60 Wft.

⁹⁵⁶ Ingevolge art. 3:159 zijn de artikelen 3:149 t/m 3:158 van overeenkomstige toepassing verklaard op deze levensverzekeraars onder de voorwaarde dat de verzekeraar overeenkomsten uit directe verzekeringen heeft gesloten vanuit een bijkantoor in Nederland.

Afdeling 3.5.4a (art. 3:159a- 3:159ai) bevat bepalingen betreffende overdracht en heeft betrekking op verzekeraars:

- met zetel in Nederland (art. 3:159a- 3:159ag);
- met zetel in een staat die geen lidstaat is (art. 3:159ah);
- met beperkte risico-omvang met zetel in een niet-aangewezen staat (art. 3:159ai).⁹⁵⁷

In art.159a is een aantal voor deze afdeling relevante begrippen⁹⁵⁸ gedefinieerd en ingevolge art. 3:159b zijn de bepalingen van deze afdeling ook van toepassing verklaard op een verzekeraar met zetel in Nederland of een moedermaatschappij met zetel in Nederland van een verzekeraar met zetel in Nederland, ongeacht het toepasselijke recht. In art. 3:159c t/m 3:159f zijn de bevoegdheden van DNB opgenomen inzake het overdrachtsplan en in art. 3:159g zijn regels opgenomen ten aanzien van de gedingen voortvloeiend uit de overdracht. Artikelen 3:159o, 3:159q en 3:159r bevatten bepalingen betreffende de inhoud van het overdrachtsplan en rechten en verplichtingen in het kader van de uitvoering van het overdrachtsplan. Verder zijn in art. 3:159p regels gesteld inzake de bevoegdheden van de rechtbank bij de goedkeuring van het overdrachtsplan. Ingevolge art. 3:159s gaan, na goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank, de in het overdrachtsplan genoemde aandelen, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald, over op de overnemer. Hiervoor is de toestemming of medewerking van de aandeelhouders niet vereist. DNB doet van de goedkeuring mededeling in de Staatscourant. Ingevolge art. 3:159t kan de Staat der Nederlanden niet de overnemer zijn. Verder zijn in dit artikel en in art. 3:159ta de regels betreffende een overbruggingsinstelling en de aan deze instelling verbonden bevoegdheden van DNB opgenomen.

Ingevolge art. 3:159u kan DNB een door haar voorbereid overdrachtsplan aan de rechtbank Amsterdam overleggen ter goedkeuring en om de overdrachtsregeling uit te spreken. Art. 3:159v bevat bepalingen ten aanzien van de behandeling door de rechtbank. In art. 3:159w en 3:159x worden de rechten van de aandeelhouders respectievelijk de probleeminstelling opgenomen. Artikelen 3:159ij en 3:159z bevatten de bevoegdheden en de daarop betrekking hebbende regels en voorwaarden van de rechtbank betreffende de overdracht. In art. 3:159aa respectievelijk art. 3:159ab t/m art. 3:159ag zijn de verweermogelijkheden tegen de uitspraak van de rechtbank en de rechten van de betrokken partijen opgenomen.

Afdeling 3.5.5 (art. 3:159ak- 3:257) bevat bepalingen betreffende noodregeling en saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures naar buitenlands recht. Deze afdeling heeft betrekking op:

- financiële ondernemingen met zetel in Nederland (art. 3:159ak- 3:201a),⁹⁵⁹
- financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat (art. 3:202- art. 3:205);⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Ingevolge art. 3:159ah respectievelijk art. 3:159ai zijn de artikelen 3:159a t/m 3:159ag van overeenkomstige toepassing op deze verzekeraars, met dien verstaande dat een overgang van activa en passiva uitsluitend mogelijk is ten aanzien van activa en passiva die zich in Nederland bevinden of die door Nederlands recht worden beheerst en het overdrachtsplan geen betrekking kan hebben op de door de verzekeraar uitgegeven aandelen.

⁹⁵⁸ Het gaat het om de begrippen aandeel, groep, overbruggingsinstelling, overdrager, overnemer en probleeminstelling.

⁹⁵⁹ Ingevolge art. 3:159ak zijn in deze afdeling onder een verzekeraar ook mede verstaan een entiteit voor risico-acceptatie en onder verzekering ook risico-acceptatie. In art. 3:160 is aangegeven wanneer een noodregeling wordt uitgesproken ten aanzien van een bank of verzekeraar. In de artikelen 3:161 t/m 3:162a, 3:162c t/m 165 en 3:168 t/m 3:173 zijn de regels en voorwaarden inzake verzoek ten behoeve van de noodregeling en behandeling van dit verzoek opgenomen. Art. 3:162b bevat de verweermogelijkheden van de voornoemde bank of verzekeraar. Artikelen 3:166 en 3:167 bevatten regels betreffende de beschikking van DNB en de verplichtingen van DNB ten aanzien van de informatie aan de betrokken partijen en ingevolge art. 3:174b ingevolge het overdrachtsplan. In art. 3:174 zijn regels opgenomen betreffende de uitvoering van de beschikking van DNB. Ingevolge art. 3:174a zijn de artikelen 3:159k, 3:159l en 3:159p van overeenkomstige toepassing. In de artikelen 3:175, 3:178 t/m 3:180, 3:182 t/m 3:190 zijn de taken en verantwoordelijkheden van de bewindvoerders opgenomen. In de artikelen 3:176, 3:177, 3:181 zijn de regels van toepassing na het uitspreken van de noodregeling. Ingevolge art. 3:200 kan DNB de opvang, bedoeld in art. 3:152 eerste lid, in werking stellen tijdens de noodregeling indien de portefeuille van de levensverzekeraar overlevingskans heeft. De bewindvoerders verlenen hieraan hun medewerking. In een dergelijk geval blijft de omvang beperkt tot de in art. 3:152, derde lid bedoelde verplichte overdracht van de portefeuille. Dan vinden art. 3:151 eerste en tweede lid geen toepassing. De regels betreffende deze situatie zijn nader uitgewerkt in art. 3:201 eveneens de mogelijkheid om met aanvullende regels te komen via een AMvB (art. 3:201a).

⁹⁶⁰ Ingevolge art. 3:120 kan de rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB de noodregeling uitspreken als het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank of verzekeraar, een bijzondere voorziening behoeft. Ingevolge art. 3:204 zijn de artikelen 3:162 t/m 3:201 van toepassing op banken of verzekeraars als bedoeld in

- financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is en met een in Nederland gelegen bijkantoor (art. 3:206- 3:3:221),⁹⁶¹
- entiteiten voor risico-acceptatie, herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang met zetel buiten Nederland en met een in Nederland gelegen bijkantoor (art. 3:222-3:237),⁹⁶²
- bepalingen van internationaal privaatrecht (art. 3:238-3:257).

Bepalingen van internationaal privaatrecht

Ingevolge art. 3:238 worden de verwijzingen in dit deel naar een lidstaat waar een financiële onderneming haar zetel heeft, tevens beschouwd als verwijzingen naar een lidstaat waar een bijkantoor van een financiële onderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is, is gelegen.

Conform art. 3:239 wordt een in een andere lidstaat dan Nederland genomen beslissing tot opening van een insolventieprocedure ten aanzien van een bank, levensverzekeraar of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, van rechtswege erkend indien de bank, levensverzekeraar of schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, in die lidstaat haar of zijn zetel heeft. De voornoemde beslissing heeft rechtsgevolgen binnen Nederland vanaf het tijdstip dat zij rechtsgevolgen heeft in de lidstaat van het zetelland. Uitgaande van art. 3:240 wordt een beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel beheerst door het recht van de lidstaat waar de saneringsmaatregel is vastgesteld, tenzij de wet anders bepaalt.

In de art. 3:241 t/m 3:243 zijn regels opgenomen inzake het toepasselijke recht. Voornoemde artikelen staan ingevolge art. 3:244 niet in de weg dat een vordering wordt ingesteld tot nietigheid, vernietiging of het niet kunnen tegenwerpen van een rechtshandeling wegens de benadeling van het geheel van schuldeisers welke van die rechtshandeling het gevolg is.

In afwijking van art. 3:240 worden in de artikelen 3:245 t/m 3:254, de van toepassing zijnde uitzonderingsgevallen opgesomd. In de artikelen 3:255 t/m 3:257 zijn regels opgenomen ten aanzien van de bewindvoerder uit een andere lidstaat waar een bank, de levens- of schadeverzekeraar zetel heeft.

Het wetsvoorstel *Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars* bevat het voornemen om na inwerkingtreding van deze wet de afdelingen 3.5.4 en 3.5.4a te laten vervallen. Ook heeft de wetgever voorgesteld om een groot deel van afdeling 3.5.5. te laten vervallen. In plaats hiervan zullen nieuwe regelingen komen ten aanzien van het (voorbereidende) crisisplan en afwikkeling verzekeraars (afdeling 3A.3 Wft).⁹⁶³ Verder bevat het wetsvoorstel nieuwe wettelijke bevoegdheden en afwikkelingsinstrumenten ten behoeve van een ordentelijke wijze van afwikkeling van verzekeraars en het waarborgen van de belangen van de polishouders. Afdelingen 3.5.6, 3.5.6a en 3.5.7 zijn gericht op beleggerscompensatiestelsel en depositogarantiestelsel, respectievelijk op de beleggingsbeginselen en beleggingsbeleid van afwikkelondernemingen en die van de premiepensioeninstellingen.

Afdeling 3.5.8 gaat over de rechten van de wederpartij na een gebeurtenis met betrekking tot een verzekeraar.⁹⁶⁴

art. 3:202. In art. 3:205 is vastgelegd dat indien de rechtbank een saneringsmaatregel vaststelt, zij daarover DNB in kennis stelt. DNB deelt deze informatie met de toezichthoudende instanties van alle andere lidstaten.

⁹⁶¹ Indien bij de financiële onderneming waarop art. 3:206 betrekking heeft, naar het oordeel van DNB een situatie zoals bedoeld in art. 3:159c, eerste lid voordoet, dan kan de rechtbank Amsterdam verzoeken om ten aanzien van die bank of verzekeraar de noodregeling uit te spreken. Dit verzoek kan ook plaatsvinden indien het belang van de gezamenlijke schuldeisers hiertoe aanleiding geeft. In artikelen 3:207 t/m 3: 221 zijn de regels opgenomen betreffende het verzoekschrift, communicatie daarover, de taken en betrokkenheid van de rechtbank en die van de bewindvoerders.

⁹⁶² Ingevolge art. 3:222 kan de rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB de noodregeling uitspreken als het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij de afwikkeling van een in Nederland gelegen bijkantoor van een herverzekeraar of verzekeraar met beperkte risico-omvang, bank of verzekeraar, een bijzondere voorziening behoeft. Indien het verzoek wordt toegewezen, wordt de beschikking op een openbare terechtzitting uitgesproken en wordt een uittreksel ervan onverwijld door de bewindvoerders bekendgemaakt door plaatsing in de Staatscourant, alsmede in ten minste twee door de rechtbank aan te wijzen Nederlandse dagbladen. In de artikelen 3:223 t/m 3:237 zijn de regels opgenomen betreffende het verzoekschrift van DNB, communicatie daarover, de taken en betrokkenheid van de rechtbank en die van de bewindvoerders.

⁹⁶³ MvT Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars (Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars), www.internetconsultatie.nl/afwikkelingverzekeraars/details

⁹⁶⁴ Ingevolge art. 3:267d is deze afdeling van toepassing op overeenkomsten, ongeacht het recht dat van toepassing is op deze overeenkomsten, waarbij een verzekeraar of tot dezelfde groep behorende onderneming met zetel in Nederland partij is. In art. 3:267e is opgesomd wat onder een gebeurtenis wordt verstaan voor de toepassing van deze afdeling, d.w.z. handelingen die een

Afdeling 3.5.9 (art. 3:267h) gaat over het beleggingsbeleid van een entiteit voor risico-acceptatie en verzekeraar. Dit beleid dient in overeenstemming te zijn met de prudent-persoon regel.⁹⁶⁵

10.4. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de bepalingen van prudentieel toezicht uit de Wft behandeld. De voor de Wft gekozen cross-sectorale opzet heeft ertoe geleid dat het relevant wettelijk kader ten aanzien van specifieke activiteiten van financiële dienstverleners en voor het prudentieel toezicht relevante onderwerpen niet eenvoudig zijn te vinden in de wet.⁹⁶⁶

Voor wat betreft de regels van prudentieel toezicht en het waarborgen van een wettelijk kader voor de uitoefening van het bedrijf van financiële onderneming in Nederland en binnen de Unie is voor een structuur gekozen waarbij meestal eerst de hoofdregel ten aanzien van de (diverse categorieën) financiële ondernemingen met zetel in Nederland is vastgelegd. Vervolgens wordt aangegeven of deze regel(s) of deelbepalingen van deze regel(s) ook van toepassing zijn op ondernemingen met zetel in een lidstaat of met zetel in een land dat geen lidstaat is of met een zetel in een niet-aangewezen staat.

Voor de toepasselijkheid van deze regels is het van belang dat de financiële onderneming met zetel buiten Nederland activiteiten uitoefent middels een in Nederland gelegen bijkantoor. Een deel van de bepalingen geldt ook indien voornoemde onderneming uit een andere lidstaat middels vrije dienstverrichting activiteiten uitoefent naar Nederland.

Door deze structuur van deel 3 Wft blijkt dat de wetgever goed nagedacht heeft over de verplichtingen van de verschillende categorieën financiële ondernemingen en ook over het waarborgen van de financiële stabiliteit in Nederland en het gelijke speelveld tussen de financiële ondernemingen met zetel in verschillende lidstaten, actief in Nederland.

Uit de voornoemde toelichting blijkt verder dat de wetgever een aantal bepalingen (zoals artikelen 3:8, 3:9 en 3:10 Wft) zo belangrijk heeft gevonden dat deze voor vrijwel alle financiële ondernemingen verplicht heeft gesteld, dus ook voor financiële ondernemingen, die hun zetel buiten Nederland hebben, maar die wel (een deel van) hun bedrijf in Nederland uitoefenen.

Gelet op de bovenstaande uiteenzetting heeft de wetgever bij het opstellen van deel 3 Wft kennelijk voor een limitatieve behandeling van alle verplichtingen gekozen.

Dit brengt met zich mee dat aanvullende regels van algemeen belang ten aanzien van de onderwerpen behandeld in deel 3 Wft kennelijk niet nodig zijn. Om die reden zou het stellen van aanvullende regels door de Nederlandse wetgever ten aanzien van financiële ondernemingen met zetel in andere landen, maar die via bijkantoor of vrije dienstverrichting activiteiten wensen uit te oefenen in Nederland, niet goed uit te leggen.

gebeurtenis voorbereiden of uitvoeren, de uitoefening van bevoegdheden die met de gebeurtenis verband houden of het ontstaan dan wel nakomen van verplichtingen die met de gebeurtenis verband houden. In art. 3:267f zijn de beroepsmogelijkheden van een wederpartij opgenomen. Ingevolge art. 3:267g kan jegens de verzekeraar geen beroep worden gedaan op een mededelingsverplichting (informatie met betrekking tot een gebeurtenis).

⁹⁶⁵ Bij of krachtens AMvB's worden regels gesteld met betrekking tot verplichting.

⁹⁶⁶ Zie De Serièrè 2017, die pleit voor een inzichtelijker, toegankelijker en gebruiksvriendelijker sectoraal ingedeelde Wft. Reeds bij de invoering van de Wft werd door de Raad van State gewaarschuwd voor de complexiteit en daardoor moeilijke toegankelijkheid en kwetsbaarheid van deze wet (zie *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 20, p. 3).

11. Prudentieel toezicht op het verzekeren

11.1 Inleiding

Met het prudentieel toezicht worden meerdere belangen behartigd. Centraal staan het waarborgen van de soliditeit van de financiële ondernemingen, waaronder verzekeraars en van de stabiliteit van het financiële stelsel⁹⁶⁷ en de bescherming van de cliënten.⁹⁶⁸ Daarnaast kan prudentieel toezicht ook bijdragen aan de verdere ontwikkeling van de interne markt, betere concurrentie op de interne markt (gelijk speelveld) en stimulering van de economische groei.

De geschiedenis van het toezicht op het aanbieden van verzekeringen laat zien dat voornoemde doelstellingen specifiek van deze tijd zijn en dat iedere periode in de ontwikkeling van de financiële dienstverlening en toezicht daarop haar speerpunten kende. Deze geschiedenis heeft ook de kenmerken van prudentieel toezicht in Nederland bepaald. Eveneens heeft het Unierecht een belangrijke invloed op het Nederlandse prudentieel toezicht gehad.

In dit hoofdstuk worden enkele relevante kenmerken van het prudentieel toezicht op de verzekeraars in Nederland toegelicht. Hierbij wordt een uitgebreid en gestructureerd overzicht opgesteld van de op de verzekeraars toepasselijke regels van prudentieel toezicht. Verder komt de invloed van prudentieel toezicht op de verzekeraars kort aan de orde, evenals de oorsprong van de voor deze financiële ondernemingen relevante regels uit deel 3 Wft. Het bepalen van de oorsprong van de wettelijke regels is relevant voor de harmonisatie van het op de verzekeraars toepasselijk wettelijk kader binnen de Unie en het waarborgen van het gelijke speelveld. Uitgangspunt hierbij is dat regels van Europese oorsprong een bijdrage leveren tot de harmonisatie van de op de verzekeraars toepasselijke regels op de interne markt. Daarentegen kunnen de overige regels, van toepassing op een beperkt categorie van verzekeraars, juist ongelijke verplichtingen scheppen. Deze laatste situatie kan strijd opleveren met het gelijke speelveld.

11.2. Prudentieel toezicht op het aanbieden van verzekeringen

Volgens Boshuizen⁹⁶⁹ had het toezicht op het verzekeringsbedrijf in Nederland in de 20^e eeuw lange tijd uitsluitend betrekking op de financiële draagkracht van de verzekeringsondernemingen, zodat ze aan hun lange termijn verplichtingen konden voldoen. Dit stond in contrast met het gegeven dat historisch gezien toezichtwetgeving uitsluitend betrekking had op de individuele rechtsverhouding tussen de verzekeraar, verzekeringnemers en assurantiemakelaars en geen oog had voor de financiële draagkracht van de risicodragers.⁹⁷⁰

Ondanks het feit dat bij het aanbieden van verzekeringen meerdere aspecten aan de orde komen en van belang zijn, blijft de aandacht voor de solvabiliteit van de verzekeraar nog steeds het belangrijkste uitgangspunt voor het prudentieel toezicht. Ook bleek de afgelopen jaren dat de aandacht van de Europese wetgever voornamelijk gericht was op de regels ten aanzien van de solvabiliteit. Bovendien waren voor de introductie van richtlijn Solvabiliteit II de drie generaties EU verzekeringsrichtlijnen ook bijna uitsluitend gericht op de financiële aspecten van het toezicht.⁹⁷¹

Maar wat houdt prudentieel toezicht op verzekeringen in en wat betekent dit voor de financiële stabiliteit van de onderneming en de markt enerzijds en voor de rechten van de verzekeringnemers anderzijds?

Overweging 18 van richtlijn Solvabiliteit II bepaalt:

“Met het oog op de doeltreffendheid van het toezicht dienen alle acties die door de toezichthoudende autoriteiten worden ondernomen, proportioneel te zijn aan de aard, omvang en complexiteit van de risico's die inherent zijn aan het bedrijf van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming, ongeacht het belang van de betrokken onderneming voor de algehele financiële stabiliteit van de markt.”

⁹⁶⁷ Zie hiervoor art. 1:24 lid 1 Wft.

⁹⁶⁸ Meijer e.a. 2016, p. 236.

⁹⁶⁹ Boshuizen 2001, p. 343.

⁹⁷⁰ Boshuizen 2001, p. 344.

⁹⁷¹ Boshuizen 2001, p. 345.

In haar document *‘How insurance works’*⁹⁷² pleite Insurance Europe voor de vrijheid van de verzekeraars om hun eigen acceptatiebeleid te formuleren en hun eigen premie te bepalen. Eventuele beperkingen, die opgelegd worden aan de verzekeraars, zouden gevolgen hebben hun winstgevendheid maar ook voor de beschikbaarheid van de verzekeringsproducten op de markt.

*“If the insurance’s freedom to underwrite and price is restricted, either the pricing and availability of the policies or the insurer’s profitability is affected.”*⁹⁷³

Insurance Europe leek hiermee sterk geïnspireerd te zijn door de maritieme verzekeringscultuur, waarbij maritiem niet voor zeeverzekeringen staat, maar voor de landen waar deze verzekeringscultuur werd en wordt beoefend, met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

Het Nederlandse verzekeringsstelsel valt onder het zogenoemde maritiem verzekeringsmodel. Dit verzekeringsmodel veronderstelt van oudsher het bestaan van een sterke marktwerking, in tegenstelling tot het Alpijnse verzekeringsmodel waarbij de sterke overheidsregulering domineert. Een voorbeeld van Alpijnse verzekeringsmodel is het Belgisch systeem welk systeem door sterke overheidscontrole werd gekenmerkt.⁹⁷⁴ Het maritiem verzekeringsmodel kan het best functioneren bij marktverhoudingen die concurrentie en vrije keuze van de verzekeraars waarborgen. Dit systeem veronderstelt een overheid die zich niet bezig houdt met materiële controle op verzekeringsvoorwaarden en hoogte van de premie.⁹⁷⁵ In dit geval richt toezicht op het globaal financieel evenwicht van de verzekeringsonderneming, ofwel de overheid voert prudentiële controle uit.

Onder de prudentiële toezichtregels vallen o.a. solvabiliteits- en liquiditeitsvereisten. Deze regels dienen te waarborgen dat een financiële onderneming te allen tijden zijn betalingsverplichtingen na kan komen. Prudentiële toezichtregels bestaan vooral uit bedrijfseconomische normen en beogen het faillissement van de financiële ondernemingen te voorkomen. Het prudentiële toezicht kan faillissement echter niet uitsluiten.

Bij het prudentieel toezicht gaat het enerzijds om de bescherming van de afnemers van de financiële diensten, zoals de polishouders bij verzekeringsdiensten en anderzijds om het bevorderen van *“de stabiliteit van het financiële stelsel en het vertrouwen in de financiële sector”*.⁹⁷⁶

In de Wft is niet vastgelegd hoe ver het beschermingsbereik van het prudentieel toezichtsrecht reikt. Wel heeft het HvJ in het arrest Peter Paul⁹⁷⁷ bepaald dat het toezicht op de Europese bankenrichtlijnen niet strekte tot de bescherming van individuele belangen van de depositohouders en dus ontleende het HvJ geen rechten voor particulieren aan de richtlijnen. Hieruit kan geconcludeerd worden dat beroep van de polishouders op de bescherming vanuit prudentieel toezicht geringe kans van slagen zal hebben.

Prudentieel toezicht zorgt verder ervoor dat het vertrouwen in de financiële sector aanwezig is. Ook voor cliënten, die wegens hun informatie-asymmetrie met aanbieders van financiële producten, de financiële soliditeit van deze aanbieders niet kunnen beoordelen.⁹⁷⁸

In Nederland heeft DNB de wettelijke taak om toezicht te houden op de soliditeit van de Nederlandse financiële instellingen waaronder (her)verzekeraars en hiermee een bijdrage te leveren aan de financiële stabiliteit. Als verzekeraars hun verplichtingen richting de polishouders niet kunnen nakomen, leidt dit potentieel tot vermogensverlies van de afnemers van verzekeringen.

Polishouders zijn immers onvoldoende in staat om zelf de veiligheid van hun financiële afspraken te bewaken.

*“Wie een verzekering afsluit, rekent erop dat de verzekeraar in staat is om te betalen als de nood aan de man komt.[...] De Nederlandsche Bank (DNB) maakt zich sterk voor een betrouwbaar financieel stelsel waarin instellingen hun verplichtingen nakomen.”*⁹⁷⁹

⁹⁷² Zie ‘How insurance works’ publicatie van Insurance Europe, Brussel 2012.

⁹⁷³ Zie ‘How insurance works’ publicatie van Insurance Europe, Brussel 2012.

⁹⁷⁴ Van Schoubroeck 2008, p. 43.

⁹⁷⁵ Brewaeys, Colpert, Cousy e.a.1998, p. 8.

⁹⁷⁶ MvT Wft, Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 29.

⁹⁷⁷ Zie het arrest HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02 (Peter Paul), ECLI:EU:C:2004:606.

⁹⁷⁸ MvT Wft, Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 29.

⁹⁷⁹ ‘De consument en toezicht’ informatie van DNB, www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/de-consument-en-toezicht/index.jsp

11.3. Regels van prudentieel toezicht op aanbieders van verzekeringen

In hoofdstuk 10 van dit proefschrift zijn de Nederlandse regels van prudentieel toezicht van toepassing op alle financiële ondernemingen uitgebreid behandeld.

In deze paragraaf wordt een overzicht opgesteld van de Nederlandse regels van prudentieel toezicht die specifiek op verzekeraars zijn gericht. Deze regels worden behandeld aan de hand van een drietal verschillende verdelingen.

Het eerste onderscheid heeft te maken met de afzonderlijke categorieën verzekeraars volgens de soort verzekeringsproducten (en voor wat betreft verzekeraars met beperkte risico-omvang ook de omvang van hun activiteiten) die ze aanbieden:

- levensverzekeraars;
- schadeverzekeraars;
- natura-uitvaartverzekeraars;
- herverzekeraars en
- verzekeraars met beperkte risico-omvang.

Hierna worden deze afzonderlijke categorieën of afzonderlijk benoemd of, indien een bepaalde regel van prudentieel toezicht op al deze categorieën van verzekeraars geldt, als ‘verzekeraars’ aangeduid.

Het tweede onderscheid heeft betrekking op het zeteland van de verzekeraar. Hierbij wordt het volgende onderscheid gemaakt tussen verzekeraars:

- met zetel in Nederland;
- met zetel in een andere lidstaat;
- met zetel in een staat die geen lidstaat is en
- met zetel in een niet- aangewezen staat.

Het derde onderscheid heeft te maken met de fase waarin de verzekeraar als onderneming zich bevindt:

- het gaat om de uitoefening van verzekeringsactiviteiten al dan niet middels een bijkantoor in Nederland of via vrije dienstverrichting naar Nederland, of
- om een situatie waarbij de verzekeraar niet aan bepaalde eisen kan voldoen en om die reden maatregelen worden genomen tot verbetering van de financiële situatie van de verzekeraar of tot afwikkeling van de verzekeraar.

Hierbij worden de volgende twee fases onderscheiden:

1. Fase werkzaam op de financiële markt
2. Fase herstel of afwikkeling

11.3.1. Fase werkzaam op de financiële markt

Regels betreffende verzekeraars met zetel in Nederland

Artikelen 3:8, 3:9, 3:10, 3:15, 3:16, 3:17, 3:17b, 3:18, 3:19 (indien de verzekeraar de rechtsvorm van naamloze of Europese vennootschap kent), 3:20, 3:36, 3:53, 3:57, 3:57a, 3:67 1^e, 2^e, en 7^e lid, 3:70, 3:71, 3:72 3^e lid, 3:72 4^e lid, 3:95, 3:96, 3:97, 3:103, 3:104, 3:105, 3:115 lid 1, 3:116, 3:118, 3:120 1^e en 3^e lid, zijn van toepassing op *verzekeraars*.

Artikelen 3:29, 3:30, 3:69a, 3:73c, 3:111c, 3:132 zijn van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:37, 3:67 4^e lid zijn van toepassing op *levens-, natura-uitvaart- en schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:67 lid 3, 3:112, 3:113 lid 2, 3:115 lid 2, 3:117 lid 1, 3:120 4^e lid, zijn van toepassing op *levensverzekeraars*.

Artikelen 3:113 1^e en 4^e lid, 3:115 3^e lid zijn van toepassing op *natura-uitvaartverzekeraars*.

Artikelen 3:38, 3:114, 3:115 4^e lid, 3:117 2^e lid, 3:120 5^e t/m 7^e lid zijn van toepassing op *schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:114a, 3:115 5^e lid, 3:118a zijn van toepassing op *herverzekeraars*.

Artikelen 3:72 4^e lid, 3:119, 3:120 2^e lid zijn van toepassing op *levens- en natura-uitvaartverzekeraars*.

Art. 3:73 is tevens van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Ten slotte is art. 3:120 8^e en 9^e lid specifiek van toepassing op *onderlinge waarborgmaatschappijen*, dus alle verzekeraars die deze rechtsvorm hebben.

Regels betreffende verzekeraars met zetel in een andere lidstaat

Art. 3:20b is van toepassing op *levens-, schade- en herverzekeraars*.

Artikelen 3:40, 3:42, 3:122, 3:122a, 3:123, 3:124 zijn van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:122, 1^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:113 2^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:116, 3:117, 1^e lid, 3:118 1^e, 2^e en 5^e lid, 3:119, 3:120 1^e t/m 4^e lid, 3:125 zijn van toepassing op *levensverzekeraars*.

Artikelen 3:114 1^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:116, 3:117 2^e lid, 3:118 1^e t/m 5^e lid, 3:120 1^e t/m 3^e, 5^e, 7^e en 9^e lid zijn van toepassing op *schadeverzekeraars*.

Art. 3:78 1^e lid is van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:26 (ingevolge art. 3:49) is van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:47 (ingevolge art. 3:50 lid 2) is van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:111c is van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Regels betreffende verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is

Art. 3:26 (ingevolge art. 3:49) is van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:47 (ingevolge art. 3:50 lid 2) is van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:8, 3:9, 3:10 (ingevolge art. 3:11-3:12), 3:17, 3:17b en 3:18 (ingevolge art. 3:23), 3:24, 3:32, 3:36, 3:38, 3:108a (ingevolge art. 3:43 lid 1), 3:43 lid 2, 3:44, 3:47, 3:48, 3:53 lid 2, 3:54, 3:57 (ingevolge art. 3:58 en 3:59), 3:60, 3:67, 5^e en 6^e lid, 3:68, 3:78 zijn van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:67 1^e en 2^e lid, 3:122, 1^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:113, 2^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:116, 3:117, 1^e lid, 3:118 1^e, 2^e en 5^e lid, 3:119, 3:120 1^e t/m 4^e lid, 3:126 zijn van toepassing op *levensverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:69a, 3:70, 3:81, 3:72, 3^e en 5^e t/m 8^e lid, 3:73c, 3:83, 3:74, 4^e lid, 3:128, 3:118 4^e en 5^e lid, 3:129, 3:132 (ingevolge art. 3:133) zijn van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:72 4^e lid, 3:127, 3:114 1^e lid, aanhef en onderdeel a, 3:116, 3:117 2^e lid, 3:118 1^e t/m 5^e lid, 3:120 1^e t/m 3^e, 5^e, 7^e en 9^e lid zijn van toepassing op *schadeverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:111c is van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Regels betreffende verzekeraars met een zetel in een niet-aangewezen staat

Artikelen 3:8, 3:9, 3:10 (ingevolge art. 3:13 respectievelijk art. 3:14), 3:24 (ingevolge art. 3:28), 3:26 (ingevolge art. 3:49), 3:44 (ingevolge art. 3:50 lid 1), 3:57 (ingevolge 3:61 en 3:62), 3:69a en 3:70 (ingevolge 3:84), 3:75 en 3:81 (ingevolge 3:85), 3:72m 3^e t/m 6^e en 8^e lid (ingevolge 3:86), 3:73c (ingevolge 3:86a) zijn van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:15 t/m 3:18 (ingevolge art. 3:24c), 3:55a, 3:53 1^e t/m 4^e lid, 3:68a, 3:132 (ingevolge art. 3:134) zijn van toepassing op *herverzekeraars*.

Artikelen 3:17, 3:17b en 3:18 (ingevolge art. 3:26), 3:47 (ingevolge art. 3:50 lid 2), 3:51, 3:52, 3:55, 3:67, 5^e en 6^e lid, 3:53, 2^e lid (ingevolge art. 3:56), 3:69, 3:87 zijn van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:111c is van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:130 is van toepassing op *levensverzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:131 is van toepassing op *natura-uitvaartverzekeraars*.

Art. 3:131a is van toepassing op *schadeverzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:131b is van toepassing op *levens- schade- en natura-uitvaartverzekeraars*.

11.3.2. Fase herstel of afwikkeling

Regels betreffende verzekeraars met zetel in Nederland

Artikelen 3:135, 3:136, 3:137, 3:159a t/m 3:159ag, 3:160 t/m 3:201a, 3:267d t/m 3:267h zijn van toepassing op *verzekeraars*.

Artikelen 3:149, 3:150, 3:151, 3:152, 3:153, 3:154, 3:155, 3:156, 3:157, 3:158 zijn van toepassing op *levensverzekeraars*.

Regels betreffende verzekeraars met zetel in een andere lidstaat

Artikelen 3:140, 3:137 5^e lid zijn van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:202, 3:162 t/m 3:201 (ingevolge art. 3:204) zijn van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:222 t/m 3:327 zijn van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Regels betreffende verzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is

Artikelen 3:141, 3:137 5^e lid, 3:135 en 3:136 (ingevolge art. 3:142), 3:143, 3:144, 3:206 t/m 3:221, zijn van toepassing op *levens- en schadeverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:149, 3:150, 3:151, 3:152, 3:153, 3:154, 3:155, 3:156, 3:157, 3:158 (ingevolge art. 3:158a) zijn van toepassing op *levensverzekeraars niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*

Artikelen 3:159a t/m 3:159ag (ingevolge art. 3:159ah) zijn van toepassing op *verzekeraars*.

Artikelen 3:222 t/m 3:327 zijn van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Regels betreffende verzekeraars met een zetel in een niet-aangewezen staat

Artikelen 3:146, 3:137 5^e lid, 3:135, 3:136, 3:137 1^e en 6^e lid (ingevolge art. 3:147), 3:148 zijn van toepassing op *herverzekeraars en verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:149, 3:150, 3:151, 3:152, 3:153, 3:154, 3:155, 3:156, 3:157, 3:158 (ingevolge art. 3:159) zijn van toepassing op *levensverzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:159a t/m 3:159ag (ingevolge art. 3:159ai) zijn van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Het in de paragrafen 11.3.1 en 11.3.2 opgenomen overzicht betreffende de regels van prudentieel toezicht op verzekeraars biedt inzicht in de bepalingen die slechts op de verzekeraars met zetel in Nederland van toepassing zijn. Tevens maakt het overzicht inzichtelijk welke bepalingen op alle verzekeraars, ongeacht hun zetteland, van toepassing zijn indien ze in Nederland gelegen risico's (willen) verzekeren.

11.4. Invloed prudentieel toezicht op de verzekeringsovereenkomst

Naast het feit dat de Wft wettelijke regels bevat, die betrekking hebben op de financiële ondernemingen, waaronder verzekeraars, en onderdeel is van het Nederlandse publiekrecht, bevat de Wft ook bepalingen die de inhoud van de verzekeringsovereenkomst beïnvloeden. Hierbij dringt zich de vraag op of deze regels een aanvulling vormen op de bepalingen van Boek 7, afdeling 17 van het BW⁹⁸⁰ of een onbedoelde beperking meebrengen van toepassing op de privaatrechtelijke rechtsverhoudingen en meer specifiek betreffende de partijautonomie.

Voorbeelden van publiekrechtelijke regels van financieel toezicht die de inhoud van de verzekeringsovereenkomst beïnvloeden:

- In art. 1:1 Wft 'staat waar het risico is gelegen' in relatie tot de Zvw: grote gevolgen voor de verzekeringsovereenkomst inzake een verplichting om in buitenland gelegen risico's te verzekeren niet voorkomen kan worden ingevolge de acceptatieplicht uit de Zvw.

⁹⁸⁰ Hier gaat het om de artikelen 7:925 t/m 7:986 BW.

- Art. 3:38 Wft heeft invloed op de partijautonomie en reikwijdte verzekeringsdekking. Dit brengt een beperking van de inhoud van de verzekeringsovereenkomst met zich mee door uitsluiting van bepaalde risico's van de verzekering.

Uitgaande van aanvullende regels vanuit het financieel recht, die gericht zijn op het verzekerings-(overeenkomsten)recht, staat vast dat de voor de verzekeraars relevante wetgeving uit een combinatie van publiek- en privaatrecht bestaat.

Een deel van dit recht is Europees geregeld en via minimale- of maximale harmonisatie in de nationale wetgeving opgenomen. Een ander deel wordt gevormd door reeds bestaande regels van Nederlands publiekrecht en de Nederlandse privaatrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op het Nederlandse verzekerings(overeenkomsten)recht.

Deze combinatie van regels brengt een bijna onmogelijk op te lossen probleem met zich mee als het gaat om de harmonisatie van regelgeving van toepassing op het aanbieden van verzekeringen, als onderdeel van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt. Gelet op de verwevenheid van publiek- en privaatrecht het is immers onvoldoende om slechts het publiekrechtelijke deel van het relevante wettelijk kader te harmoniseren.

Om die reden biedt de harmonisatie van het publiekrecht betreffende het aanbieden van verzekeringen nog onvoldoende waarborg voor een geharmoniseerd rechtskader van toepassing op verzekeraars en hiermee voor een goedwerkende interne verzekeringsmarkt en het gelijke speelveld voor alle verzekeraars binnen de Unie.

11.5. Oorsprong Wft bepalingen van prudentieel toezicht op verzekeraars

In hoofdstuk 10 is reeds toegelicht dat de Wft een cross sectorale opzet kent. Verder is het duidelijk geworden dat de Wft is samengesteld uit regels van nationale oorsprong en regels, die in het kader van de implementatie van Europese richtlijnen in de Wft terecht zijn gekomen.

In deze paragraaf wordt een overzicht opgesteld van de wettelijke regels van prudentieel toezicht die voor verzekeraars met zetel in Nederland gelden. Daarnaast wordt een onderscheid gemaakt tussen de regels van Europese oorsprong van toepassing op solo-verzekeraars, die in de Wft zijn geïmplementeerd⁹⁸¹ en regels die vanuit de eerdere nationale wettelijke regelingen (rechtsvoorgangers van de Wft) in de Wft zijn opgenomen. Deel van deze laatste categorie van de regelingen kent een duidelijk Nederlands oorsprong.

Regels betreffende verzekeraars met zetel in Nederland

Artikelen 3:8, 3:9, 3:10, 3:15, 3:16, 3:17, 3:17b, 3:18, 3:19 (indien de verzekeraar de rechtsvorm van naamloze of Europese vennootschap kent), 3:20, 3:36, 3:53, 3:57, 3:57a, 3:67 1^e, 2^e, en 7^e lid, 3:70, 3:71, 3:72 3^e lid, 3:72 4^e lid, 3:95, 3:96, 3:97, 3:103, 3:104, 3:105, 3:115 lid 1, 3:116, 3:118, 3:120 1^e en 3^e lid, 3:135, 3:136, 3:137, 3:159a t/m 3:159ag, 3:160 t/m 3:201a, 3:267d t/m 3:267h zijn van toepassing op *verzekeraars*.

Artikelen 3:29, 3:30, 3:69a, 3:73c, 3:111c, 3:132 zijn van toepassing op *verzekeraars, niet zijnde verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Artikelen 3:37, 3:67 4^e lid zijn van toepassing op *levens-, natura-uitvaart- en schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:67 lid 3, 3:112, 3:113 lid 2, 3:115 lid 2, 3:117 lid 1, 3:120 4^e lid, 3:149, 3:150, 3:151, 3:152, 3:153, 3:154, 3:155, 3:156, 3:157, 3:158 zijn van toepassing op *levensverzekeraars*.

Artikelen 3:113 1^e en 4^e lid, 3:115 3^e lid zijn van toepassing op *natura-uitvaartverzekeraars*.

Artikelen 3:38, 3:114, 3:115 4^e lid, 3:117 2^e lid, 3:120 5^e t/m 7^e lid zijn van toepassing op *schadeverzekeraars*.

Artikelen 3:114a, 3:115 5^e lid, 3:118a zijn van toepassing op *herverzekeraars*.

Artikelen 3:72 4^e lid, 3:119, 3:120 2^e lid zijn van toepassing op *levens- en natura-uitvaartverzekeraars*.

Art. 3:73 is van toepassing op *verzekeraars met beperkte risico-omvang*.

Art. 3:120 8^e en 9^e lid is van toepassing op *onderlinge waarborgmaatschappij*.

Art. 3:149, 3:150, 3:151, 3:152, 3:153, 3:154, 3:155, 3:156, 3:157, 3:158 zijn van toepassing op *levensverzekeraars*.

⁹⁸¹ Regels van toepassing op groepen zijn van Europese oorsprong en worden niet meegenomen in dit overzicht.

Bepalingen van prudentieel toezicht waarbij Europees richtlijnen gericht op verzekeraars zijn geïmplementeerd in de Wft:

Art. 3:8, 3:9, 3:10, 3:15, 3:16, 3:17, 3:18, 3:20, 3:29, 3:36, 3:37⁹⁸², 3:53, 3:57, 3:57a, 3:67, 3:69a, 3:71, 3:72, 3:73, 3:73c 3:95, 3:96, 3:97, 3:103, 3:104, 3:105, 3:111c, 3:114a, 3:118, 3:118a, 3:132, 3:135, 3:136, 3:137, 3:149, 3:152, 3:156, 3:159ai, 3:160, 3:161, 3:166, 3:167, 3:169, 3:170, 3:171, 3:172, 3:201a, 3:267d t/m 3:267h.

Bepalingen van prudentieel toezicht overgenomen uit Nederlandse regelgeving gericht op verzekeraars, van voor de introductie van de Wft:⁹⁸³

3:17b, 3:19; 3:30⁹⁸⁴3:37⁹⁸⁵, 3:38, 3:70⁹⁸⁶, 3:112⁹⁸⁷, 3:113⁹⁸⁸3:114⁹⁸⁹, 3:115⁹⁹⁰, 3:116⁹⁹¹, 3:117⁹⁹², 3:119⁹⁹³3:120⁹⁹⁴, 3:149⁹⁹⁵, 3:150⁹⁹⁶, 3:151⁹⁹⁷, 3:153⁹⁹⁸, 3:154⁹⁹⁹, 3:155¹⁰⁰⁰, 3:157¹⁰⁰¹, 3:158¹⁰⁰², 3:159¹⁰⁰³, 3:162¹⁰⁰⁴, 3:163, 3:164, 3:165¹⁰⁰⁵, 3:168¹⁰⁰⁶, 3:173, 3:174¹⁰⁰⁷, 3:175 t/m 3:184, 3:185¹⁰⁰⁸, 3:186, 3:187¹⁰⁰⁹, 3:188 t/m 3:191, 3:192, 3:193¹⁰¹⁰, 3:194, 3:195¹⁰¹¹, 3:196¹⁰¹², 3:197¹⁰¹³, 3:198¹⁰¹⁴, 3:199¹⁰¹⁵, 3:200¹⁰¹⁶, 3:201¹⁰¹⁷.

11.6. Conclusie

In Nederland is prudentieel toezicht op verzekeraars al langere tijd gericht op de financiële draagkracht en dus op het vermogen van de verzekeraars om aan hun lange termijn verplichtingen te kunnen voldoen.

⁹⁸² De in het art. 3:37 Wft opgenomen verplichting om een vertegenwoordiger van een buitenlandse verzekeraar aan te stellen bestaat al veel langer in het Nederlands recht. Zie in *Bijlagen van het verslag der handelingen* van de Staten Generaal, Tweede Kamer uit 1921-1922, waarin verwezen wordt naar de verplichting van een buitenlandse verzekeraar tot het aanstellen van een vertegenwoordiger reeds bij de wet van 28 mei 1917 (Stb.438). Volgens Boshuizen & Jager 2010, p. 123, gebruikt de Nederlandse toezichtwetgeving al sinds 1923 het begrip ‘vertegenwoordiger’.

⁹⁸³ Deze regelingen zijn deels ook een resultaat van de implementatie van de eerste en tweede generatie schade- en levenrichtlijnen.

⁹⁸⁴ Overgenomen van art. 69 Wtk 1992.

⁹⁸⁵ Art. 3:37 bevat bredere bevoegdheden dan de regel afkomstig uit de richtlijnen.

⁹⁸⁶ Dit vereiste is reeds in art. 22 van de Wet op het levensverzekeringbedrijf van 22 december 1922 (Stb. 716) terug te vinden in de verplichting dat “*het boekjaar der onderneming te laten lopen van den eersten Januari tot met den 31sten December*”. Art. 3:70 bevat bredere bevoegdheden dan de regel afkomstig uit de richtlijnen.

⁹⁸⁷ Overgenomen van art. 129 lid 1, 4, 6 Wtv 1993.

⁹⁸⁸ Overgenomen van art. 52, lid 1, 4 en 6 Wtv.

⁹⁸⁹ Overgenomen van art 121 lid 1 Wtv 1993.

⁹⁹⁰ Overgenomen van art. 121, lid 5 en art. 129 lid 7 Wtv 1993.

⁹⁹¹ Overgenomen van art. 122, lid 1 en art. 130 lid 1 Wtv 1993.

⁹⁹² Overgenomen van art. 122 lid 6 en art. 130 lid 4 Wtv 1993.

⁹⁹³ Overgenomen van art. 131 lid 1, 4 en 8 Wtv 1993.

⁹⁹⁴ Overgenomen van art. 123 en art. 131 lid 5 en 6 Wtv 1993.

⁹⁹⁵ Overgenomen van art. 147a lid 1, sub a en lid 2 Wtv 1993.

⁹⁹⁶ Overgenomen van art. 147b Wtv 1993.

⁹⁹⁷ Overgenomen van art. 147c Wtv 1993.

⁹⁹⁸ Overgenomen van art. 147h Wtv 1993.

⁹⁹⁹ Overgenomen van art. 147e, 147f en 147g Wtv 1993.

¹⁰⁰⁰ Overgenomen van art. 147i lid 1, 3 en 4 en art. 147j lid 3 Wtv 1993.

¹⁰⁰¹ Overgenomen van art. 147l lid 1 Wtv 1993.

¹⁰⁰² Overgenomen van art. 147m Wtv 1993.

¹⁰⁰³ Overgenomen van art. 147a lid 1, sub b Wtv 1993.

¹⁰⁰⁴ Overgenomen van art. 156 lid 2 Wtv 1993.

¹⁰⁰⁵ Overgenomen van art. 156 lid 11 Wtv 1993.

¹⁰⁰⁶ Overgenomen van art. 156 lid 18 Wtv 1993.

¹⁰⁰⁷ Overgenomen van art. 156 lid 15-17 Wtv 1993.

¹⁰⁰⁸ Overgenomen van art. 162 Wtv 1993.

¹⁰⁰⁹ Overgenomen van art. 168 Wtv 1993.

¹⁰¹⁰ Overgenomen van art. 165a Wtv 1993.

¹⁰¹¹ Overgenomen van art. 165 Wtv 1993.

¹⁰¹² Overgenomen van art. 165b Wtv 1993.

¹⁰¹³ Overgenomen van art. 166 Wtv 1993.

¹⁰¹⁴ Overgenomen van art. 171 Wtv 1993.

¹⁰¹⁵ Overgenomen van art. 164a Wtv 1993.

¹⁰¹⁶ Overgenomen van art. 164b Wtv 1993.

¹⁰¹⁷ Overgenomen van art. 164c Wtv 1993.

Deze aandacht voor de financiële draagkracht is de afgelopen decennia versterkt door de Europese wetgeving gericht op het verzekeringsbedrijf, met een bijzondere focus op de solvabiliteitsregels. De prudentiële toezichthouders van de afzonderlijke lidstaten hebben de wettelijke taak om toezicht te houden op de soliditeit van de financiële instellingen met zetel in hun eigen lidstaat. Naleving van de toezichtwetgeving is de verantwoordelijkheid van de financiële instellingen, waaronder verzekeraars, die hiermee ook een bijdrage leveren aan een betrouwbaar financieel stelsel.

De bestaande regels van financieel toezicht in Nederland hebben betrekking op de financiële instellingen, waaronder verzekeraars. Onder verzekeraars wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën: afhankelijk van de verzekeringsproducten die ze aanbieden, omvang van de activiteiten en zetelland. Verder hebben de prudentiële regels van toepassing op de verzekeraars betrekking enerzijds op de normale bedrijfsuitoefening van de verzekeraars en anderzijds op de fase van herstel of afwikkeling, indien verzekeraars de vereiste solvabiliteitseis onderschrijven.

Uit het in dit hoofdstuk opgenomen overzicht blijkt dat afhankelijk van het zetelland van de verzekeraars grote verschillen kunnen bestaan tussen het toepasselijk wettelijk kader. Hierbij wordt verondersteld dat het verschil tussen een verzekeraar met zetel in Nederland en een verzekeraar met zetel in een andere lidstaat grotendeels wordt weggenomen door de wetgeving die van toepassing is volgens de wetgeving van het zetelland van de verzekeraar met zetel in een andere lidstaat.

Dit is echter slechts waarschijnlijk voor wat betreft de regels van Europees oorsprong, die via minimum- of maximumharmonisatie, in de wetgeving van de lidstaten is overgenomen.

Ten aanzien van de wettelijke regels van prudentieel toezicht, die niet op het niveau van de Unie zijn geharmoniseerd, bestaat de kans op een ongelijk speelveld. Dit wordt veroorzaakt doordat verschillende regels gelden afhankelijk van het zetelland, op de marktpartijen die binnen dezelfde markt actief zijn.

Ondanks steeds meer op het niveau van de Unie geharmoniseerde regels, wordt geen volledige harmonisatie van de verschillende wettelijke regels bereikt. Dit komt mede door de al bestaande bepalingen uit de wetgeving van een lidstaat die geen betrekking hebben op een geharmoniseerd onderwerp en per lidstaat verschillend zijn. Deze regels blijven bestaan als onderdeel van het toepasselijk wettelijk kader. Verder kunnen prudentiële regels betrekking hebben op bijvoorbeeld de inrichting van de bedrijfsvoering of de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Door dit laatste voorbeeld (zie art. 3:38 Wft) wordt vanuit het publiekrecht ingegrepen in het overeenkomstenrecht (privaatrecht). Deze verwevenheid tussen publiek- en privaatrecht bemoeilijkt ook het bereiken van een gelijk speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

12. Molestverbod in de Wft

12.1. Inleiding

In hoofdstuk 11 is een overzicht opgesteld betreffende de wettelijke bepalingen van prudentieel toezicht die van toepassing zijn op verzekeraars. Tevens is ingegaan op de mogelijke negatieve effecten van wettelijke regels van nationaal oorsprong op het geharmoniseerd rechtskader binnen de interne verzekeringsmarkt.

In dit hoofdstuk wordt een van de bepalingen van nationaal oorsprong, art. 3:38 uit deel 3 Wft, uitgebreid behandeld. Deze bepaling heeft betrekking op de schadeverzekeraars met zetel in Nederland.¹⁰¹⁸

Bij de behandeling van dit artikel wordt uitgebreid ingegaan op de relevantie van deze bepaling en de oorsprong van deze bepaling in de Nederlandse prudentiële wetgeving. Na een uitleg van de verschillende begrippen, die in dit artikel zijn opgenomen, wordt de lange geschiedenis van het met molest verbonden risico behandeld en tevens wordt ingegaan op de aan dit risico gerelateerde verzekeringsactiviteiten.

Tegen deze achtergrond worden vervolgens de elementen van de huidige bepaling uit art. 3:38 Wft toegelicht. Ten slotte worden de overige wettelijke bepalingen betreffende molest en het verzekeren van met molest samenhangende risico's uit de Nederlandse wetgeving besproken.

12.2. Artikel 3:38 Wft

Naar aanleiding van het onderzoek naar de regels van prudentieel toezicht betreffende de verzekeraars uit deel 3 Wft werd nader onderzoek uitgevoerd naar de bepalingen uit deel 3 Wft die niet via de implementatie van een Europese richtlijn of andere wettelijke regel van Europese oorsprong in de Nederlandse wetgeving zijn opgenomen. Vanuit deze wettelijke bepalingen is art. 3:38 uitgekozen voor een diepgaand onderzoek.

Reden hiervoor is enerzijds dat deze wettelijke bepaling nadrukkelijk van toepassing is op de schadeverzekeraars met zetel in Nederland¹⁰¹⁹ en anderzijds een dwingendrechtelijke bepaling bevat met gevolgen voor de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en partijautonomie.

Deze bepaling is om die reden slechts op een deel van de markt van toepassing en verder invloed lijkt te willen uitoefenen op de contractuele relatie tussen de verzekeraar en verzekeringnemer.

Om voornoemde redenen is dit verbod een uitstekend voorbeeld van een nationale wettelijke bepaling met mogelijk invloed op het gelijke speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

Hierna wordt de eerste zin van art. 3:38 uitgebreid behandeld. Vervolgens wordt ingegaan op nut en noodzaak van deze bepaling. De tweede zin van dit artikel bevat de regel dat ten aanzien van de hierin opgesomde verzekeringen het dekking bieden voor het molestrisico wel mogelijk is, tenzij DNB hiertegen bedenkingen heeft. Deze zin hoort daarom niet tot het uitdrukkelijke molestverbod van toepassing op schadeverzekeraars met zetel in Nederland en wordt om die reden niet betrokken bij de verdere behandeling van art. 3:38 in dit hoofdstuk.

Wat is de relevantie van deze bepaling zoals opgenomen in de 1^e zin van art. 3:38 Wft binnen de Nederlandse wetgeving?

Hoe verhoudt deze bepaling zich tot een geharmoniseerde wetgeving ten behoeve van het aanbieden van verzekeringsactiviteiten en het waarborgen van de goede werking van de interne verzekeringsmarkt?

Art.3:38 Wft:

“Het is een schadeverzekeraar met zetel in Nederland verboden schaden te verzekeren veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of mouterij die zich in Nederland voordoen. In zee-, transport-, luchtvaart- en reisverzekeringen is het evenwel toegestaan risico's van molest te verzekeren in de algemeen gebruikelijke molestclausules zolang de Nederlandsche Bank daartegen geen bedenkingen naar voren heeft gebracht.”

¹⁰¹⁸ Ingevolge art. 3:43 lid 1 Wft is art. 3:38 Wft ook van toepassing op een schadeverzekeraar, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang, met zetel in een staat die geen lidstaat is, die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor haar onderscheidenlijk zijn bedrijf uitoefent.

¹⁰¹⁹ Bepaling is ook van overeenkomstige toepassing verklaard op schadeverzekeraars met zetel in een staat die geen lidstaat is en die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor verzekeringsactiviteiten uitvoert.

In de Wft wordt onderscheid gemaakt tussen groot en klein molest. Verzekeraars sluiten in de praktijk vrijwel alle vormen van molest uit. Onder het zogenaamde groot molest vallen gewapende conflicten, burgeroorlogen, opstanden, binnenlandse onlusten, oproer en mouterij. Dit wetsartikel bevat een verbodsbepaling (hierna molestverbod) voor de schadeverzekeraars met zetel in Nederland. Dit molest-verbod geldt ten aanzien van het verzekeren van de schade veroorzaakt door of ontstaan uit een gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of mouterij die zich in Nederland voordoen.

12.2.1. Waarom is het molestverbod actueel en van belang?

Tegenstellingen tussen verschillende groepen in de maatschappij worden scherper, vooral als het gaat om verschillen in etniciteit, geloof, maar ook tussen arm en rijk en tussen laagopgeleiden met of zonder werk en hoogopgeleiden met werk. Een mogelijk gevolg van deze tegenstellingen is de sociale uitsluiting van bepaalde groepen. In combinatie met toenemende individualisering leiden de verscherpte tegenstellingen tot een afname van solidariteit en tolerantie ten opzichte van een ander. Dit kan leiden tot toenemende spanningen en onrust in de maatschappij en daarmee tot toenemende risico's met betrekking tot de maatschappelijke veiligheid. Sociale onrust kan leiden tot rellen en dit kan het gevoel van onveiligheid maar ook grote schade aan o.a. infrastructuur, gebouwen en bezit veroorzaken.

De maatschappelijke tegenstellingen en het wantrouwen jegens een ander dragen eveneens bij aan een groter gevoel van onveiligheid. Al behoort Nederland tot de veiligste landen ter wereld en nemen de criminaliteitscijfers al jaren af, toch staat veiligheid bovenaan de lijst van onderwerpen waar Nederlanders zich zorgen over maken. Burgers eisen dan ook dat er alles aan gedaan wordt om veiligheidsrisico's te voorkomen en te verkleinen. De toenemende angst voor veiligheidsrisico's leidt tot meer maatregelen en strengere eisen op het gebied van veiligheid.¹⁰²⁰

De aanslagen van de afgelopen jaren o.a. in Parijs¹⁰²¹, Brussel¹⁰²², Berlijn¹⁰²³, het voor Nederland vastgestelde dreigingsniveau 'substantieel' op aanslagen¹⁰²⁴ en de aanhoudende oorlog in het Midden-Oosten rechtvaardigen de conclusie dat de dreiging van terrorisme en oorlog actueel is.¹⁰²⁵

12.2.2. Oorsprong artikel 3:38 Wft

Het molestverbod uit art. 3:38 Wft is een reactie op de situatie zoals die als gevolg van de Tweede Wereldoorlog (hierna WOII) in Nederland was ontstaan¹⁰²⁶ en waarbij de omvang van de schade in schril contrast bleek te zijn met de mogelijkheden van de verzekeringsbranche om hiervoor dekking te bieden. Wegens de omvang van het potentiële risico op schade kent de Nederlandse toezichtwetgeving op schadeverzekeraars dit verbod op het verzekeren van schade door molest.¹⁰²⁷

Hier gaat het om een verbod om schade te verzekeren, veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer en mouterij.

De ratio achter het verbod is dat oorlogsmolest naar het oordeel van de wetgever *onaanvaardbare* financiële risico's met zich brengt. Door de grootte van als gevolg van een dergelijk evenement veroorzaakte schade kan de verzekeraar in ernstige financiële problemen raken, met als gevolg dat verplichtingen richting

¹⁰²⁰ TNO-rapport | TNO 2013 R10460 'Oog voor Innovatie', p. 92-93.

¹⁰²¹ Hier gaat het om de zestal terroristische aanslagen in de avond en nacht van vrijdag 13 november 2015, opgeëist door Islamitische Staat.

¹⁰²² De aanslagen door Islamitische Staat in Brussel op 22 maart 2016.

¹⁰²³ De aanslag van 19 december 2016 op een kerstmarkt in het centrum van Berlijn.

¹⁰²⁴ Zie hiervoor het nieuwsbericht van 21 juli 2017 'Weet wat je moet doen bij een terroristische aanslag' www.nctv.nl/actueel/nieuws/2017/weet-wat-je-moet-doen-bij-een-terroristische-aanslag.aspx. Het dreigingsniveau 'substantieel' houdt in dat de kans op een aanslag in Nederland reëel is, maar dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat er voorbereidingen worden getroffen voor een aanslag.

¹⁰²⁵ Zie hierbij ook Van Eekhout 2016.

¹⁰²⁶ Zie MvT Wijzigingswet financiële markten 2012, p. 5.

¹⁰²⁷ Volgens Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 125, heeft molest betrekking op overlast, geweld of beschadiging. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen oorlogsmolest en onlusten, stakersmolest. Zie hierbij ook MvT bij regeringsontwerp 19 529, p. 32 waarin ten aanzien van art. 7.17.2.9 is gesteld: "Dit artikel heeft naast artikel 64 van de Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993 geen zelfstandige betekenis. Dit laatste artikel verbiedt het immers de verzekeraar in beginsel niet alleen oorlogsmolest, maar ook andere vormen van groot molest te verzekeren. Omdat de praktijk zich daarom op artikel 64 van de Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993 zal blijven richten, kan het onderhavige artikel als overbodig vervallen."

polishouders niet nagekomen kunnen worden.¹⁰²⁸ Met dit instrument beoogt de wetgever dus de solventie van de dienstverlener (verzekeraar) te waarborgen en de consument van de dienst (verzekerde) te beschermen.¹⁰²⁹

Het verbod op het bieden van verzekeringsdekking voor oorlogsmolest¹⁰³⁰ heeft als doel om verzekerden en schadeverzekeraars te beschermen tegen een mogelijk groot nadeel zoals faillissement van de verzekeraar, en om te voorkomen dat bijvoorbeeld bij multibranche verzekeraars het verzekeren van molest ten koste gaat van de verzekerden van producten uit andere branches.¹⁰³¹

De bepaling uit art. 3: 38 Wft is niet nieuw maar is overgenomen uit Wtv 1993 (art. 64 lid 2 en art.13 lid 1 aanhef en onder d), welke laatste bepaling afkomstig is van art. 26, tweede lid, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1986 (hierna WTV)¹⁰³² en art. 6 lid 1 Wet op het Schadeverzekeringsbedrijf 1963 (hierna WOS). In art. 6 lid 1 WOS werd bepaald dat verzekeringsondernemingen geen overeenkomsten tot dekking van oorlogsschade op onderlinge grondslag mochten sluiten zonder verklaring van geen bezwaar van de Verzekeringskamer.

In 1981 werden Kamervragen gesteld naar aanleiding van de schade door winkeliers en ondernemers in Nijmegen als gevolg van de verstoring van de openbare orde.¹⁰³³ In het antwoord op deze vragen werd aangegeven dat *“verzekeraars bepalen zelf, individueel of te zamen, welke vormen van molest zij in de verzekeringen willen uitsluiten”*. Verder is gesteld dat onder het begrip molest vele gewelddadigheden vallen die in zwaarte variëren van een *“gewapend conflict tot en met relletjes”*.

In het antwoord van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken Ted Hazekamp is ook een samenvatting van de voor de molestrisico relevante verzekeringspraktijk uit 1981 opgenomen:

*“De glas- en brandverzekeraars hebben besloten om schade ten gevolge van bij voorbeeld oproer of binnenlandse onlusten met behulp van de molestclausule uit te sluiten, maar schade ten gevolge van bij voorbeeld relletjes of opstootjes te vergoeden. [...] Voor ondernemers bestaat de mogelijkheid om zich te verzekeren tegen schade veroorzaakt door gewelddadigheden die niet onder de veelal geldende verzekeringen vallen (zoals gewapend conflict en oproer), bij maatschappijen die speciale molestverzekeringen afsluiten. Ook op de assurantiebeurzen opererende assuradeuren bieden mogelijkheden tot dekking. Het is voor bedrijven derhalve goed mogelijk zich tegen schade veroorzaakt door ordeverstoringen te verzekeren.”*¹⁰³⁴

Bij de totstandkoming van de WTV werd besloten dat oorlogsmolest alleen door gespecialiseerde onderlingen mocht worden verzekerd, met als voordeel dat in het geval van financiële problemen geen andere branches hieronder zouden lijden. Een ander voordeel van deze regeling was dat de uitkering, mits dat door de onderlinge vóór het sluiten van de overeenkomst was bepaald, verlaagd kon worden met een lagere kans op faillissement. Ten aanzien van de gewone schadeverzekeraars was het verboden om oorlogsmolestdekking te bieden, met uitzondering van de in zee-, transport-, luchtvaart- en reisverzekeringen gebruikelijke molestclausules.

Bij de Wijzigingswet van de WTV werd in verband met de tweede richtlijn schadeverzekeringen bepaald dat *“ondernemingen of instellingen op onderlinge grondslag met zetel buiten Nederland die uitsluitend schade verzekeren, veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer en mouterij (te zamen aangeduid als groot molest)”* de mogelijkheid krijgen om in het kader van het verrichten van diensten naar Nederland deze risico's te verzekeren. Met deze wijziging hebben de onderlingen met zetel in een andere lidstaat dezelfde mogelijkheden gekregen voor het verzekeren van molestrisico als de onderlinge waarborgmaatschappijen met zetel in Nederland.¹⁰³⁵

¹⁰²⁸ Boshuizen en Jager 2008, par. 11.4 en 15.2.

¹⁰²⁹ Van Boom 2006/1.

¹⁰³⁰ Zie Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014, p. 124 betreffende het molestrisico.

¹⁰³¹ Zie MvT Wijzigingswet financiële markten 2012, p. 5.

¹⁰³² Wet toezicht verzekeringsbedrijf WTV, van 18 december 1985, Stb. 705, in werking getreden op 1 januari 1986.

¹⁰³³ Zie Tweede Kamer, zitting 1981, Aanhangsel, 238, p. 463 inzake de antwoorden van de Staatssecretaris Hazekamp (Economische Zaken) van 13 augustus 1981 op de Kamervragen van 19 maart 1981 van de leden van de VVD.

¹⁰³⁴ Zie Tweede Kamer, zitting 1981, Aanhangsel, 238, p. 463 inzake de antwoorden van de Staatssecretaris Hazekamp (Economische Zaken) van 13 augustus 1981 op de Kamervragen van 19 maart 1981 van de leden van de VVD.

¹⁰³⁵ Zie MvT Wijzigingswet WTV 1986, *Kamerstukken II* 1989/90, 21344, nr. 3, p. 15.

Verder is via voornoemde wijziging ook art. 50a opgenomen in de wet. Dit artikel hield een verbod in om molestrisico's in dienstverrichting te verzekeren met een uitzondering ten aanzien van de transport- en reisverzekering met dekking tegen groot molest mits dit geschiedt op basis van de algemeen gebruikelijke molestclausules en zolang de Verzekeringskamer daartegen geen bezwaar heeft gemaakt. Dit artikel bracht met zich mee dat verzekeraars, die diensten verrichten naar Nederland, ten aanzien van het verzekeren van groot molest op gelijke wijze werden behandeld als de verzekeraars met vestiging in Nederland. Voor laatstbedoelde verzekeraars gold immers reeds (op basis van art. 26, tweede lid, de WTV) een identieke regeling.¹⁰³⁶

Het huidige verbod uit art. 3:38 Wft getuigt geenszins van de vooruitstrevendheid van de wetgever. Deze bepaling is immers een reactie op de oorlogsmolestschade die in Nederland tijdens de WOII is ontstaan.¹⁰³⁷

Oorspronkelijk betrof dit verbod ook oorlogsmolestrisico's in het buitenland. Gaandeweg werd de wetgever ervan doordrongen dat een dergelijk ruim verbod te beperkend en onnodig was. Bovendien staat de Wft niet toe dat schadeverzekeraars, ook zou geen verbod voor het dekken van oorlogsmolest in buitenland gelden, zonder meer dit risico op grote schaal gaan verzekeren. Zij moeten immers nagaan of zij het risico kunnen dragen. Vanuit hun risicobeheer moet dan duidelijk blijken of zij catastrofale oorlogsmolestschade kunnen opvangen. Is dit niet het geval dan zullen deze verzekeraars slechts in beperkte mate oorlogsmolest buiten Nederland mogen verzekeren.

De relevante wettelijke bepaling hiervoor is te vinden in art. 23 lid 1 Bpr Wft. Hier is bepaald dat een verzekeraar beleid voert voor het beheersen van relevante risico's (waaronder concentratierisico en verzekeringsrisico). Het vierde lid van art. 23 Bpr Wft geeft aan dat er procedures moeten bestaan en maatregelen moeten worden genomen voor onder andere limietbewaking. Deze procedures en maatregelen moeten bovendien toegesneden zijn op de complexiteit van de werkzaamheden van de desbetreffende verzekeraar. Deze regels zijn van toepassing op de verzekeraars en bieden DNB de ruimte om op te treden indien de spreiding van de risico's als onvoldoende wordt geoordeeld of de concentratie, gezien de genomen dekking, te groot zou worden. Hiermee kan voorkomen worden dat het verzekeren van oorlogsmolest buiten Nederland ten koste gaat van andere branches of tot het faillissement van de verzekeringsonderneming zou leiden.¹⁰³⁸

Als gevolg van dit gewijzigd inzicht van de wetgever en gesteund door de bestaande wettelijke bepaling gericht op het beheersen van risico's is de wet, middels de Wijzigingswet financiële markten 2012 van 30 mei 2011, aangepast. In de Wijzigingswet is dan een beperking opgenomen ten aanzien van het verzekeren van het molestrisico tot schaden, veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of munterij die zich in Nederland voordoen¹⁰³⁹ (dus het hierboven vermelde 1^e zin van artikel 3:38 Wft). In de praktijk wordt het molestverbod nageleefd door een algemene uitsluiting van dergelijke evenementen in de polisvoorwaarden.¹⁰⁴⁰

De voor de schadeverzekeringen relevante Europese schaderichtlijnen (d.w.z. de drie schaderichtlijnen¹⁰⁴¹) hielden geen vermelding in over wel of niet verzekeren van oorlogsriscio's, laat staan een verbodsbepaling gericht op het verzekeren van schade veroorzaakt door oorlogshandelingen. Richtlijn Solvabiliteit II, die per 1 januari 2016 alle voornoemde richtlijnen heeft vervangen, houdt eveneens geen vermelding ter zake in. Wel benadrukt richtlijn Solvabiliteit II de noodzaak van het in kaart brengen van alle relevante risico's en deze van een weging (risico opslag) te voorzien die bepaalt hoeveel kapitaal een verzekeraar moet aanhouden om aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen. Hier gaat het dus om een zgn. totaal balans benadering gebaseerd op alle relevante risico's die een verzekeraar loopt bij het aanbieden van verzekeringen; zoals opzeg-, catastrofe-, markt- en operationeel risico.

¹⁰³⁶ Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 344 nr. 3, p. 23.

¹⁰³⁷ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/109.

¹⁰³⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 782, nr. 2 en 3.

¹⁰³⁹ Wansink 2017, p. 164.

¹⁰⁴⁰ Wansink (Wansink 2017, p. 163-164) geeft aan dat de algemene uitsluiting uit de polisvoorwaarden, transportverzekeringen uitgezonderd, betreffende het molestrisico, een reactie is op het in art. 3:38 Wft opgenomen molestverbod.

¹⁰⁴¹ Richtlijn 73/239/EEG, Richtlijn 88/357/EEG en Richtlijn 92/49/EEG.

12.2.3. Wanneer is er sprake van oorlog of gewapend conflict?

Het Handvest van de Verenigde Naties hanteert voor de definiëring van oorlog of gewapend conflict verwijzing naar “*bedreiging met of het gebruik van geweld*”.¹⁰⁴²

Artikel 2 (4) van het VN Handvest bepaalt:

“in hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat en van elke andere handelswijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde Naties.”

In het volkenrecht wordt oorlog gedefinieerd als een gewapende strijd tussen de staten of iedere gewelddaad die zijn oorsprong kent in vijandelijkheden tussen de staten.¹⁰⁴³

Een oorlog in technische zin (dat wil zeggen een formele situatie na oorlogsverklaring) lijkt niet meer voor te komen. Door nieuwe technieken en maatschappelijke ontwikkelingen ontstaan zogenaamde moderne oorlogen uit gewapende maar ook uit politieke, sociale, psychologische en economische acties.¹⁰⁴⁴ Dat brengt de noodzaak tot een uitbreiding van de definitie van oorlog met zich mee. In deze situatie is sprake van een oorlog of gewapend conflict in materiële zin en wordt accent gelegd op het geweld en catastrofale gevolgen, dus de feitelijke situatie.

De verzekeraar kan niet om deze ontwikkeling heen. Om die reden kan niet meer alleen worden gekeken naar oorlog in technische zin. Daarom is het geboden om bij gebrek aan formele verklaringen en verdragen ook te kijken naar de oorlogshandelingen (gevechten) die tot oorlog in materiële zin leiden. Een mobilisatiebesluit duidt dan bijvoorbeeld het begin van de periode aan waarin het land zich in oorlog bevindt.

Het Verbond heeft, met het doel om verwarring over diverse mogelijke interpretatie en vormen van molest te voorkomen, op 2 november 1981 veertien definities van het begrip molest gedeponereerd bij de Arrondissementsrechtbank Den Haag onder nummer 136/1981.¹⁰⁴⁵ Ingevolge de parlementaire geschiedenis¹⁰⁴⁶ dient voor de uitleg van de molestvormen uit de wet aansluiting gezocht te worden bij de definities van het Verbond. Het gaat om de volgende definities: gewapend conflict¹⁰⁴⁷, burgeroorlog¹⁰⁴⁸, opstand¹⁰⁴⁹, binnenlandse onlusten¹⁰⁵⁰, oproer¹⁰⁵¹, munitie¹⁰⁵², terrorisme¹⁰⁵³, sabotage¹⁰⁵⁴, vordering¹⁰⁵⁵, werkstaking¹⁰⁵⁶, lock-out¹⁰⁵⁷, bedrijfsbezetting¹⁰⁵⁸, model-actie¹⁰⁵⁹, rellen, relletjes en opstootjes¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁴² Zie artikel 2(4) Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, Can TS 1945 nr.7.

¹⁰⁴³ Schuermans/ Van Schoubroeck 2015, p. 782.

¹⁰⁴⁴ Schuermans/ Van Schoubroeck 2015, p. 782, Colle 2015, p. 106.

¹⁰⁴⁵ Blijkens de Parlementaire geschiedenis (Tweede Kamer, zitting 1982-1983, aanhangsel p. 945) was ook na datum deponering van de definities nog onduidelijkheid over de precieze uitleg van het begrip oproer die volgens de minister Korthals Altes van Justitie in de oudere polissen als “*als relletjes te bovengaande*” en in nieuwere polissen als “*een min of meer georganiseerde plaatselijke gewelddadige beweging, gericht tegen het openbaar gezag*” is gedefinieerd. Volgens de arresten van het Belgische Hof van Cassatie van 25 november 1948 (Cass. 25 november 1948, Pass. 1948, I, 668, 670 en 672) werd bij oorlog nog gesproken van een strijd tussen oorlogvoerende legers. Het arbeidshof van Brussel oordeelde in 1977 (Arbeidshof Brussel 25 oktober 1977, Pas. 1977, II, 124) dat het begrip oorlogvoerende legers niet uitsluit dat gewapende groepen burgers guerrillastrijd voeren. Voorwaarde hierbij is dat hun aandeel, hun structuur en de wijze van organisatie overeenstemmen met het begrip ‘leger’ en dat ze een militair geïnspireerd doel hebben. De rechter geeft in dit laatste arrest een meer extensieve uitleg voor het begrip oorlog. Schuermans/ Van Schoubroeck 2015, p. 783, Colle 2015, p. 106.

¹⁰⁴⁶ Zie hiervoor *Kamerstukken II* 1993/94, 23 199, nr. 6, p. 19, 20.

¹⁰⁴⁷ Onder gewapend conflict wordt verstaan elk geval waarin staten of andere georganiseerde partijen elkaar, gebruik makend van militaire machtsmiddelen, bestrijden. Onder gewapend conflict wordt mede verstaan het gewapende optreden van een Vredesmacht der Verenigde Naties. Volgens Wansink (Wansink 2017, p. 164) kent deze definitie in de verzekeringspraktijk inmiddels ook een geactualiseerde versie: “[...] *het gewapend optreden van militaire eenheden onder de verantwoordelijkheid van internationale organisaties zoals de Verenigde Naties, de Noord Atlantische Verdrags Organisatie of de West-Europese Unie wordt ook hieronder verstaan*”.

¹⁰⁴⁸ Onder burgeroorlog wordt verstaan een min of meer georganiseerde gewelddadige strijd tussen inwoners van eenzelfde staat waarbij een belangrijk deel van de inwoners van die staat betrokken is.

¹⁰⁴⁹ Onder opstand wordt verstaan georganiseerd gewelddadig verzet binnen een staat, gericht tegen het openbaar gezag.

¹⁰⁵⁰ Onder binnenlandse onlusten wordt verstaan min of meer georganiseerde gewelddadige handelingen, op verschillende plaatsen zich voordoend binnen een staat.

¹⁰⁵¹ Onder oproer wordt verstaan een min of meer georganiseerde plaatselijke gewelddadige beweging, gericht tegen het openbaar gezag.

¹⁰⁵² Onder munitie wordt verstaan een min of meer georganiseerde gewelddadige beweging van leden van enige gewapende macht, gericht tegen het gezag waaronder zij gesteld zijn.

12.2.4. Geschiedenis molestrisico

Molest is schade die ontstaat in conflictsituaties door moedwil van anderen. Al in de oude Griekse en Romeinse tijd en recht bestonden regelingen die het beoogde doel hadden om verlies en financiële schade als gevolg van o.a. oorlogssituaties te compenseren.

Uit historisch oogpunt is het interessant te weten dat in het oude Rome de regels van 'fas' de relatie tussen de goden en de mensen beheersten.¹⁰⁶¹ Alles wat tegen deze regels inging werd 'nefas' genoemd wat taboe betekent en werd beschouwd als een gebeurtenis of een daad die de harmonie tussen de goden en de Romeinen verstoortte. Al was het 'nefas', door een enkeling begaan, had gevolgen voor de hele Romeinse bevolking en de hele groep werd gestraft. Ziekte, oorlog en natuurrampen, die Rome en haar bewoners troffen, werden als een dergelijke straf van de goden geïnterpreteerd.

In het Romeinse recht beheersten de regels van 'ius' de onderlinge verhoudingen tussen de Romeinse burgers. In de tweedeling tussen fas en ius ligt de oorsprong van het moderne onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De naleving van de fas was een algemeen belang voor de hele Romeinse bevolking aangezien de straffen van de goden wegens nefas verstrekkende gevolgen konden hebben voor de hele bevolking. Met het bestraffen van de daders werd dan ook getracht om de goden te verzoenen. Aan de andere kant leverde het handelen in strijd met ius versterking in de verhouding tussen de burgers op.

Uitgaande van de Romeinse opvatting van oorlog als straf van goden is het moeilijk te veronderstellen dat in het Romeinse Rijk men bereid zou zijn geweest om deze straf van de goden te verzekeren, of anders gezegd dat men bereid zou zijn geweest de financiële risico's en schade gepaard met oorlog en oorlogsgeweld over te nemen.

Als we uitgaan van de verzekering als zelfstandige overeenkomst dan kan gesteld worden dat deze contractvorm in de oudheid nog onbekend was.¹⁰⁶² Bij de oude Grieken was wel een rechtsfiguur bekend waarbij geld werd geleend op voorwerpen die aan gevaren van de zee werden blootgesteld.¹⁰⁶³ Daarbij gold de voorwaarde: mochten deze voorwerpen door de zee worden vernietigd dan zou degene die ze geleend had van zijn verplichting tot terugbetaling van het geleende worden bevrijd. Deze rechtsfiguur werd overgenomen door de Romeinen onder de benaming pecunia trajecticia of fenus nauticum (zee-interest).¹⁰⁶⁴

De pecunia trajecticia of fenus nauticum was een vorm van commerciële lening¹⁰⁶⁵ met een Griekse oorsprong, waarbij fenus de aanduiding was voor de rente.¹⁰⁶⁶ Deze kredietovereenkomst functioneerde als een zeeverzekering. De geldlener leende een geldbedrag waarmee goederen werden aangeschaft en een boot werd gehuurd. Partijen kwamen overeen dat de geldlener pas betaald krijgt als het zeetransport onbeschadigd de plaats van bestemming heeft bereikt. Dat betekent dus dat het risico van scheepbreuk door de geldlener werd gedragen.¹⁰⁶⁷ Als tegenprestatie voor het dragen van dit risico kreeg de geldlener rente over de lening.

¹⁰⁵³ Onder terrorisme wordt verstaan gewelddadige handelingen begaan door enige organisatie teneinde indruk te maken op de bevolking en een klimaat van onzekerheid te scheppen.

¹⁰⁵⁴ Onder sabotage wordt verstaan kwaadwillige handelingen niet begaan door de verzekerde zelf en gericht op het verhinderen van het normaal functioneren van een dienst of onderneming of het belemmeren van het verkeer.

¹⁰⁵⁵ Onder vordering wordt verstaan het beschikbaar stellen van roerende of onroerende zaken en rechten op grond van een maatregel van iemand die overheidsgezag uitoefent.

¹⁰⁵⁶ Onder werkstaking wordt verstaan het gemeenschappelijk niet of slechts gedeeltelijk uitvoeren van het legitiem opgedragen werk door een aantal werknemers in een onderneming.

¹⁰⁵⁷ Onder lock-out wordt verstaan het door een werkgever als strijdmiddel in een arbeidsconflict verbieden of verhinderen aan een groep van zijn werknemers of zijn gehele personeel deel te nemen aan het arbeidsproces, gepaard gaande met stopzetting van loonbetaling.

¹⁰⁵⁸ Onder bedrijfsbezetting wordt verstaan het zonder toestemming van de werkgever aanwezig zijn op een bedrijfsterrein waarbij tegelijkertijd de werkgever wordt verhinderd in de toegang tot het bedrijfsterrein en/of in de uitoefening van zijn taak en bevoegdheid.

¹⁰⁵⁹ Onder model-actie wordt verstaan het op zodanige wijze toepassen van een in of uit wet of arbeidsovereenkomst vervat c.q. voortvloeiend voorschrift terzake van de legitiem opgedragen arbeid, dat een normale bedrijfsvoering hierdoor wordt belemmerd.

¹⁰⁶⁰ Onder rellen, relletjes of opstootjes wordt verstaan incidentele geweldsmanifestaties.

¹⁰⁶¹ Lesaffer 2013, p. 58.

¹⁰⁶² Boshuizen 2001, p. 95.

¹⁰⁶³ Zie Rinkes 2016, p. 84 over de Griekse zeerente uit de 4^e eeuw v. Chr.

¹⁰⁶⁴ Spruit, Feenstra & De Ligt 1996, p. 726-728, Rinkes 2016, p. 84.

¹⁰⁶⁵ Pichonnaz 2008, p. 423.

¹⁰⁶⁶ Pichonnaz 2008, p. 426, Minaud 2011, p. 309

¹⁰⁶⁷ Zimmermann 1996, p. 181.

De vergoeding van het risico van de geldlener werd betaald middels de rente. Hoe hoger het risico, hoe hoger de bedongen rente.

Tijdens de periode van de Republiek¹⁰⁶⁸ was piraterij (piratarium insidiae) een van de grootste risico's bij de zee-reizen of –transporten.¹⁰⁶⁹ Eerst was de rente aan geen limiet gebonden tot Justinianus een maximum van 12% aan rente vaststelde.¹⁰⁷⁰ Stipulatie was hier voor het rentebeding niet nodig: een nudum pactum was voldoende.¹⁰⁷¹

De rente gold dus niet als compensatie voor het gebruik van de geleende kapitaal, maar was een zogenaamde 'pretium periculi'. Een premie voor het dragen van het risico op gevaar.¹⁰⁷² De rente en het geleende moesten slechts betaald worden bij veilige aankomst¹⁰⁷³ in de afgesproken haven met de getransporteerde aan boord.¹⁰⁷⁴ Om die reden had de geldlener er alle belang bij om het transport goed te controleren en op de hoogte te zijn van wat tijdens het transport gebeurde. Hiervoor was het gebruikelijk dat een slaaf van de geldlener meevoer op de boot.

Alhoewel wetenschappers van de latere eeuwen worstelden met het begrijpen van de rechtsfiguur fenus nauticum, is het gebruik hiervan voortgezet.¹⁰⁷⁵ Gedurende de tijd van usus modernus werd het vermengd met de middeleeuwse rechtsfiguur bruikleen (bottomry loan).¹⁰⁷⁶ Deze rechtsfiguren werden door de oude Grieken en Romeinen als een bijzondere vorm van geldlening gezien ten behoeve van het zeevervoer. Ze hadden kenmerken van een contract van geldlening en van de overeenkomst tot schadeverzekering, met als bijzonder aspect dat er geen sprake was van een uitkeringsplicht, wel van het kwijtschelden van schulden indien een gebeurtenis met vernietigende gevolgen zich voordeed op de zee.

In de middeleeuwen kwam deze rechtsfiguur weer in beeld in Europa onder de naam bodemerij.¹⁰⁷⁷ De naam is afgeleid van het werkwoord bodemen, dat uit Neder-Duits stamt en de betekenis heeft van geld schieten op de bodem van een schip. De geldschietter van het bodemerijcontract had geen belang bij de verbodemde (vervoerde) zaken. Hij sloot een overeenkomst waarbij hij tegenover het risico van verlies van zijn geld een royale vergoeding bedong. De bodemerij wordt als de voorganger van de huidige verzekeringsovereenkomst gezien.¹⁰⁷⁸ Het zelfstandige begrip en contractsvorm *assicuratio* (verzekering) staat eerst in het studieboek van Santerna en Straccha uit de 16^e eeuw vermeld.¹⁰⁷⁹

Een grote stap van de middeleeuwen naar het begin van de 20^e eeuw maakt noodzakelijk om stil te staan bij de verschrikking van de Eerste Wereldoorlog (hierna WO I) en meer specifiek bij het karakter van onverwachte, onmogelijk geachte gebeurtenissen die door Treub¹⁰⁸⁰ als volgt werden beschreven: "*De lucht was in Juli 1914 zeker al lang niet helder meer, maar toch trof het uitbreken van de Europeeschen oorlog als een donderslag.[...]En toen zoo plotseling het ongedachte, zoo niet onmogelijk geachte, werkelijkheid was geworden, scheen alles uit zijn voegen geslagen.*"

Van Leeuw geeft treffend aan:

"*Geen Nederlander die de gevolgen van de Grote oorlog niet ondervond. Velen denken dat hier toen niets gebeurde... Vergeet het*".¹⁰⁸¹

¹⁰⁶⁸ De periode van de Republiek is een fase in de geschiedenis van de Romeinen die begon met de eerste verkiezing van de consuls in 509 v. Chr. en eindigde met het vestigen van de eerste keizerlijke dynastie door Octavianus 478 jaar later.

¹⁰⁶⁹ Zimmermann 1996, p. 181.

¹⁰⁷⁰ De rentetarieven die Griekse geldleners gebruikten 400 jaar voor onze jaartelling lagen vaak tussen 22,5 en 33,3 procent voor het afdekken van het risico op gevaar.

¹⁰⁷¹ Hijmans 1927, p. 94-95, Pichonnaz 2008, p. 426, waarin gerefereerd wordt naar:

"*Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*" vanuit Diocl. C. 4,33,2; Iust.C.4,32,26,2; PS 2,14,3.

¹⁰⁷² Zimmermann 1996, p. 182.

¹⁰⁷³ Hijmans 1927, p. 94-95.

¹⁰⁷⁴ Werkwijze fenus nauticum: si navis intra certum tempus pervenerit in portum.

¹⁰⁷⁵ Zimmermann 1996, p. 185.

¹⁰⁷⁶ Zimmermann 1996, p. 186.

¹⁰⁷⁷ Boshuizen 2001, p. 96.

¹⁰⁷⁸ Boshuizen 2001, p. 97.

¹⁰⁷⁹ Zie Boshuizen 2001, p. 97, met verwijzing naar P. Saterna, *De assecurationibus et sponsonibus*, Genua 1522 en B. Straccha, *De assecurationibus*, Lyon 1556 en *Tractatus de assecurationibus*, Lyon 1569.

¹⁰⁸⁰ Zie hiervoor Treub 2012.

¹⁰⁸¹ Van Leeuw 2014, www.redactie-communicatie.nl/wp-content/uploads/Nederland-WO-I.pdf

Zeer vroeg, al in augustus 1914 werd het gevaar voor de scheepvaart en zeevisserij op de zee als zeer groot ingeschat. Meerdere zee incidenten¹⁰⁸² na dato lieten zien dat deze inschatting van het risico niet overdreven was. Wegens deze risico- inschatting werd reeds op 26 augustus 1914 aangedrongen op een verzekering van regeringswege betreffende het oorlogsgevaar ter zee.¹⁰⁸³ De regering wees dit verzoek af. Alternatief bleef, zeker tot de aankondiging van de verscherping van de duikbotenoorlog door de Duitsers begin februari 1915, een polis bij een particuliere verzekeraar tegen steeds hogere premie.¹⁰⁸⁴

Volgens Treub¹⁰⁸⁵ werd op 24 februari 1915 wegens het steeds groter gevaar, een wetsontwerp ingediend, volgens welke de minister van Landbouw, Nijverheid en Handel gemachtigd werd om, indien nodig, van overheidswege overeenkomsten ter verzekering van oorlogsmolest te sluiten.¹⁰⁸⁶

Niet alleen de interesse voor het verzekeren van schepen was groot, ook levensverzekeraars deden goede zaken bij de aanvang van de WOI. Nu voor grote groepen mensen *‘het leven aan een zijden draad lijkt te hangen ruiken levensverzekeringsmaatschappijen gouden kansen’*.¹⁰⁸⁷ Deze verzekeraars introduceerden de *‘oorlogsrisicoverzekering’*. Ze hadden alle vertrouwen in de neutraliteit van Nederland.

De Nederlandse Levensverzekeringsmaatschappijen gaven de mogelijkheid voor diegenen die een kapitaalverzekering hadden gesloten, die betaalbaar was bij overlijden, en gemobiliseerd waren of op welke andere wijze aan de gevaren van oorlog blootgesteld waren, zich tegen oorlogsrisico te verzekeren.

Dit proefschrift gaat niet over de geschiedenis van oorlogsrisico’s en om die reden wordt verder niet ingaan in de regelgeving en initiatieven op het gebied van het verzekeren van het oorlogsrisico in Nederland tijdens de WOI. Om die reden wordt in deze paragraaf een verdere stap gemaakt in de tijd met een tussenstop bij de aan het einde van WOI gesloten Vrede van Versailles die helaas voldoende aanleiding gaf voor de Britse econoom John Maynard Keynes om op 28 juni 1919 het rampzalige gevolg van deze brutale vrede voor te stellen, namelijk een nieuwe oorlog.¹⁰⁸⁸

Gelet op de terughoudendheid van de Nederlandse regering om tijdens WOI een voorstel ter verzekering van molestrisico van overheidswege te steunen werd in 1918 de Vereniging Molestrisico¹⁰⁸⁹ opgericht. Na het uitbreken van de WOII in mei 1940 was het niet meer mogelijk om toe te treden aan deze vereniging.¹⁰⁹⁰

*“De Vereeniging ‘Molestrisico’ aangesloten bij Centraal Beheer, heeft de gelegenheid geopend, bezittingen tegen molestrisico te verzekeren. Het bereikbare voor een vrijwillige onderlinge verzekering van dezen aard is daarmee bereikt, doch dat bereikbare is onbevredigend en waarom?”*¹⁰⁹¹

Wegens de groeiende behoefte werd een tweede vereniging opgericht, onder de naam Vereeniging Nieuw Molestrisico.¹⁰⁹² In 1941 bepaalde de regering dat schade toegebracht aan particulieren en ondernemingen

¹⁰⁸² Zie bijvoorbeeld het laten zinken van de Nederlandsche stoomboot *Medea* eind maart 1915 door de Duitse U-boot, U26 bij het eiland Wright, het op 17 juni 1915 door mijnen verwoeste schip *Breskens* en het op 16 maart 1916 gezonken Nederlandsche schip *Tubantia* dat door een Duitse torpedo werd geraakt.

¹⁰⁸³ Zie Treub 2012 en verder Handelingen, Tweede Kamer 1913-1914, 26 augustus 1914, p. 2605 waaruit blijkt dat tijdens deze vergadering de vraag is gesteld of *“het niet gewenscht ware, dat de Regering zich belaste met de verzekering van het molest-*risico*”*.

¹⁰⁸⁴ Treub 2012.

¹⁰⁸⁵ Treub 2012.

¹⁰⁸⁶ Hier gaat het om de Oorlogsmolestverzekeringwet van 1915.

¹⁰⁸⁷ Van Leeuw 2014, p. 114.

¹⁰⁸⁸ Van Leeuw 2014, p. 416.

¹⁰⁸⁹ Deze vereniging was een bij de Coöp. Vereeniging ‘Centraal Beheer’, G.A. Singel 126 te Amsterdam, aangesloten organisatie die zich bezig hield met het verzekeren op onderlinge grondslag van het schade veroorzaakt door oorlogsdaden. Zie Kranten Regionaal Archief Alkmaar, Wieringer Courant, 1940, 3 augustus 1940, p. 1, <https://kranten.archiefalkmaar.nl/issue/WC/1940-08-03/edition/0/page/1>.

¹⁰⁹⁰ Zie Handelingen Eerste Kamer 1939-1940, 15 februari 1940, p. 257 waarin de vraag is gesteld of het voldoende is om de dekking van molestschade aan een particuliere verzekering over te laten.

¹⁰⁹¹ Zie Handelingen Eerste Kamer 1939-1940, 15 februari 1940, p. 257.

¹⁰⁹² Als voorbeeld van verzekering betreffende molest risico wordt verwezen naar de Polis inzake verzekering tegen molest risico van de gemeente-eigendommen uit 1941, Westfries Archief, www.westfriesarchief.nl/onderzoek/zoeken/personene?mivast=136&mizig=210&miadt=136&miaet=1&micode=1404&minr=1018668&miview=inv2&milang=nl, Verzekering van bedrijfsmolest risico voor de periode 1942-1945, Stadsarchief Kampen, www.stadsarchiefkampen.nl/doorzoekaltes?view=maisinternet&mivast=69&mizig=210&miadt=69&miaet=1&micode=00003&minr=11525069&miview=inv2&milang=nl, polissen van verzekeringen tegen brand en molestrisico 1934, 1940, 1943, 1945-1946 van de Oud-katholieke parochie van Sint Jacobus te Utrecht, Utrecht archief, <http://hetutrechtsarchief.nl/onderzoek/resultaten/archieven/?criminelesententies&mivast=39&mizig=210&miadt=39&miaet=1&micode=842-3&minr=1003740&miview=inv2&milang=nl>. Zie ook het voorstel van Centraal Beheer tot oprichting van een nieuwe vereniging tot de dekking van het molestrisico, Historische kranten- Archief Eemland, Amersfoortsche Dagblad, De Eemlander,

door het Rijk zou worden vergoed. De vergoeding bleek direct na dit besluit aanzienlijk: 75% à 80 % van de schade.¹⁰⁹³ Duidelijk is dat deze regeling als aanvulling op de met de private verzekeraars gesloten verzekeringsovereenkomst kwam en dat deze verzekeraars geen beperking, anders dan hun eigen risico-inschatting, kenden ten aanzien van het verzekeren van *molestisico*'s.

Na de afloop van de WOII bleek dat bij Molest Risico en Nieuw Molest (onderlingen) risico tezamen meer dan 32.000 schadegevallen waren gemeld en behandeld. In 1949 was in 96% van het totaal aantal gevallen overeenstemming bereikt met de verzekerden. In de overige 4% van de gevallen kon de uiteindelijke vaststelling van de schadevergoeding nog niet plaatsvinden.¹⁰⁹⁴

Ingevolge Koninklijk Besluit, het Besluit op de Materiële Oorlogsschaden 1945 werd een voorlopige wettelijke regeling opgenomen inzake de Rijksbijdragen, die voor de verschillende schaden waren vastgesteld. Deze bedragen gaven samen met de uitkering vanuit de onderlingen een vergoeding voor de gedupeerden als gevolg van schade door oorlogsdaden.

De uiteindelijke Wet op de Materiële Oorlogsschaden¹⁰⁹⁵ uit 1950, leverde een belangrijke bijdrage aan de afwikkeling van de molestschadeclaims uit de WOII. Uiteindelijk hebben meer dan 500.000 personen en bedrijven een beroep gedaan op de oorlogsschaderegelingen en werd aan de gedupeerden een bedrag van 6,3 miljard gulden aan schadevergoedingen uitgekeerd.¹⁰⁹⁶ Dit betekende echter nog niet dat alle schade voortvloeiend uit de verschikkingen van de WOII volledig was afgehandeld.¹⁰⁹⁷ Om die reden waren door de Nederlandse overheid verschillende onderzoekscommissies ingesteld om een beter beeld te krijgen over het naoorlogse rechtsherstel.¹⁰⁹⁸

12.3. Bestanddelen artikel 3:38 Wft

In art. 3:38 Wft wordt onderscheid gemaakt tussen groot en klein molest.

Zoals eerder in dit hoofdstuk toegelicht bevat dit artikel een verbodsbepaling van toepassing op de schadeverzekeraars met zetel in Nederland. Deze verbodsbepaling geldt ten aanzien van het verzekeren van de schade veroorzaakt door of ontstaan uit een gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of muerij die zich in Nederland voordoen. In de praktijk worden deze evenementen uitgesloten van de verzekeringsdekking middels een algemene uitsluiting in de polisvoorwaarden.

De voorwaarde van de Nederlandse Beurscasco polis voor de Binnenvaart 1991 bepaalde onder meer: onder molest wordt verstaan oorlog, geweld, muerij, kaperij, zeeroverij, aanhouding op last van hogerhand, oproer, burgeroorlog en represailles. Tevens werd in deze voorwaarde de term geweld nader gespecificeerd als geweld waaronder de *“uitwerking van torpedo's, drijvende en vaste mijnen, bommen en andere voor oorlogsgebruik bestemde vernielingswerktuigen”* maar ook *“geweld gepleegd in verband met staking, uitsluiting van werklieden, opstootjes of plaatselijke ongeregeldheden”*.¹⁰⁹⁹

Deze bepalingen inzake molest en geweld zijn niet meer terug te vinden in de voorwaarden van het Nederlandse beurs-casco polis voor de binnenvaart 2006 en de Nederlandse beurs-cascopepolis voor de binnenvaart 2011.

1940, 11 juli 1940, p. 6, <http://archiefeeland.courant.nu/issue/ADDE/1940-07-11/edition/0/page/6>. Zie verder Handelingen Eerste Kamer 1953/54, 13 oktober 1953 inzake wijziging van de Wet op de Materiele oorlogsisico met een verwijzing naar de maatregelen die in 1940 zijn genomen ter dekking van het risico op oorlogsschade. Hier is gesteld dat *“toen in 1940 vaststond, dat het Rijk „iets” zou doen ter tegemoetkoming in de schade door molest, maar men nog volkomen in het onzekere verkeerde omtrent de omvang, waarin dat zou geschieden, zijn er onderlinge verzekeringmaatschappijen in het leven geroepen. Deze hadden ten doel, al die schaden die de Staat niet zou vergoeden, door het bijeenbrengen van premies uit een daartoe gevormde pot, onderling te vergoeden. In de polissen van de molestonderlingen stond dan ook onveranderlijk: de door ons gevormde pot heeft ten doel te suppleren wat het Rijk zal blijken niet te vergoeden. De grondgedachte was dus: Geen cumulatie, allereerst komt het Rijk en daarna de pot.”*

¹⁰⁹³ Zie Dagblad Noord-Holland, Schager editie, 1942, 30 juni 1942, p. 3.

¹⁰⁹⁴ Zie Krantenbank Zeeland, De Schakel 1949, 4 november 1949, p. 1, <https://krantenbankzeeland.nl/issue/sch/1949-11-04/edition/0/page/1?query>

¹⁰⁹⁵ De wet werd aangenomen op 9 februari 1950, gepubliceerd in *Stb.*K31.

¹⁰⁹⁶ Zie www.oorlogsgetroffenen.nl/thema/rechtsherstel/04_Schadevergoedingen.

¹⁰⁹⁷ Wat betreft de discussies en wisselende politieke wil zie Handelingen Tweede Kamer inzake de vergoeding van de oorlogsschade aan hen die door de oorlog met Japan zijn getroffen, Aanhangsel Tweede Kamer, zitting 1952/53, p. 7 met verwijzing naar Handelingen 1950/51, blz. 2424.

¹⁰⁹⁸ Zie hiervoor de commissies Van Kemenade, Scholten, Kordes en Van Gaalen.

www.oorlogsgetroffenen.nl/thema/rechtsherstel/07_Onderzoekscommissies_naoorlogs_rechtsherstel.

¹⁰⁹⁹ Zie Nederlandse Beurscascopepolis voor de Binnenvaart 1991.

Voor wat betreft de verzekeringen ter beurze geldt volgens Wansink¹¹⁰⁰ dat alle polisvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden betreffende de transportverzekeringen, een algemene uitsluiting van het molestrisiko kennen.

Hieronder worden de verschillende relevante termen van art. 3:38 Wft toegelicht.

12.3.1. Schadeverzekeraar met zetel in Nederland

Schadeverzekeraars met zetel in Nederland mogen de in art. 3:38 Wft opgesomde molestrisiko's niet verzekeren. Deze voor de schadeverzekeringen bestaande uitsluiting betreffende groot molest is ook van toepassing op eventuele bijverzekeringen ofwel aanvullende dekkingen, producten die onder de definitie van levensverzekering vallen.¹¹⁰¹

Een vorm van verzekering van het zgn. landmolest (te onderscheiden van het zeemolest) is die waarbij de deelnemers eventueel een geringe jaarlijkse bijdrage betalen. Wanneer zich ten gevolge van molest schaden van enige omvang voordoen worden deze, voor zover zij niet langs andere weg worden vergoed, omgeslagen over de deelnemers naar evenredigheid met de door hen verzekerde bedragen, met dien verstande dat de omslag tot een bepaald percentage per boekjaar (dat een hele oorlogsperiode kan omvatten) is beperkt. Voor zover de omslag onvoldoende is voor dekking van de in dat boekjaar voorgevallen schaden, wordt de schade niet vergoed.¹¹⁰²

Conform de in art. 1:1 Wft opgenomen definitie heeft de verbodsbepaling betrekking op een schadeverzekeraar die statutaire zetel heeft in Nederland en voor de uitoefening van zijn bedrijf over een vergunning beschikt. Onder de schadeverzekeraar valt ingevolge art. 1:1 Wft diegene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van schadeverzekeringen voor eigen rekening en het afwickelen van die schadeverzekeringen. Onder de schadeverzekeringen vallen ingevolge art. 1:1 Wft:

“de schadeverzekeringen zoals die bedoeld zijn in art. 7: 944 BW¹¹⁰³, niet zijnde een natuura-uitvaartverzekering, de ongevallenverzekeringen en de sommenverzekeringen als bedoeld in art. 7: 964 van BW¹¹⁰⁴, niet zijnde een levensverzekering of een financieel instrument, met dien verstande dat voor de toepassing van de Wft een verzekering slechts als schadeverzekering wordt aangemerkt indien sprake is van een uitkerings-plicht ten gevolge van een onzeker voorval of een onzekere omstandigheid waardoor de verzekerde in zijn belangen wordt getroffen.”

De in art. 3:38 Wft uitgesloten risico's mogen overigens wel worden verzekerd door een onderlinge waarborgmaatschappij die uitsluitend molestrisiko's verzekert. Ingevolge art. 1:6 lid 1 aanhef en onder d) Wft vallen deze onderlinge waarborgmaatschappijen met zetel in Nederland en ondernemingen op onderlinge grondslag met zetel buiten Nederland die uitsluitend groot molest verzekeren immers niet onder de werking van de Wft. Op deze maatschappijen is de Wft en meer specifiek het molestverbod dus niet van toepassing.¹¹⁰⁵ Dit brengt met zich mee dat onderlinge waarborgmaatschappijen die uitsluitend molestrisiko verzekeren het groot molest risico binnen Nederland ook mogen verzekeren. Een voorbeeld van een dergelijke onderlinge waarborgmaatschappij was de in 16 juli 1940 opgerichte Onderlinge Oorlogsschadeverzekering Maatschappij (OOM).¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁰ Zie Wansink 2017, p. 163. Hier wordt aangegeven dat volgens de gebruikelijke polisvoorwaarden de algemene uitsluiting betrekking heeft op (1) gewapend conflict, (2) burgeroorlog, (3) opstand, (4) binnenlandse onlusten, (5) oproer, (6) mouterij. De omschrijving van deze vormen van molest sluit aan bij de definities zoals die door het Verbond zijn gedeponereerd op 2 november 1981 ter griffie van de Arrondissementsrechtbank Den Haag onder nummer 136/1981.

¹¹⁰¹ Bondig (uitgave Verbond van Verzekeraars) 27 maart 2003, p. 1. Hier gaat het om producten zoals ongevallen- en/of arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

¹¹⁰² Wurfbain, 1974, p. 126 e.v.

¹¹⁰³ Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.

¹¹⁰⁴ “Sommenverzekering is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Zij is slechts toegelaten bij persoonsverzekering en bij verzekeringen welke daartoe bij algemene maatregel van bestuur, zonodig binnen daarbij vast te stellen grenzen, zijn aangewezen”.

¹¹⁰⁵ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/109.

¹¹⁰⁶ Zie hiervoor www.oomverzekeringen.nl/over-oom/geschiedenis/. OOM groeide snel in de oorlogsjaren, vraag naar de molestverzekering groeide met de vrees voor gevechtshandelingen in Nederland. Na de oorlog bleek de afhandeling van oorlogsschade een complex en langdurig proces. Het duurde tot 1978 dat de laatste schade uit de oorlog aan de rechthebbende was vergoed.

Sinds 1961 veranderde de verzekeraar haar naam in Onderlinge Verzekering Maatschappij O.O.M en is verder een gewone verzekeraar geworden in plaats van een maatschappij die uitsluitend molest verzekert. Het verbod uit art. 3:38 Wft geldt evenmin voor levensverzekeraars, natura- uitvaartverzekeraars en herverzekeraars. Verder geldt sinds 2012 het wettelijk verbod enkel voor het verzekeren van schade als gevolg van groot molest die zich in Nederland voordoet.¹¹⁰⁷

Naar aanleiding van de Kamervragen uit 2008¹¹⁰⁸ aan de minister van Financiën over het handhaven van het molestverbod zoals dat verbod op dat moment gold en meer specifiek of DNB de wet dient te handhaven om te voorkomen dat een verzekeraar door het verzekeren van een zogenaamd onverzekerbaar risico veel te grote financiële risico's loopt, reageerde de minister dat het verbod onnodig beperkend was. De minister gaf aan dat naar aanleiding van verzoeken uit de markt het Ministerie van Financiën onderzoek heeft gedaan naar het verbod voor schadeverzekeraars om oorlogsmolest te dekken. Dit onderzoek heeft, aldus de minister, tot de conclusie geleid dat het verbod onnodig beperkend was. Om die reden stelde de minister dat er een wetsvoorstel zal worden opgesteld om het verbod te laten vervallen.

De minister gaf aan dat de voorgenomen wetswijziging reeds bekend was bij DNB en de markt en dat DNB in overleg met het Ministerie van Financiën, in afwachting van de voornoemde wijziging, een gedoogbeleid zou voeren ten aanzien van verzekeraars die in strijd met het verbod handelden.¹¹⁰⁹

Uit de MvT bij de Wijzigingswet financiële markten 2012 blijkt dat er voorgesteld werd om in het thans geldende verbod op het dekken van oorlogsmolest¹¹¹⁰ dat zich in het buitenland voordoet door schadeverzekeraars met zetel in Nederland en met zetel in een staat die geen lidstaat is vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, te laten vervallen.

De wetgever stelde dat op de verzekeringsmarkt wel degelijk behoefte was aan bijvoorbeeld ziektekostenverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die dekking boden voor het oorlogsmolestrisico in het buitenland. Om die reden bleek het verbod destijds te algemeen en daardoor te beperkend. De wetgever vond dat de thans geldende ruime beperking niet meer nodig was. Verder stelde de wetgever dat de huidige verzekeringswetgeving (in de Wft) niet toestaat dat schadeverzekeraars, ook al zou het hen zijn toegestaan oorlogsmolest in het buitenland te dekken, zonder meer dit risico op grote schaal verzekeren. Schadeverzekeraars zijn immers verplicht om na te gaan of zij het risico kunnen dragen, of zij catastrofale oorlogsmolestschaade kunnen opvangen en indien dat niet het geval is, zullen zij slechts in beperkte mate oorlogsmolest kunnen verzekeren.¹¹¹¹ Met de wijziging van art. 3:38 Wft middels de Wijzigingswet financiële markten 2012 werd het mogelijk om dekking voor oorlogsmolest in buitenland weer aan te bieden.

Wat betekent het bestaandeel *wanneer een risico zich in Nederland voordoet* uit art.3:38? Gaat hier alleen om risico's gelegen in Nederland volgens de definitie van art. 1:1 Wft betreffende de staat waar het risico is gelegen, of gaat enkel om een bepaling die een geografische duiding wil geven van een bepaalde gebeurtenis?

Dat zou met zich meebrengen dat indien deze gebeurtenis zich binnen de landsgrenzen van Nederland voordoet, alle schade, wel of niet in Nederland gelegen volgens de definitie uit art. 1:1 Wft, onder het molestverbod valt. De parlementaire behandeling van deze wetswijziging, die het molestverbod ging beperken tot groot molest in Nederland, biedt ter zake geen duidelijkheid.

¹¹⁰⁷ Ingevolge de Wijzigingswet financiële markten 2012, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-610.html>.

¹¹⁰⁸ Zie de vragen van de leden Tang, Vos en Eijssink (allen PvdA) aan de minister van Financiën over het handhaven van het verbod op het verzekeren van molestrisico door een schadeverzekeraar, ingezonden 15 februari 2008, nr. 2070811680.

¹¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld het Defensie Aanvullings Plan dat door Burgthuys Adviesgroep BV in samenwerking met de schadeverzekeraar de Noordhollandsche van 1816 aan militairen werd aangeboden. Hierbij werd ten aanzien van de ongevallenverzekering overeengekomen dat niet als molest of gewapend conflict zal worden aangemerkt activiteiten van verzekerde in het kader van 'operaties' van internationale organisaties, waarvan Nederland deel uitmaakt (onder andere doch niet uitputtend NAVO, WEU, VN) en/of welke de goedkeuring hebben van de Tweede Kamer der Staten Generaal en/of het Kabinet, dus duidelijk een overtreding van het molestverbod zoals ook bevestigd door de minister in de reactie op de Kamervragen nr. 2070811680.

¹¹¹⁰ Het gaat om schaden veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of munterij.

¹¹¹¹ Zie hiertoe artikel 23, eerste lid, van het Besluit prudentiële regels Wft waarin is bepaald dat een verzekeraar beleid voert voor het beheersen van relevante risico's (bijvoorbeeld concentratierisico en verzekeringsrisico). Het vierde lid van artikel 23 van het Besluit prudentiële regels Wft bepaalt dat er procedures en maatregelen moeten zijn voor onder andere limietbewaking en dat zij moeten zijn toegesneden op de complexiteit van de werkzaamheden van de verzekeraar.

Verder roept de lijst “*bepalingen van algemeen belang*” voor levens- en schadeverzekeraars, gepubliceerd door DNB¹¹¹² vragen op. Op deze lijst is immers art. 3:38 Wft opgenomen als een regel van algemeen belang. Deze lijst van algemeen belang is opgesteld voor verzekeraars uit de EER landen die in Nederland verzekeringen willen aanbieden.¹¹¹³

Aangezien het verbod uit art. 3:38 specifiek gericht is tot schadeverzekeraars met zetel in Nederland en bovendien de wetgever bij het opstellen van deel 3 Wft duidelijk heeft gemaakt dat een limitatieve behandeling van toepasselijk regels op alle in Nederland actieve verzekeraars nastreefde, is het onduidelijk op basis waarvan dit verbod als een regel van algemeen belang gezien zou kunnen worden. Dit zou immers betekenen dat ondanks de nadrukkelijke wens van de Nederlandse wetgever, dit verbod ook voor andere verzekeraars, dan in deel 3 Wft bepaald, zou gelden. Gelet op de bovenstaande argumentatie lijkt het opnemen van deze bepaling op de lijst van regels van algemeen belang geen enkel rechtsgevolg te hebben voor schadeverzekeraars met zetel in een andere lidstaat.

12.3.2. Uitgesloten risico's

Voor wat betreft de door het molestverbod uitgesloten risico's zijn de definities opgenomen in paragraaf 12.2.3 relevant.

Ten aanzien van het molestrisico oordeelde het Hof 's-Gravenhage in 1999¹¹¹⁴ dat waar het gaat om doelbewuste en zorgvuldig voorbereide collectieve acties, gericht tegen de “*overheid en die gepaard gaan met een ernstige verstoring van de openbare orde*” gesproken moet worden van oproer.¹¹¹⁵

In de MvT bij de WTV 1993 werd het begrip ‘oproer’ omschreven als “*een min of meer georganiseerde plaatselijke gewelddadige beweging, gericht tegen het openbaar gezag*”.¹¹¹⁶ Hierbij werd verwezen naar de circulaire van het Verbond uit 1981.¹¹¹⁷ Deze circulaire bevatte een volledige opsomming van de volgens de WTV geldende molestbegrippen. Individuele acties vallen niet onder het begrip oproer. Verder is het duidelijk dat van oproer pas sprake is als de onlusten een zekere omvang hebben bereikt.

Het terrorismerisico werd in de definitie van het Verbond uit 1981 tot klein molest gerekend en als volgt omschreven: “*(...) gewelddadige handelingen begaan door enige organisatie teneinde indruk te maken op de bevolking en een klimaat van onzekerheid te scheppen.*” Terrorisme¹¹¹⁸ wordt dus beschouwd als 'klein' molest en valt daarmee buiten de verbodsbepaling van de Wft welke bepaling ten aanzien van 'groot' molest geldt. Na de gebeurtenissen van 11 september 2001 in New York (Verenigde Staten) heeft de betekenis van het begrip ‘terrorisme’ een nieuwe dimensie gekregen door de enorme verwoesting die deze terroristische acties hebben veroorzaakt.

Aangezien het risico van terroristische acties na de gebeurtenissen van 11 september 2001 veel hoger werd ingeschat, kwam men tot de conclusie dat het risico niet door een enkele verzekeraar kon worden gedragen. Om die reden hebben de overheid en verzekeraars in Nederland naar nieuwe oplossingen gezocht voor het verzekeren van dit risico. Hiertoe is de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (NHT) opgericht.

Deze oplossing waarborgt een gedeeltelijke dekking voor de mogelijke catastrofale gevolgen van de terrorismerisico's en is van toepassing op de verzekeringsovereenkomsten waarbij het risico ingevolge de definitie uit art. 1:1 Wft in Nederland is gelegen (de staat waar het risico is gelegen).

¹¹¹² www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-213531.pdf, www.toezicht.dnb.nl/2/50-201854.jsp.

¹¹¹³ Naast de regels van algemeen belang geldt ten aanzien van verzekeraars met zetel in een andere lidstaat van de EER en die voornemens zijn hun bedrijf uit te oefenen in Nederland, dat ze bij de toegang tot de Nederlandse financiële markten en zich doorlopend op de hoogte dienen te stellen van de in Nederland geldende wet- en regelgeving.

¹¹¹⁴ Hof 's-Gravenhage 28 september 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AK4163.

¹¹¹⁵ Zie ook Wansink 2017, p. 164.

¹¹¹⁶ MvA II, 2399, nr. 6, p. 19–20.

¹¹¹⁷ Het gaat om de tekst die door het Verbond op 2 november 1981 ter griffie van de Rechtbank te 's Gravenhage werd gedeponereerd. In de door Verbond gedeponereerde tekst staat ook een opsomming en toelichting van een aantal risico's die men onder klein molest rekent: terrorisme, sabotage, vordering, werkstaking, lock-out, bedrijfsbezetting, modelactie en rellen, relletjes en opstootjes.

¹¹¹⁸ Terrorisme heeft een doelstelling van niet militaire aard, maar wordt geheel als instrument gebruikt om een boodschap (veelal van ideologische, religieuze of etnische aard) uit te dragen.

Het totaal uit te keren bedrag als gevolg van terrorismeschade is gemaximeerd. In 2003 is dit bedrag op 1 miljard euro per jaar gesteld.¹¹¹⁹ Deze maximumcapaciteit geldt voor de gehele bedrijfstak. Verzekeraars kunnen zich vrijwillig aansluiten bij de NHT.¹¹²⁰

Bij deze regeling valt de ruimere omschrijving van het begrip terrorisme op. Tevens is er sprake van een gedeeltelijke dekking van de schade. In de polisvoorwaarden van de NHT¹¹²¹ is het begrip terrorisme nader gedefinieerd. Onder het begrip terrorisme vallen:

“Gewelddadige handelingen of gedragingen- begaan buiten het kader een van de zes in artikel 3:38 van de Wet op het financieel toezicht genoemde vormen van molest -in de vorm van een aanslag of een reeks van in tijd en oogmerk met elkaar samenhangende aanslagen als gevolg waarvan letsel en/of aantasting van de gezondheid, al dan niet de dood ten gevolge hebbend, en/of schade aan zaken ontstaat dan wel anderszins economische belangen kunnen aantasten, waarbij aannemelijk is dat deze aanslag of reeks – al dan niet in enig organisatorisch verband- is beraamd en/of uitgevoerd met het oogmerk om bepaalde politieke en/of religieuze en/of ideologische doelen te verwezenlijken.”

Aanslagen vormen een reeks wanneer ze in tijd en in doelstelling met elkaar samenhangen. Het terrorismerisico omvat *“terrorisme, kwaadwillige besmetting of preventieve maatregelen dan wel handelingen of gedragingen ter voorbereiding daarvan”*.

De definitie van het begrip ‘kwaadwillige besmetting’ luidt, ingevolge het Clausuleblad, als volgt:

“Het –buiten het kader van een van de zes in artikel 3:38 van de Wet op het financieel toezicht genoemde vormen van molest- (doen) verspreiden van ziektekiemen en/of stoffen die als gevolg van hun (in)directe fysische, biologische, radioactieve of chemische inwerking letsel en/of aantasting van de gezondheid, al dan niet de dood ten gevolge hebbend, bij mensen of dieren kunnen veroorzaken en/of schade aan zaken kunnen toebrengen dan wel anderszins economische belangen kunnen aantasten, waarbij aannemelijk is dat het (doen) verspreiden – al dan niet in enig organisatorisch verband- is beraamd en/of uitgevoerd met het oogmerk om bepaalde politieke en/of religieuze en/of ideologische doelen te verwezenlijken.”

Ten slotte valt ook schade als gevolg van maatregelen van de overheid, verzekerden of derden tegen een onmiddellijk dreigende terroristische aanslag of kwaadwillige besmetting onder de dekking van NHT.¹¹²² De gedeeltelijke dekking houdt in dat de uitkeringsplicht van de verzekeraar beperkt is tot het van de NHT ontvangen bedrag, wat dus geen waarborg vormt voor een volledige vergoeding van de geleden schade.

Bijna alle verzekeraars met zetel in Nederland of met een Nederlandse vestiging en enkele verzekeraars met zetel buiten Nederland zijn lid¹¹²³ van de NHT. Hier gaat het dan om de schade-, levens- en natura-uitvaartverzekeraars. Ook de schade waarvoor zorgverzekeringen dekking bieden valt onder de NHT-regeling, met een maximum van totale schade als gevolg van een terroristische aanslag van 1 miljard euro.¹¹²⁴ Voor het geval dat een verzekeraar geen lid is van de NHT kan die geen aanspraak maken op de globale beperking van dekking tot 1 miljard euro en het bijbehorende solidariteitssysteem tussen verzekeraars. Deze verzekeraar is dan gehouden om in geval van schade veroorzaakt door terrorisme, een uitkering te doen volgens de voorwaarden van de geldende verzekeringsovereenkomst.¹¹²⁵ Voor een verzekeraar met zetel in een andere lidstaat is het van belang om rekening te houden met de reikwijdte van in het zetelland geldende regelingen betreffende terrorismerisico en deelname aan de NHT te overwegen.

12.4. Molestverbod en artikel 3:40 BW

Wettelijke geboden en verboden zoals het molestverbod uit art. 3:38 Wft, die de wetgever aan een financiële dienstverlener oplegt, hebben invloed op het contractenrecht zoals in BW opgenomen. Hieronder wordt de mogelijke verhouding tussen art. 3:38 Wft en art. 3:40 BW behandeld.

¹¹¹⁹ Van Huizen, Wezeman en Van Eijk-Graveland 2006, § 50, zie ook www.terrorisimeverzekerd.nl.

¹¹²⁰ Boshuizen & Jager 2010, p. 227.

¹¹²¹ Zie Clausuleblad terrorismedekking bij de NHT zoals dit is gedeponneerd op 23 november 2007 onder nummer 27178761 bij de Kamer van Koophandel Amsterdam.

¹¹²² Zie art. 1.3 van het Clausuleblad, <https://nht.vereende.nl/downloads/>.

¹¹²³ Zie hiervoor <https://nht.vereende.nl/downloads/>.

¹¹²⁴ De overheid heeft hierbij de bevoegdheid om aanvullende bedragen aan de zorgverzekeraars ter beschikking te stellen. Zie verder Brief Ministers VWS en Financiën van 26 juni 2006, *Kamerstukken II 2005/06*, 29 689, Herziening Zorgstelsel nr. 102 met verwijzing naar art. 2.3 Besluit zorgverzekeringen j^o art. 33 Zvw, art 3.16 Besluit zorgverzekeringen en art. 55 Zvw.

¹¹²⁵ Zie ook <https://nht.vereende.nl/>

Art. 3:40 BW is volgens Van Boom¹¹²⁶ “*een van de hoekstenen van het vermogensrecht*”. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat strijd met dwingendrechtelijke wetsbepalingen tot nietigheid van de rechtshandeling leidt. Indien de overtreden bepaling uitsluitend tot bescherming van een van de contractspartijen strekt dan is er slechts sprake van vernietigbaarheid. Nietigheid kan door elk van de contractspartijen bij een overeenkomst ingeroepen worden, vernietigbaarheid echter alleen door de partij die het zogenaamde ‘beëindigingsmonopolie’ heeft.¹¹²⁷

Het invoeren van de nietigheid veronderstelt een belang van een van de partijen aangezien nietigheid van de overeenkomst deze partij in een gunstiger positie kan brengen. Bij een verzekeringsovereenkomst zal in de regel de nietigheid door de contractspartijen op verschillende momenten worden ingeroepen.

De verzekeringnemer zal doorgaans voor de verwezenlijking van het risico de nietigheid invoeren, met als gevolg dat hij/zij de reeds betaalde premie terugkrijgt. Door de verzekeraar gebeurt dit in de regel na de verwezenlijking van het risico waardoor deze partij geen uitkering verschuldigd is.¹¹²⁸

Nietigheid kan ook worden ingeroepen door derden, bijvoorbeeld door belangenorganisaties, op basis van art. 3:305 BW.

Dit brengt met zich mee dat de toezichthouder bijvoorbeeld geen bevoegdheid heeft om nietigheid of vernietigbaarheid van een overeenkomst, waarin in strijd wordt gehandeld met het dwingendrechtelijke verbod van art. 3:38 Wft, op basis van art. 3:40 BW in te roepen. Toezichthouders hebben wel instrumenten voor publiekrechtelijke handhaving, maar vaak onvoldoende middelen om onderzoek te doen naar overeenkomsten die strijd opleveren met publiekrechtelijke gebods- en verbodsbepalingen.

Voor een toezichthouder is het praktisch onmogelijk om elke overtreding van art. 3:38 Wft in een verzekeringsovereenkomst te achterhalen.¹¹²⁹ Wel kunnen de betrokken partijen of belangenorganisaties gebruik maken van civielrechtelijke instrumenten om deze overeenkomsten ongedaan te maken.

12.5. Andere Nederlandse wettelijke bepalingen inzake molest

Het verbod uit art. 3:38 Wft vindt geen toepassing op klein molest. De opstellers van art. 3:38 Wft hebben ervoor gekozen om een limitatieve opsomming van een aantal gebeurtenissen te geven (welke gebeurtenissen onder het groot molest vallen) en niet de bepaling groot molest te bezigen. Duidelijk blijkt uit de tekst dat alle overige gebeurtenissen niet onder de verbodsbepaling van dit artikel vallen.¹¹³⁰ Een met het art. 3:38 Wft vergelijkbare bepaling is te vinden in art. 4:30 van de Wet financiële markten BES.¹¹³¹

Bij het ontwerpen van het nieuwe verzekeringsrecht, titel 7.17 BW kwam in het wetsvoorstel van titel 7.17.2.9a NBW 1986 een uitsluiting voor schade veroorzaakt door oorlog of oorlogsgeweld terecht. RO 7.17.2.9a: “*De verzekeraar vergoedt geen schade veroorzaakt door oorlog of oorlogsgeweld.*” In de MvT bij de vaststelling van titel 7.17 (verzekeringen) van het NBW¹¹³² is een toelichting opgenomen inzake het dit artikel: “*Er bestaan twee soorten van molest: onlusten en stakersmolest, en oorlogsmolest. Gemeenlijk is schade als gevolg van de eerste groep van molest krachtens de polisvoorwaarden slechts gedeeltelijk gedekt. De daartoe gebruikte clausules vertonen een grote verscheidenheid, zodat de wet slechts naar contractuele regeling zou kunnen verwijzen. Oorlogsmolest wordt vrijwel geheel buiten de normale dekking gehouden, zodat het slechts krachtens speciale clausules of bij afzonderlijke verzekering in de daarbij omschreven mate is gedekt. Wettelijke regeling moet zich dan ook tot het thans voorgestelde artikel beperken. Verzekering van oorlogsmolest wordt geheel aan partijen overgelaten. [...]*”

De wetgever heeft echter toch ervoor gekozen om dit artikel te laten vervallen. In de toelichting staat:

“*Dit artikel heeft naast artikel 64 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 geen zelfstandige betekenis. Dit laatste artikel verbiedt het immers de verzekeraar in beginsel niet alleen oorlogsmolest, maar ook andere*

¹¹²⁶ Van Boom 2006, p. 7.

¹¹²⁷ Van Boom 2006, p. 12.

¹¹²⁸ Van Boom 2006, p. 13.

¹¹²⁹ Van Boom 2006, p. 18.

¹¹³⁰ Netten, VA 1983, p. 373 e.v., Spier, Van Wassenaer- bundel 1993, p. 125 e.v., Bohte-Dupree e.a., BB april 202, p. 20 e.v. Zie ook <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-19529-5.html>.

¹¹³¹ In art. 4:30 Wet financiële markten BES is bepaald: “*Het is een verzekeraar verboden schaden te verzekeren, veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer of muiterij. In zee-, transport-, luchtvaart- en reisverzekeringen is het evenwel toegestaan risico's van molest te verzekeren in de algemeen gebruikelijke molestclausules, zolang de Nederlandsche Bank daartegen geen bedenkingen naar voren heeft gebracht*”.

¹¹³² Zie *Kamerstukken II 1985/86*, 19 529, nr. 3, p. 25-26.

vormen van groot molest te verzekeren. Omdat in de praktijk zich daarom op artikel 64 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 zal blijven richten, kan het onderhavige artikel als overbodig vervallen.”¹¹³³

Art. 64 lid 2 WTV 1993 hield de volgende bepaling in: “Een schadeverzekeraar mag geen schaden verzekeren, veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer en munterij.[...]”

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat het verbod uit art. 64 lid 2 WTV 1993 was opgenomen wegens het feit dat oorlogsmolest onaanvaardbare financiële risico's met zich mee zou brengen. Door de grootte van de mogelijke schade kan de verzekeraar in financiële problemen raken, met als gevolg dat ook zijn andere verzekerden gedupeerd raken.¹¹³⁴

Het verbod op oorlogsmolest vindt geen toepassing op schade als gevolg van molest buiten Nederland. Toch zal de verzekeringnemer bij het verzekeren van deze schade bedacht moeten zijn op de opzegmogelijkheid van de verzekeraar.¹¹³⁵ Deze mogelijkheid is gebaseerd op art. 7:940 lid 3 BW. Ingevolge deze bepaling mag een verzekeraar bij oorlog de verzekering met inachtneming van een termijn van 7 dagen opzeggen:

“[...] Indien een verzekering dekking biedt tegen schade veroorzaakt door risico's als bedoeld in artikel 3:38 van de Wet op het financieel toezicht, kan, bij de verwezenlijking van een dergelijk risico of bij een dreiging van het ophanden zijn daarvan, de verzekeraar onderscheidenlijk de verzekeringnemer in afwijking van deze termijn van twee maanden, de overeenkomst met inachtneming van een termijn van zeven dagen opzeggen. De verzekeraar kan slechts tussentijds opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden geveerd.”

Gelet op deze bepaling zal de verzekeringnemer weliswaar de toegang krijgen tot een verzekering, die schade door molest buiten Nederland dekt, maar zal nooit de zekerheid hebben dat deze overeenkomst werkelijk zekerheid biedt, aangezien de verzekeraar de overeenkomst kan opzeggen. Wel is de verzekeraar gehouden om de opzegging slechts op redelijke gronden te doen en terughoudend te zijn met tussentijdse opzegging.¹¹³⁶

Ook al vallen aantal molestrisico's buiten de verbodsbepaling van art. 3:38 Wft verzekeraars zullen wegens hun prudent risicobeheer gehouden zijn zich te onthouden van het dekken van oorlogsmolest in buitenland op grote schaal.¹¹³⁷ Verder geldt ten aanzien van het verzekeren van oorlogsriscico's dat de overheid kan ingrijpen in de contractsvrijheid.

In de Noodwet financieel verkeer¹¹³⁸ werd de bevoegdheid van de minister van Financiën opgenomen om in geval van buitengewone omstandigheden kortingen toe te passen op de bedragen die verzekeraars uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst zouden uitkeren. Deze bevoegdheid geldt ook voor de uitkeringen van verzekeringen, die op grond van de polisvoorwaarden niet gewijzigd kunnen worden. Ingevolge art. 17 en 19-23 van de Noodwet financieel verkeer¹¹³⁹ kan de overheid in geval van oorlog, oorlogsgevaar, of andere buitengewone omstandigheden ingrijpen in de polisvoorwaarden van de levensverzekeraars, door bijvoorbeeld het recht op een uitkering te beperken.¹¹⁴⁰ Art. 18b lid 1 Noodwet financieel verkeer:

“Onze Minister is bevoegd te bepalen dat verzekeringsondernemingen die ingevolge door hen gesloten overeenkomsten van levensverzekering, overeenkomsten van schadeverzekering of overeenkomsten van natura-uitvaartverzekering uitkeringen zullen verrichten naar aanleiding van een of meer terroristische handelingen, door hem vast te stellen kortingen toepassen, dan wel niet gehouden zijn tot uitkeringen die een door hem te bepalen bedrag voor alle verzekeringsondernemingen gezamenlijk overschrijden.”

Ingevolge lid 2 zijn de uitkeringen krachtens een overeenkomst van herverzekering niet inbegrepen. Alhoewel de wet bedoeld is om in buitengewone omstandigheden, zoals bij het uitbreken oorlog in werking te treden, bevat die geen definitie van het oorlogsriscico. Door de gebeurtenissen van 11 september 2001 is de wet uitgebreid met als gevolg dat de minister van Financiën ook na terroristische acties kan ingrijpen.

¹¹³³ NvW2000, p. 32 (Parl. Geschiedenis.7.17, p. 146).

¹¹³⁴ Zie MvA II, 23 199, nr. 6, p. 4.

¹¹³⁵ Zie hiervoor Van Eekhout 2016 en art. 23 Besluit prudentiële regels Wft.

¹¹³⁶ Asser/Wassink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/284-286.

¹¹³⁷ Van Eekhout 2016.

¹¹³⁸ Wet van 25 mei 1978, houdende regelen inzake voorzieningen op het gebied van het financiële verkeer in buitengewone omstandigheden.

¹¹³⁹ Wet van 25 mei 1978, houdende regelen inzake voorzieningen op het gebied van het financiële verkeer in buitengewone omstandigheden.

¹¹⁴⁰ Van Eekhout 2016.

De Zvw, van toepassing op het aanbieden van zorgverzekeringen, bevat geen expliciet molestverbod. In de toelichting bij de Zvw staat dat schade wegens oorlogsmolest niet privaatrechtelijk verzekerd mag worden. De Zvw sluit aan bij deze regel, met als gevolg dat zorgbehoeften, die ontstaan ten gevolge van oorlogsmolest, niet verzekerd zijn en dat zorgbehoeften ontstaan ten gevolge van terroristische aanslagen, na een ingreep van de minister van Financiën, niet of slechts beperkt verzekerd kunnen worden.

In art. 39 Zvw is bepaald dat uitgaven in verband met molest ten laste van het Zorgverzekeringsfonds komen. Art. 55 Zvw gaat over de mogelijke rijksbijdrage bij oorlogs- of terrorismemolest. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de overheid een bijdrage aan het Zorgverzekeringsfonds kan verlenen ter gehele of gedeeltelijke betaling van zorg of overige diensten als bedoeld in art. 10 Zvw, in geval de behoefte aan die zorg of diensten is veroorzaakt door of ontstaan uit gewapend conflict, burgeroorlog, opstand, binnenlandse onlusten, oproer, munitie of terrorisme. Door deze bepaling wordt de mogelijkheid geopend om in geval van oorlogsmolest of terrorisme toch geld beschikbaar te stellen uit algemene middelen voor degenen die als gevolg van deze gebeurtenissen zorg nodig hebben. Deze rijksbijdrage geschiedt dan buiten de zorgverzekering om.¹¹⁴¹ De hoogte van de bijdrage wordt bepaald door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in overeenstemming met de minister van Financiën.

In zijn commentaar inzake art. 55 Zvw stelt Cremers¹¹⁴² dat art. 55 Zvw de mogelijkheid opent om in geval van bijvoorbeeld oorlogsmolest of terrorisme geld ter beschikking te stellen om in behoeften van zorg of diensten te voorzien. De rijksbijdrage aan het Zorgverzekeringsfonds zorgt voor deze beschikbaarstelling van deze middelen. In art. 55 lid 2 Zvw is opgenomen dat:

“Bij ministeriële regeling wordt bepaald:

- a. welke vormen van zorg of overige diensten voor welk gedeelte met de bijdrage worden betaald;*
- b. ten behoeve van welke personen de bijdrage wordt betaald;*
- c. onder welke voorwaarden en op welke wijze deze zorg of overige diensten door het Zorginstituut worden betaald.”*

Eveneens middels ministeriële regeling kan worden bepaald dat zorgverzekeraars het Zorginstituut Nederland bijstand verlenen bij het uitvoeren van de ministeriële regeling, bedoeld in het tweede lid.¹¹⁴³ Gelet op het feit dat de zorgverzekeraars als schadeverzekeraars ook gehouden zijn aan het naleven van de wettelijke eisen opgenomen in de Wft en richtlijn Solvabiliteit II, dient voornoemd verzoek slechts plaats te vinden in verband met het algemeen belang en onder de voorwaarden dat de verzochte medewerking objectief noodzakelijk is en voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel.¹¹⁴⁴

12.6. Conclusie

De verbodsbepaling uit art. 3:38 Wft is een voorbeeld van instrument van de wetgever dat ingrijpt in het gewone contractenrecht en meer specifiek ertoe leidt dat de partijautonomie van de bij de verzekeringsovereenkomst betrokken partijen wordt beperkt.

Naast het feit dat de verbodsbepaling uit art. 3:38 Wft slechts voor een beperkte groep van schadeverzekeraars geldt, is het verbod ook beperkt tot schade veroorzaakt door molesthandelingen die zich in Nederland voordoen. De bepaling houdt geen verbod in voor schadeverzekeraars met zetel in Nederland voor het sluiten van verzekeringen met een molestdekking ten aanzien van risico's in andere lidstaten, middels bijkantoor of vrije dienstverrichting. Hierdoor kan de gewenste bescherming van de solvabiliteit van de verzekeraar en die van de polishouder alsnog worden aangetast. Uit de formulering van deze verbodsbepaling blijkt een beperkte blik van de wetgever, die op Nederland gericht is, en kennelijk geen rekening houdt met de (mogelijke) activiteiten van de schadeverzekeraars met zetel in Nederland op de interne verzekeringsmarkt.

De verbodsbepaling vloeit voort uit de verschrikking van de oorlog en de verwoestende gevolgen van de molestschade tijdens de WO I en WO II. De wetgever vond het kennelijk, ondanks de inmiddels geldige (1) verdergaande eisen gesteld aan risicobeheer van de schadeverzekeraars, (2) de ingrijpende wijziging van de

¹¹⁴¹ *Kammerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 157 (MvT).

¹¹⁴² N.J.E.G. Cremers, T&C Gezondheidsrecht, commentaar op art. 55 Zvw.

¹¹⁴³ Ingevolge art. 55 lid 3 Zvw.

¹¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, nr. 3, p. 157 (MvT).

geopolitieke situatie en (3) de opzeggingsmogelijkheden van de verzekeraars gewaarborgd in art. 7:940 lid 3 BW, toch noodzakelijk om een verbodsbepaling ten aanzien van schade als gevolg van molest in Nederland te handhaven. Dat de wetgever dit verbod niet heeft opgelegd op andere verzekeraars met zetel in de andere lidstaten en verzekeringsactiviteiten, die vanuit een andere lidstaat naar Nederland worden verricht, zou kunnen getuigen van een onderschatting van de mogelijke gevolgen van een faillissement van deze verzekeraars voor de Nederlandse polishouders.

De geschiedenis van het molestisico laat zien dat reeds sinds de oude Grieken en Romeinen men bezig was met het mitigeren en of aanvaarden van de gevolgen van molest. Verschillende (rechts-)instrumenten, die in verschillende mate waarborgen boden tegen het molestisico, werden hiertoe ontwikkeld. Vaak tegen hoge kosten. De verwoestende oorlogen van de 20^e eeuw en de tussentijds ontwikkelde houding van de maatschappij waarbinnen pech en schade steeds moeilijker zijn te aanvaarden, maakten duidelijk dat de thans bestaande verzekeringsmogelijkheden tegen het molestisico ontoereikend waren. De Nederlandse wetgever heeft om die reden maatregelen genomen die voor een deel vandaag de dag ook gelden.

Verzekeringsovereenkomsten in strijd met art. 3:38 Wft kunnen nietig worden verklaard door een van de contractspartijen bij de overeenkomst of door derden zoals belangenorganisaties. Hiermee wordt de mogelijke publiekrechtelijke verbodsbepaling aangevuld met civielrechtelijke mogelijkheden om naleving wetgeving af te dwingen.

De wetgever heeft ten aanzien van het risico van molest behalve in de Wft ook voorzieningen getroffen in de Noodwet financieel verkeer en in de Zvw. Uit deze regelingen blijkt duidelijk de zorg van de wetgever inzake de gevolgen van het molestisico en de gedachte dat slechts de overheid hierin een passende oplossing kan bieden.

13. Rechtsvergelijkend onderzoek betreffende molestverbod

13.1. Inleiding

Aangezien het in hoofdstuk 12 behandelde art. 3:38 Wft geen Europeesrechtelijke oorsprong kent en niet voor alle schadeverzekeraars met zetel in de lidstaten, die in Nederland gelegen risico's verzekeren geldt, wordt in dit hoofdstuk rechtsvergelijkend onderzocht of deze of soortgelijke bepalingen ook gelden voor de schadeverzekeraars met zetel in andere lidstaten. Deze schadeverzekeraars bieden immers ook in Nederland schadeverzekeringen aan, zonder dat art. 3:38 Wft op hen van toepassing is. Bij het rechtsvergelijkend onderzoek zijn de Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense jurisdicties betrokken.

Doel van het rechtsvergelijkend onderzoek is om voldoende informatie te verzamelen over de uitgekozen jurisdicties en om te beoordelen in hoeverre publiek- en privaatrecht elkaar overlappen en of gelijke regels gelden voor verzekeraars uit verschillende lidstaten die in Nederland gelegen risico's mogen verzekeren.

De rechtsvergelijking is van belang om te beoordelen in hoeverre een gelijk speelveld bestaat tussen de schadeverzekeraars met zetel in Nederland en schadeverzekeraars uit verschillende lidstaten die middels een in Nederland gelegen bijkantoor of middels vrije dienstverrichting naar Nederland actief zijn. Levert het in art. 3:38 Wft opgenomen molestverbod in het kader van de interne markt een ongelijk speelveld op ten nadele van de schadeverzekeraars met zetel in Nederland?

De behandeling van de verschillende wettelijke regelingen, die in de rechtsvergelijking inzake molest zijn betrokken, wordt voorafgegaan van een korte introductie per land van de regelingen en wetgeving die betrekking heeft op de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en de contractsvrijheid van de verzekeraars. De beoordeling van de bij de rechtsvergelijking betrokken rechtsstelsels wordt afgerond met conclusies die worden geformuleerd over de mate waarin de beschreven regelingen gevolgen hebben op het gelijke speelveld voor de verzekeraars op de interne markt.

13.2. Verzekeren van molestrisico in België

Hieronder worden de uitkomsten van het onderzoek naar het verzekeren van molest in België opgenomen. Wat betreft de historische achtergrond is het relevant om te weten dat de WOI en WOII diepe wonden hebben gelaten in de Belgische samenleving. Talloze wettelijke bepalingen en koninklijke besluiten zoals de wet van 15 maart 1954 betreffende de herstelpensioenen voor de burgerlijke slachtoffers van de oorlog 1940-1945 en hun rechthebbenden (recent gewijzigd middels de wet van 12 januari 2017¹¹⁴⁵); het koninklijk besluit van 29 oktober 1986 tot vaststelling van de wijze waarop de Staat oorlogsinvaliden, oud-strijders en oorlogsslachtoffer helpt met de kosten van de geneeskundige verzorging;¹¹⁴⁶ het koninklijk besluit van 27 augustus 1993 tot vaststelling van de voorwaarden van farmaceutische verstrekkingen aan oorlogsslachtoffers;¹¹⁴⁷ middels de wetten van 13 februari 2004¹¹⁴⁸, van 11 april 2003¹¹⁴⁹ ingevoerde maatregelen ten gunste van oorlogsslachtoffers en de wet van 6 juli 1948 ten aanzien van herstel van de oorlogsschade¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁵ Belgisch Stb. Nr. 13710 van 27 januari 2017.

¹¹⁴⁶ Koninklijk besluit van 29 oktober 1986 tot vaststelling van de wijze waarop de Staat door bemiddeling van het Instituut voor Veteranen Nationaal Instituut voor oorlogsinvaliden, oud-strijders en oorlogsslachtoffers tussenkomt in de kosten der geneeskundige verzorging der oorlogsinvaliden en gelijkgestelden, van de oorlogswezen en krijgsgevangenen die een gevangenschap van zes tot twaalf maanden ondergaan hebben, gewijzigd bij koninklijk besluit van 28 september 2016, Belgisch Stb. 72305 van 31 oktober 2016.

¹¹⁴⁷ Koninklijk Besluit van 27 augustus 1993 tot vaststelling van de voorwaarden onder de welke het Nationaal Instituut voor oorlogsinvaliden, oud-strijders en oorlogsslachtoffers tussenbeide komt in de kostprijs van de farmaceutische verstrekkingen die niet bedoeld zijn door de koninklijke besluiten tot vaststelling van de voorwaarden onder welke de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering tegemoetkomt in de kostprijs van de farmaceutische verstrekkingen, gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 24 oktober 2013, Belgisch Stb. 86222 van 20 november 2013.

¹¹⁴⁸ Wet van 13 februari 2004 tot invoering van nieuwe maatregelen ten gunste van de oorlogsslachtoffers door bemiddeling van het Instituut voor Veteranen- Nationaal Instituut voor oorlogsinvaliden, oud- strijders en oorlogsslachtoffers, Belgisch Stb. 13941 van 12 maart 2004.

¹¹⁴⁹ Wet van 11 april 2003 houdende nieuwe maatregelen ten gunste van de oorlogsslachtoffers, Belgisch Stb. 28225 van 22 mei 2003.

¹¹⁵⁰ Wet van 6 juli 1948 waarbij het herstel van de oorlogsschade aan de goederen noodzakelijk voor een openbare dienst of voor het nastreven van een doel van algemeen nut ten laste van de Staat wordt gelegd, gewijzigd bij de wet van 2 juni 1999 betreffende het herstel van de oorlogsschade 40-45, Belgisch Stb 27165 van 15 juli 1999.

hebben een poging gedaan om de gevolgen van de oorlog van overheidswege te verzachten en de rol van de Staat bij herstel wettelijk vast te leggen. Dit onderstreept de voortdurende aandacht van de Belgische overheid voor herstelacties van oorlogsschaden en tevens een diep besef van de verwoestende en langdurige gevolgen van oorlogshandelingen.

Voor de daadwerkelijke behandeling van de regels, die betrekking hebben op het verzekeren van het *molestrisico* in België, worden hieronder eerst de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen inzake de controle van de (her)verzekeringsondernemingen en (her)verzekeringsovereenkomsten toegelicht.

13.2.1. Wettelijk kader

Het relevant wettelijk kader waarbinnen de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen opereren in België wordt gevormd door wetten en koninklijke besluiten zoals hieronder weergegeven.

Wetten

- Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (hierna *Controlewet 1975*);¹¹⁵¹
- Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringen;
- Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme;
- Wet 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf (hierna *Herverzekeringswet 2009*);
- Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten;
- Wet van 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf;
- Wet van 21 december 2013 houdende invoeging van boek VI “*Marktpraktijken en consumentenbescherming*” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek VI, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek VI, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht;
- Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen;
- Wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen (hierna *Toezichtswet 2016*).¹¹⁵²

Koninklijke besluiten (KB)

- KB van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsonderneming;
- KB van 14 november 2003 betreffende de levensverzekeringsactiviteit;
- KB van 20 februari 2014 tot uitvoering van artikel 30ter van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten;
- KB van 21 februari 2014 over de regels voor de toepassing van de artikelen 27 tot 28bis van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten op de verzekeringssector;
- KB van 25 april 2014 betreffende bepaalde informatieplichten bij de commercialisering van financiële producten bij niet-professionele cliënten.¹¹⁵³

13.2.1.1. Toezichtswet 2016

Ingevolge art. 6 geldt de Toezichtswet 2016¹¹⁵⁴ “*op verzekerings- of herverzekeringsondernemingen naar Belgisch of buitenlands recht die in België werkzaam zijn of willen zijn, via een bijkantoor of zonder er gevestigd te zijn*”.

¹¹⁵¹ Middels deze wet kwam in België een toezicht op de verzekeringssector in zijn geheel. Het toezicht werd door de Controledienst voor de verzekeringen uitgeoefend.

¹¹⁵² Deze wet heft de *Controlewet* op en voorziet onder meer in een verdere omzetting van richtlijn *Solvabiliteit II* in de Belgische wetgeving. Zie hiervoor ook Vansweevelt & Weyts 2016, p. 126.

¹¹⁵³ KB 25 april 2014, Belgisch Staatsblad 12 juni 2014.

¹¹⁵⁴ In de juridische literatuur wordt ook nog als *Controlewet* aangeduid.

De wet bevat regels betreffende de toelating tot en uitoefeningsvoorwaarden voor het verzekeringsbedrijf en de organisatie (zoals sleutelfuncties) van de verzekeringsonderneming in België.¹¹⁵⁵ De regels opgenomen in de wet beheersen de activiteiten van de verzekeraars met zetel in België in binnen- en buitenland. Tevens houdt de wet bijzondere bepalingen in ten aanzien van verzekeringsondernemingen met zetel in een andere lidstaat en verzekeringsondernemingen met zetel in een derde land, voor het geval deze in België verzekeringsactiviteiten uitvoeren.

In de wet is een limitatieve opsomming opgenomen van de verzekeringsactiviteiten die buiten toepassing van de wet vallen zoals de verzekeringen die voortvloeien uit de wettelijke regeling van sociale zekerheid. In de Toezichtswet 2016 zijn verder specifieke uitsluitingen opgenomen ten aanzien van niet-levensverzekeringen¹¹⁵⁶, levensverzekeringen en herverzekeringen¹¹⁵⁷. Voor herverzekeringsondernemingen bevat de wet ook specifieke regelingen in de artikelen 239 t/m 243. Deze specifieke regelingen vinden we in de wet ook ten aanzien van onderlinge verzekeringsverenigingen en lokale verzekeringsondernemingen.¹¹⁵⁸

Door de invoering van de Toezichtswet 2016 werden de Controlewet 1975 en de Herverzekeringwet 2009 opgeheven.¹¹⁵⁹ Koninklijke besluiten, die zijn genomen ter uitvoering van de Controlewet 1975, blijven wel van kracht, mits deze geen inhoudelijk strijd opleveren met de Toezichtswet 2016. Voorwaarde hiervoor is ook dat de Toezichtswet 2016 hiertoe in de nodige machtigingen voorziet.

De Toezichtswet 2016 bevat geen bepaling die betrekking heeft op het verzekeren van schade als gevolg van oorlog of een verbod hiervan. Volgens Schuermans & Van Schoubroeck¹¹⁶⁰ is de uitsluiting van de oorlogsrisico's "*niet van openbare orde, want afwijkende bedingen zijn toegelaten en bepaalde verzekeringen zoals de zeeverzekering en de export- en kredietverzekering dekken uitdrukkelijk het oorlogsrisico*".

13.2.1.2. Wet van 4 april 2014 betreffende verzekeringen

Deze wet brengt een gedeeltelijke omzetting van de consumentengerichte bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II in de Belgische nationale wetgeving. In deze wet zijn daarnaast ook de wettelijke regels inzake verzekeringsovereenkomst, bemiddeling en controle opgenomen.

De Wet betreffende verzekeringen van 4 april 2014 (hierna W Verz 2014) kent een viervoudig achtergrond:¹¹⁶¹

- de verplichting tot implementatie van de consumentengerichte bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II;
- vereenvoudiging van de bestaande wetgeving inzake bescherming van verzekeringsgebruikers;
- bevoegdheidsverdeling tussen Nationale Bank van België (hierna NBB) en de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (hierna FSMA);
- uitbreiding van de bescherming van de verzekeringsgebruiker tot enkele specifieke domeinen.

Volgens de Raad van State¹¹⁶² resulteert de door de wetgever opgestelde benadering enerzijds in een hergroepering van de wettelijke bepalingen betreffende de rechtsverhouding tussen de verzekeraars en verzekeringnemers of begunstigen en anderzijds in het verspreiden van de bepalingen die het toezicht op de (her)verzekeraars regelen over uiteenlopende wetten, waardoor de rechtszekerheid van de (her)verzekeraars in het geding is.

Door de inwerkingtreding van de W Verz 2014 zijn de volgende wetten opgeheven:

¹¹⁵⁵ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 105.

¹¹⁵⁶ Hier gaat het om schadeverzekeringen.

¹¹⁵⁷ Zie art. 13-14 Toezichtswet 2016, MvT Toezichtswet 2016, Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 1584/001, 50.

¹¹⁵⁸ Zie art. 244-271 en 294-302 Toezichtswet 2016.

¹¹⁵⁹ Vansweevelt & Weyts 2016, p. 199.

¹¹⁶⁰ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 784.

¹¹⁶¹ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 258.

¹¹⁶² Zie advies 54.452/1 van 20 december 2013 van de Raad van State, afdeling Wetgeving over een voorontwerp van wet 'betreffende de verzekering', p. 5.

- delen van de wet betreffende de controle van 9 juli 1975 die betrekking hebben op de relatie tussen verzekeraar en verzekeringnemer;
- het merendeel van de bepalingen van de wet van 25 juni 1992 betreffende de landverzekeringsovereenkomst;
- de wet van 11 juni 1874;
- de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringbemiddeling en de distributie van verzekeringen¹¹⁶³.

In de W Verz 2014 zijn de meeste bepalingen van de voornoemde wetten ongewijzigd overgenomen.¹¹⁶⁴

Deel 4 van de W Verz 2014 bevat het Belgische verzekeringsovereenkomstenrecht en bestaat hoofdzakelijk uit bepalingen van dwingend recht. Dit deel bevat bepalingen van de Wet landverzekeringsovereenkomst van 1992 die in 1994 is aangevuld.¹¹⁶⁵ Deel 5 van de W Verz 2014 bevat voornamelijk bepalingen van aanvullend recht die afkomstig zijn uit de Verzekeringwet van 1874.¹¹⁶⁶

Ten aanzien van andere wetten zoals de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken of de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie is de keuze gemaakt om deze niet in de W Verz 2014 te integreren. Niettemin blijven deze wetten van toepassing op de verzekeringen en de activiteiten van de verzekeraars.

Conform artikel 4 §1 van de W Verz 2014 zijn de verplichtingen uit deze wet van toepassing op (i) de Belgische verzekeraars, (ii) de buitenlandse verzekeraars die een vestiging hebben in België en (iii) op de buitenlandse verzekeraars die in België verzekeringsactiviteiten uitoefenen zonder er gevestigd te zijn. De bepalingen van de wet zijn, behoudens specifieke uitzonderingen, verder telkens van toepassing als bij de verzekeringsovereenkomst een Belgische klant betrokken is of het Belgische recht van toepassing is.¹¹⁶⁷ Hieruit kan geconcludeerd worden dat het uitgangspunt van de wet is om de toepassing van de meeste bepalingen niet afhankelijk te stellen van het zeteland van de verzekeraar, maar wel van de staat waar het risico is gelegen of van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht.

De meeste bepalingen van de W Verz 2014 zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard op ondernemingen die slechts herverzekeringen aanbieden.

Ingevolge artikel 4 § 10 van de W Verz 2014 kan de Koning de verzekeraar vrijstellen van de gehele of gedeeltelijke toepassing van deze wet indien er sprake is van de volgende verzekeringsactiviteiten:

- verzekeringen betreffende het vervoer of industriële of commerciële risico's;
- de verzekeringen betreffende bijzondere of uitzonderlijke risico's die de Koning bepaalt;
- de activiteiten van herverzekering of medeverzekering die door de Koning worden bepaald.

Deel 4, titel II, hoofdstuk 1, afdeling 2 van de W Verz 2014 houdt bepalingen in betreffende de omvang van de dekking van de verzekeringsovereenkomst. Art. 63 gaat specifiek over schade veroorzaakt door de oorlog. In dit artikel is bepaald dat:

“Tenzij anders is bedongen, dekt de verzekeraar geen schade veroorzaakt door oorlog of gelijkaardige feiten en door burgeroorlog. De verzekeraar moet het bewijs leveren van het feit dat hem van het verlenen van dekking bevrijdt. De Koning kan echter regels vaststellen die de bewijslast van het feit dat de verzekeraar bevrijdt van het verlenen van dekking verlichten.”

In art. 56 van de W Verz 2014 is bepaald dat de regels van het deel van de wet (waaronder ook art. 63 valt) van dwingend recht zijn, tenzij uit de bewoordingen van de afzonderlijke artikelen blijkt dat er een mogelijkheid bestaat om hiervan af te wijken door bijzondere bedingen. Nu in art. 63 W Verz 2014 de bewoording duidelijk een andere mogelijkheid *“tenzij anders bedongen”*, dus een andersluidend beding¹¹⁶⁸

¹¹⁶³ Zie artikel 347, tweede streepje van de Wet van 4 april 2014.

¹¹⁶⁴ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 259.

¹¹⁶⁵ Fontaine 2012, p. 9.

¹¹⁶⁶ Weyts 2016, p.121, Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 259.

¹¹⁶⁷ Zie artikel ‘De nieuwe wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014 - Grotere bescherming van de verzekeringnemer’ van 19 april 2014, beLex, www.philippelaw.eu/Front/c3-760/News.aspx?News=350.

¹¹⁶⁸ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 781.

toelaat, is deze bepaling van regelend recht waarvan door partijen bij de overeenkomst van afgeweken kan worden.¹¹⁶⁹

Ingevolge art. 63 W Verz 2014 geldt als uitgangspunt dat de verzekeraar geen schade veroorzaakt door oorlog of gelijkwaardige feiten of door burgeroorlog gaat verzekeren¹¹⁷⁰, tenzij tussen de partijen anders is bedongen. Het is de taak van de verzekeraar om te bewijzen dat de gesloten verzekeringsovereenkomst geen dekking biedt voor de schade als gevolg van oorlog en soortgelijke feiten of burgeroorlog. De Koning kan regels vaststellen die voornoemde bewijslast van de verzekeraar kunnen verlichten.

Deze bepaling heeft betrekking op schade door oorlog of gelijkwaardige feiten en door burgeroorlog. De wet biedt echter geen definitie voor oorlog en burgeroorlog en geeft ook niet aan welke feiten zijn gelijkwaardig met de oorlog.

In deel 5 van de W Verz 2014 worden de verzekeringsovereenkomsten behandeld, die niet onder deel 4, dus niet onder de categorie landverzekeringsovereenkomst, vallen. In art. 243 van dit deel is een belangrijke bepaling inzake oorlogsrisico opgenomen:

“Oorlogsrisico en verlies of schade veroorzaakt door oproer, zijn niet verzekerd tenzij het tegendeel bedongen is.”

Deze bepaling geeft aan dat indien in de overeenkomst bedongen, de schade als gevolg van oorlogsrisico wel verzekerd kan worden. Net als bij art. 63 W Verz 2014 valt op het gebrek aan uitleg en/of definitie ten aanzien van het schadeveroorzakend evenement oorlog en oproer.

De bepalingen uit art. 243 W Verz 2014 en die uit art. 63 W Verz 2014 geven blijk van de wilsautonomie die bij het verzekeren van het oorlogsrisico in de Belgische wetgeving geldt.¹¹⁷¹

13.2.1.3. WLVO van 25 juni 1992 en de Verzekeringwet uit 1874

Art. 9 van de Belgische Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992¹¹⁷² (hierna WLVO)¹¹⁷³ hield een wettelijke uitsluiting in van de zgn. oorlogsrisico's. Alhoewel de bepalingen van deze wet in beginsel dwingend waren¹¹⁷⁴ bleek uit de bewoording van artikel 9 WLVO dat hier sprake was van een mogelijkheid voor een andersluidend beding:

“Tenzij anders is bedongen, dekt de verzekeraar geen schade veroorzaakt door oorlog of gelijkaardige feiten en door burgeroorlog. De verzekeraar moet het bewijs leveren van het feit dat hem van het verlenen van dekking bevrijdt. De Koning kan echter regels vaststellen die de bewijslast van het feit dat de verzekeraar bevrijdt van het verlenen van dekking verlichten”.

Dwingendrechtelijk bleef de bepaling dat de verzekeraar de bewijslast draagt voor het bestaan van een oorlogssituatie en het causaal verband tussen de schade en de oorlogssituatie.¹¹⁷⁵ Dit hield in dat de verzekeraar bewijs moest leveren voor de volgende drie elementen: (1) oorlogsrisico, (2) schade en (3) causaal verband tussen het oorlogsrisico en de schade.¹¹⁷⁶

Deze bepaling uit art. 9 WLVO is zonder enige wijziging overgenomen in art. 63 W Verz 2014¹¹⁷⁷.

¹¹⁶⁹ Het bedingen van een andersluidende bepaling wordt dan afhankelijk gesteld van een aanvullende premiebetaling, zie memorie van toelichting bij de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *Parl. St. Kamer* 1990-91, nr. 1586/1, 20.

¹¹⁷⁰ Colle 2015, p. 105.

¹¹⁷¹ Colle 2015, p. 105.

¹¹⁷² De wet van 25 juni 1992 hield een fundamentele wijziging van de wet van 11 juni 1874 in voor wat betreft de landverzekeringsovereenkomsten. Zie ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 249.

¹¹⁷³ Art. 9 is inmiddels is opgeheven bij de W Verz 2014.

¹¹⁷⁴ Zie hiervoor artikel 3 van WLVO: *“de bepalingen van deze wet zijn van dwingend recht, tenzij uit de bewoordingen zelf blijkt dat de mogelijkheid wordt gelaten om er van af te wijken door bijzondere bedingen”.*

¹¹⁷⁵ In de uitspraak van de rechter in de zaak Kh. Antwerpen 15 oktober 2001, RW 2005-06, 508, TBH 2003, 696 is bepaald dat de verzekeraar de bewijslast draagt voor het bestaan van een oorlogssituatie en het causaal verband tussen de schade en de oorlogssituatie. Deze regeling inzake bewijslast is een afwijking van het gemeen recht waarin als uitgangspunt geldt dat de verzekerde moet bewijzen dat het schadegeval onder de verzekeringsdekking valt.

¹¹⁷⁶ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 783, Colle 2015, p. 108.

¹¹⁷⁷ In de WLVO waren de uitsluitingen van schade als gevolg van opzet, grove schuld, oorlog en gelijkwaardige feiten en burgeroorlog opgenomen in artikelen 8 en 9. Deze bepalingen zijn thans overgenomen in de artikel 62 en 63 van de W Verz 2014. Zie ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 767.

In de Verzekeringwet van 11 juni 1874¹¹⁷⁸ waren opzet, grove fout, oorlog en oproer, als ook het eigen gebrek van de verzekerde zaak van de verzekering uitgesloten.¹¹⁷⁹ Art. 19 was bedoeld als de principiële uitsluiting van oorlogsrisico's en schade door oproer:

“ *De verzekering omvat niet de oorlogsrisico's noch het verlies en de schade door oproer, tenzij het tegendeel bedongen is.*”

De wetgever heeft de term oorlog uit art. 9 WLVO (net zo min als in art. 63 W Verz 2014) niet nader gedefinieerd.¹¹⁸⁰ In de memorie van toelichting bij de WLVO was gesteld dat de Koning bepaalt welke de “*gelijkwaardige feiten zijn die niet voor verzekering in aanmerking komen.*”¹¹⁸¹

Ingevolge het amendement nr. 6 bij de WLVO werd aan de rechter overgelaten om “*gelijkwaardige feiten*”¹¹⁸² als oorlog te interpreteren¹¹⁸³ en bleef de Koning slechts de regels betreffende de bewijslast van oorlog, gelijkwaardige feiten en burgeroorlog vaststellen.

Voornoemde leidt tot een grote variëteit van mogelijke interpretaties en ook grote vrijheid van de contractspartijen om een concrete invulling aan dit begrip in de polisvoorwaarden of in een specifieke verzekeringsovereenkomst te geven.¹¹⁸⁴ Dit gebrek aan nadere invulling van het begrip oorlog biedt rechters in een voorkomende juridische procedure ook ruimere vrijheid om wel of geen rechtvaardige toepassing van de uitsluiting en het daarvoor geleverde bewijs door de verzekeraar te beoordelen. De rechter oordeelt objectief en onafhankelijk en is tevens niet gebonden aan het publiekrechtelijk begrip ‘oorlog’.¹¹⁸⁵

Om al dan niet te bepalen of er sprake is van gewapend conflict zal onderscheid moeten worden gemaakt tussen oorlog in technische en oorlog in materiële zin. Oorlog in materiële zin heeft te maken met de feitelijke situatie. Oorlog in technische zin duidt op het al dan niet bestaan van een officiële oorlogsverklaring.

De wetgever in België heeft rekening gehouden met het feit dat een oorlog in technische zin nagenoeg niet meer voorkomt. Deze feitelijke stand van zaken werd doorvertaald naar de oude Grondwet (art. 68 §1 lid 1) door te bepalen dat de Koning niet meer “*de oorlog verklaart*” en de “*vredesverdragen sluit*”. In de nieuwe Grondwet van 1994 (art 167 §1, lid 2) is bepaald dat de Koning de staat van oorlog, alsook “*het einde van de vijandelijkheden*” vaststelt. De oorlog hoeft dus niet te worden voorafgegaan door een oorlogsverklaring.

In de wet van 20 mei 1994 betreffende de aanwending van de krijgsmacht worden een aantal begrippen die verband houden met de oorlog gedefinieerd. Het gaat om de begrippen ‘periode van oorlog’ en ‘periode van vrede’.¹¹⁸⁶

Wat betreft het begrip oorlog in de zin van het voornoemde art. 19 van de Wet 1874, blijkt uit jurisprudentie en rechtsliteratuur dat ook van een ruime interpretatie van de term oorlog werd uitgegaan. Aanvankelijk werd het begrip omschreven als “*elk feit dat deel uitmaakt van het geweld der krijgsverrichtingen*”. Later werd het begrip verruimd van de militaire operaties (zoals rechtstreekse vijandelijkheden die plaatsvinden bij een gewapend conflict, zoals bombardementen en gevechten) naar “*elk abnormaal risico dat aan een oorlog*

¹¹⁷⁸ De wet van 11 juni 1874 was de eerste codificatie betreffende de landsverzekeringen in België. Voor deze wet golden enkel de contractuele bepalingen opgenomen in de landsverzekeringsovereenkomsten/polissen. Deze wet was lange tijd van toepassing en werd pas door de WLVO gedeeltelijk opgeheven en vervangen. Zie ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 248.

¹¹⁷⁹ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 767, zie hierbij artikelen 16, 18 en 19 van de wet van 1874 die in de artikelen 240, 242 en 243 van de WVerz 2014 zijn opgenomen.

¹¹⁸⁰ De wet en de memorie van toelichting WLVO bevat geen definitie van de begrippen *oorlog* of *burgeroorlog*. Zie ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 782, Colle 2010, p. 282.

¹¹⁸¹ Volgens de memorie van toelichting had de Koning de bevoegdheid om het begrip oorlog tot een reeds van gebeurtenissen uit te breiden. Deze gebeurtenissen van collectief geweld zouden hun catastrofale omvang met de oorlog gemeen hebben.

¹¹⁸² Wat betreft gelijkwaardige feiten wordt door de rechter ook gekeken naar de risico's verband houdend met geweld die, weliswaar in normale omstandigheden verzekeraar aar zijn, maar door cumulatie een catastrofale omvang aannemen waarvoor de reserves van de verzekeraars ontoereikend zijn. Zie ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 783, Colle 2015, p. 106.

¹¹⁸³ Hier gaat het om het amendement van de heer Dumez c.s., zie Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 782.

¹¹⁸⁴ Colle 2015, p. 106, MvT, *Parl. St.* Kamer 1990-91, nr. 1586/1, 20.

¹¹⁸⁵ Colle 2015, p. 107.

¹¹⁸⁶ BS 21 juni 1994, de *Overeenkomst tussen de Belgische Staat, de beroepsvereniging van verzekeringsondernemingen Assuralia, en de verzekeringsondernemingen die toetreden tot voorliggende overeenkomst, inzake de dekking van militairen en niet-militairen op buitenlandse zending, van 13 september 2006*, Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 783.

te wijten is”.¹¹⁸⁷ Hieronder vielen dan ook alle bijkomende voorbereiding en uitvoeringsactiviteiten, die de militaire operaties voorafgaan, daarmee gepaard gaan en deze operaties navolgen¹¹⁸⁸.

Een verdere verruiming van het begrip oorlog en oorlogsfeiten is te vinden in de Belgische jurisprudentie daterend uit de WOII. Hieruit blijkt dat naast de handelingen van de oorlogvoerende strijdkrachten ook alle feiten, die voortvloeiden uit de algemene staat van onrust of wanorde, die de oorlog met zich meebrengt, als oorlogsrisico's werden gekwalificeerd.¹¹⁸⁹ Daarentegen is bepaald dat dreiging van oorlog zonder dat sprake is van directe gewelddadige aanvallen, een situatie, die bijvoorbeeld tijdens de Koude Oorlog zich voordeed, niet onder de oorlogsexoneratie¹¹⁹⁰ valt.

Een schadegeval valt ook onder de oorlogsexoneratie als zijn oorsprong vindt in een oorlogssituatie.¹¹⁹¹ Verder viel onder de uitsluiting van art. 19 van de Wet 1874 (thans art. 243 W Verz 2014) ook de schade die ontstaan is of verergert door onvoldoende functioneren van de openbare diensten in tijd van oorlog.¹¹⁹² In de rechtsliteratuur is verder overeenstemming over het feit dat oorlog ook de situatie van burgeroorlog behelst, tenzij uit de wil van de partijen het tegenovergestelde blijkt.¹¹⁹³ Uit jurisprudentie blijkt tevens dat een burgeroorlog in de vorm van guerrilla gevechten als oorlog gekwalificeerd kan worden.¹¹⁹⁴ Hier geldt de voorwaarde dat de beweging van deze gewapende burgers qua aantal deelnemers, organisatiestructuur en vooropgestelde militaire doelen aan een oorlogvoerende partij moet doen denken.¹¹⁹⁵

Het gebrek van een duidelijke definitie van het begrip ‘oorlog’ heeft weliswaar voordelen (zoals grotere vrijheid van contractspartijen) maar kan vooral als een negatief punt worden gezien en tot rechtsonzekerheid leiden. Doordat de wetgever geen duidelijke definitie heeft gegeven zullen verzekeraars en vooral verzekeringnemers/verzekerden er alle belang bij hebben om contractueel de invulling van dit begrip vast te leggen. Dit kan latere interpretatieverschillen en daaruit voortvloeiende geschillen voorkomen. Enkel het feit dat de schadegebeurtenis zich tijdens oorlog voordoet betekent niet automatisch dat de verzekeraar zich zondermeer kan beroepen op de oorlogsexoneratie. Daarentegen geldt ook dat een schadegeval ook niet noodzakelijkerwijs in oorlogstijd moet voordoen, maar bijvoorbeeld zijn oorsprong mag vinden in een oorlogstoestand.¹¹⁹⁶ Uit de jurisprudentie blijkt dat rechters van mening zijn dat ook indirecte en niet rechtstreekse oorlogsschade onder de toepassing van de oorlogsexoneratie dient te vallen.¹¹⁹⁷

Uitgaande van de ruime interpretatie van art. 19 Verzekeringwet uit 1874 wordt ook het toepassingsgebied van art. 9 WLVO en van art. 63 W Verz 2014 ruim geïnterpreteerd. Deze extensieve interpretatie is ook door de parlementaire voorbereidingen van de WLVO bevestigd. Hier is gesteld dat oorlog ‘militaire operaties’ betreft.¹¹⁹⁸ Aan dit begrip van oorlog zijn ook geen formele vereisten gesteld. De toevoeging van het begrip ‘gelijkwaardige feiten’ in de wettekst biedt de zoveelste mogelijkheid om van een ruime interpretatie uit te gaan.

De Verzekeringwet uit 1874 was bij invoering van de WLVO niet volledig vervallen en om die reden bleef voor enkele bepalingen ook na de inwerkingtreding van de WLVO van toepassing.

Een voorbeeld van een dergelijk geval is de luchtvaartverzekering, die volgens art. 9 van de WLVO niet van toepassing was op zeeverzekeringen, binnenvaartverzekeringen en luchtvaartverzekeringen (zeeverzekeringen en land-rivier en kanaalvervoeroverzekeringen¹¹⁹⁹). Ook als het gaat om gebeurtenissen, die voor de inwerkingtreding van art. 9 WLVO dateerden, werd de wettelijke basis voor de beoordeling in art. 19

¹¹⁸⁷ Vael 1999, nr. 13.

¹¹⁸⁸ Schuermans & Wachsstock 1987, (55) 57.

¹¹⁸⁹ Schuermans & Wachsstock 1987, (55) 58.

¹¹⁹⁰ Wat betreft oorlogsexoneratie zie Vael 1994 en Fontaine 2016, p. 342.

¹¹⁹¹ Zie hiervoor Brussel 16 november 1949, RW 1949-50, 831; Scheidsrechtelijke uitspraak 9 december 1948, Bull. Ass. 1949, 137 en Scheidsrechtelijke uitspraak 25 maart 1950 bull. Ass. 1950, 292. Zie ook Fontaine 2016, p. 344 waarin is gesteld dat niet iedere schade tijdens oorlog onder de uitsluiting valt. Uitsgesloten zijn schadegevallen die direct verband hebben met de oorlog, maar brand of natuurlijke sterktegeval of veroorzaakt door een ongeval die los staat van de oorlogssituatie blijven gewoon gedekt, ook tijdens oorlog, tenzij het verband met de oorlog wel bewezen wordt.

¹¹⁹² Scheidsrechtelijke uitspraak 24 februari 1942, Bull. Ass. 1942, 153.

¹¹⁹³ Marangos & Tobin in Marangos, Leslie & Tobin 2007, (23) 26.

¹¹⁹⁴ Arbeidshof Brussel 25 oktober 1977, Pas. 1977, II, 124.

¹¹⁹⁵ Schuermans & Wachsstock 1987, (55) 57.

¹¹⁹⁶ Georges & Michael 2009, 40.

¹¹⁹⁷ Vael 1994, nr. 12.356, 7 r.

¹¹⁹⁸ Verslag over het wetsontwerp op de landverzekeringsovereenkomst, Parl St. Kamer 1990-1991, nr. 1586/5, 38.

¹¹⁹⁹ Vael 1999, nr.1.

Verzekeringwet uit 1874 gevonden. Met betrekking tot de zeeverzekeringen was behalve art. 17 van Verzekeringwet uit 1874 ook de wet van 21 augustus 1879 van belang.¹²⁰⁰ Deze laatstgenoemde wet hield namelijk bepalingen in betreffende oorlogsrisico, specifiek gericht op zee- en binnenvaartverzekeringen.¹²⁰¹

Een belangrijk verschil tussen art. 9 WLVO en art. 19 Verzekeringwet uit 1874 betrof het omgaan met oproerschade. Waar art. 19 Verzekeringwet uit 1874 nog een uitsluiting inhield voor schade veroorzaakt door oproer, is deze uitsluiting niet meer opgenomen in art. 9 WLVO en 63 W Verz 2014. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het onwenselijk achtte om dit risico uit te sluiten en het verzekeren van schade als gevolg van oproer (mits hier sprake is van een onzekere gebeurtenis) niet toe te staan.¹²⁰²

Contractueel uitsluiten van de dekking van de oproerschade door de verzekeraar is uiteraard mogelijk. Het schrappen van de wettelijke uitsluiting voor het verzekeren van oproerschade door de WLVO kan als een uitbreiding worden gezien van de mogelijkheid van de contractspartijen bij de verzekeringsovereenkomst om zelf het risico af te wegen en waar nodig middels een maatwerkoplossing dekking te bieden voor specifieke risico's. Een ander verschil tussen de Verzekeringwet uit 1874 en WLVO/ W Verz 2014 betreft de bewijsregeling. Art. 9 WLVO gaf meer duidelijkheid hierover en bevestigde de regel uit de jurisprudentie¹²⁰³ en rechtsliteratuur¹²⁰⁴ door de bewijslast bij de verzekeraar te leggen.¹²⁰⁵ De verzekeraar mag wel bewijs leveren middels alle middelen van het recht, inclusief vermoedens.¹²⁰⁶

Deze regeling biedt een extra bescherming voor verzekerden doordat de regeling in het voordeel van verzekerde is uitgewerkt. De door de wetgever bepaalde verdeling van bewijslast is een bepaling van dwingend recht waarvan partijen bij een verzekeringsovereenkomst niet mogen afwijken, door bijvoorbeeld de bewijslast via een contractuele bepaling toch bij de verzekerde te laten liggen.

Mocht een dergelijk beding opgenomen worden in de verzekeringsovereenkomst dan is deze nietig.

De wetgever heeft in art. 9 derde lid WLVO/ art. 63 W Verz 2014 aan de Koning een mogelijkheid opengelaten om de bewijslast van de verzekeraar te verlichten. Een dergelijke ingreep, voorbehouden aan de Koning, zou volgens de wetgever wenselijk zijn in situaties waarbij de op de verzekeraar rustende bewijslast en daaraan verbonden bewijsrisico disproportioneel groot zou worden. In een dergelijk geval heeft de Koning de mogelijkheid om te bepalen welke omstandigheden als voldoende bewijs (te leveren door de verzekeraar) gezien kunnen worden.¹²⁰⁷

13.2.1.4. Overige aspecten oorlogsexoneratie

Art. 63 W Verz 2014 kan als een moderne variant van art. 19 Verzekeringwet 1874 en art. 9 WLVO worden gezien worden. De wetgever heeft met deze bepaling de tradities en de principes vanuit de praktijk voortgezet.

De wetgever heeft de volgende omstandigheden als argument gezien voor het opnemen van de oorlogsexoneratie in de artikelen 19 Verzekeringwet 1874, art. 9 WLVO en art. 63 W Verz 2014:

- Oorlogsrisico brengt moeilijkheid bij de berekening van de realisatiefrequentie van het risico. Hierdoor komen (i) de actuariële berekeningen, (ii) de werking van de verzekeringstechniek en (iii) het bepalen van de premies op basis van vooraf gedefinieerde wiskundige parameters in gevaar.¹²⁰⁸

¹²⁰⁰ Fontaine (K. Bernauw) 2011, p.104-105.

¹²⁰¹ Zie hiervoor artikelen 201-204, te vinden in de sectie over de verplichtingen van de verzekeraar en de verzekerde.

¹²⁰² Zie Memorie van toelichting bij het wetontwerp op de landverzekeringsovereenkomst, Parl. St. Kamer 1990-1991, nr. 1586/1, 20.

¹²⁰³ In de zaken Cass. 5 januari 1995, J.L.M.B. 1996, 336, Cass. 25 februari 2000, T.B.B.R. 2001, 169 was het Hof van Cassatie van oordeel dat het in beginsel de verzekerde toekomt om het bewijs te leveren dat het schadegeval niet van de dekking uitgesloten is. Daarna kwam het Hof van Cassatie op deze rechtsspraak terug en besliste dat degene die beweert bevrijd te zijn, dus in het geval van oorlogsexoneratie de verzekeraar, die zich op een uitsluiting beroept, daarvan het bewijs moet leveren overeenkomstig art. 1315 lid 2 BW. Deze gewijzigde zienswijze van het Hof van Cassatie is te vinden in de uitspraken: Cass. 7 juni 2001, R.W. 2001-02, 890, Cass. 18 januari 2002, J.T. 2002, 322, Cass. 2 april 2004, J.L.M.B. 2004, 1237.

¹²⁰⁴ Fontaine 2016, p. 344.

¹²⁰⁵ Colle 2010, p. 288. De verzekeraar dient het bewijs te leveren van het feit dat de uitsluiting volgens dit artikel rechtvaardigt.

¹²⁰⁶ Vael 1999, nr. 17.

¹²⁰⁷ Colle 2010, p. 289.

¹²⁰⁸ Vael 1994, 5 v.

- Oorlogsrisico leidt tot het probleem van premie-onbepaalbaarheid.¹²⁰⁹ Dit heeft te maken met de grote onregelmatigheid van het voordoen van oorlogsrisico's, wat ertoe leidt dat de verzamelde schadegegevens zich niet lenen voor een statistische bewerking. Als gevolg hiervan kan de verzekeraar enerzijds geen inschatting maken van de uit te keren schadeloosstelling, anderzijds is de verzekeraar ook niet in staat om de premie in te schatten die tegenover het overnemen van het risico van oorlogsschade zou moeten staan. Door het onvoorspelbare karakter van de oorlogsrisico's ontbreekt een wetenschappelijke (statistische) basis voor het berekenen van de verzekeringspremie.
- Bij oorlog is sprake van een te hoge concentratie van het risico. Deze concentratie staat haaks op de door de verzekeringstechniek vereiste risicospreiding.¹²¹⁰ Deze hoge concentratie van het risico heeft grote gevolgen voor de (on)verzekerbaarheid van het risico.
- In samenhang met concentratierisico loopt de verzekeraar ook een groot liquiditeitsrisico. Dit heeft als gevolg dat op een gegeven moment geen geld meer is om schade-uitkeringen te betalen. Hierdoor zou de verzekeraar tijdelijk of in het eerste geval definitief zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst niet kunnen nakomen en/of failliet zou kunnen raken.

Duidelijk is dus dat de dekkingsuitsluiting voor oorlogsschades uit het Belgische recht sterkt gericht is op het veiligstellen van de belangen van de verzekeraars.¹²¹¹

Ook onder het vroegere Koninklijk Besluit (KB) Leven kon de verzekeraar, die levensverzekeringen aanbood, de oorlogsrisico's slechts deken onder de door de Controledienst van Verzekeringen toegestane voorwaarden (art.11 oud KB Leven).¹²¹² In het nieuwe KB Leven van 14 november 2013 is deze voorwaarde niet overgenomen¹²¹³ en hebben verzekeraars al hun vrijheid teruggekregen om de oorlogsrisico's te dekken. Enige belemmering ligt bij de dreiging voor hun financiële soliditeit, indien ze te grote risico's bij het verlenen van oorlogsdekking nemen. Ingevolge de controlewet kan de NBB eisen dat de dekkingsvoorwaarden aangepast worden of de premie aangepast wordt naar het risico.¹²¹⁴

Uit de artikelen 19 Verzekeringwet 1874, art. 9 WLVO en art. 63 W Verz 2014 blijkt geen beperking van de territoriale reikwijdte van de bepalingen inzake oorlogsexoneratie. Nu aan de uitsluiting geen territoriale voorwaarden zijn gesteld kan ervan worden uitgegaan dat hier om een wereldwijd geldende exoneratie gaat. Niets wijst immers erop dat deze exoneratie enkel voor het dekkingsgebied België zou gelden. Dit heeft gevolgen voor de schade van Belgische verzekeringnemers/ verzekerden als gevolg van oorlog die binnen of buiten België afspeelt.

Interessant voor de vergelijking tussen de Nederlandse en Belgische benadering is dat Nederland het verzekeren van het risico verbiedt, terwijl de Belgische wetgeving bepaalt dat in geval van het verwezenlijken van oorlogsrisico's de verzekeraar, behoudens andersluidend beding in de verzekeringsovereenkomst, geen schade dient te vergoeden welke voortvloeit uit oorlogsrisico's. Hier dient nog aangevuld te worden dat art. 9, eerste lid WLVO/ art. 63 W Verz 2014 wilsaanvullende wetsbepalingen¹²¹⁵ zijn, dus van regelend recht. Dit artikel biedt de verzekeraar de mogelijkheid om schade uit opstanden, oorlogshandelingen en andere collectieve gewelddaden uitdrukkelijk van de dekking uit te sluiten.¹²¹⁶ Tegelijkertijd laat deze bepaling ook toe dat verzekeraars toch oorlogshandelingen gaan verzekeren. Hoe de verzekeraar om dient te gaan met het cumulatierisico is verder niet in de wet geregeld.

Het bepalen van de verzekeraarbaarheid van deze risico's wordt overgelaten aan de verzekeringsondernemingen, die om hun eigen financiële situatie te beschermen, zeker maatregelen zullen nemen om de verzekeringsdekking zodanig in te richten en te beperken dat de schadelast geen onvoorziene hoogte kan bereiken. Verder geldt ingevolge de Arbeidsongevallenwet dat een dwingendrechtelijke uitsluiting van de dekking van een arbeidsongeval als gevolg van oorlog of oproer niet mogelijk is. De Arbeidsongevallenwet

¹²⁰⁹ Vael 1999, nr. 12.

¹²¹⁰ Van Gompel e.a. 2002, (7)10.

¹²¹¹ Heirbaut 2009, p. 131-135.

¹²¹² Colle 2010, p. 282.

¹²¹³ Fontaine 2016, p. 345.

¹²¹⁴ Colle 2010, p. 283.

¹²¹⁵ Vael 1999, nr. 15.

¹²¹⁶ Van Gompel e.a. 2002, (7) 38.

somt immers in de artikelen 7 en 8 de risico's op die onder een arbeidsongevallen-verzekering dwingend moeten worden verzekerd. Uitsluiten van oorlogsrisico's is derhalve niet mogelijk.¹²¹⁷

Verder is het opmerkelijk dat de Belgische wetgeving geen onderscheid maakt tussen oorlogsrisico's binnen en buiten de nationale grenzen terwijl de Nederlandse bepaling uit art.3:38 Wft een expliciet onderscheid maakt tussen molestrisico in Nederland en molestrisico buiten de nationale grenzen.

Voor wat betreft terrorisme biedt het Belgische recht twee mogelijke beoordelingen van de hierdoor veroorzaakte schaden. Ten eerste kan schade onder de begrippen opgesomd in art. 63 W Verz 2014 vallen. In dat geval zijn terroristische daden uitgesloten van de dekking. De tweede mogelijkheid is dat de schade als gevolg van terroristische daden buiten art. 63 W Verz 2014 valt en de verzekeraar zich niet op een exoneratie kan beroepen. De verzekeraar kan dan geen dekking en uitkering van de schade weigeren.

Wat betreft schade veroorzaakt door terroristische aanslagen is in België relevante jurisprudentie afkomstig uit de jaren 70.¹²¹⁸ Uit deze rechtspraak blijkt dat deze schade niet onder de exoneratie van art. 19 Verzekeringwet 1874 viel. Hierdoor viel niet elk risico dat verband hield met militaire operaties automatisch onder het oorlogsrisico en mochten verzekeraars schade veroorzaakt door terroristische aanslagen niet automatisch afwijzen.

In een andere zaak, die aan de Amerikaanse rechter werd voorgelegd, kwam ook de vraag aan de orde of de actie van de Palestijnse terroristen, die een gekaapt vliegtuig van een Amerikaans luchtvaartmaatschappij gingen opblazen, een oorlogsdad betrof. De Amerikaanse rechter beantwoordde de vraag ontkennend en stelde dat de terroristen geen natie vertegenwoordigden en ook de beoogde slachtoffers niet de nationaliteit van een oorlogvoerend land hadden.¹²¹⁹ Aanvullend werd door de rechter ook opgemerkt dat de terroristen hun actie op een locatie uitvoerden, die ver verwijderd was van de plaats van, die waarop hun politieke doelstellingen wensten te realiseren, dus de plaats van aanslag toevallig was en de verzekeraar had geen reden om op een dekkingsuitsluiting te beroepen.

13.2.2. Deelconclusie

Ondanks de aanwezige aandacht en goed besef van de Belgische overheid van de verwoestende werking van de oorlogshandelingen en mogelijke omvang oorlogsschaden en herstelmogelijkheden bevat de relevante wetgeving uit België geen dwingendrechtelijk verbod ten aanzien van het verzekeren van het molestrisico. Dat betekent dat een verzekeraar met zetel in België in Nederland molestrisico kan verzekeren zonder in strijd te handelen met de geldende wet- en regelgeving. Het uitsluiten van dit risico wordt niet van openbare orde geacht en is dus niet publiekrechtelijk geregeld.

Deze verzekeraar zal zeer waarschijnlijk niet gehouden zijn de schade, die voortvloeit uit oorlogsgeweld te vergoeden, wanneer het bewijs levert van het feit dat hem van het verlenen van dekking bevrijdt. Dit levert een concurrentievoordeel op voor de verzekeraar met zetel in België ten opzichte van de verzekeraar met zetel in Nederland.

Het concurrentievoordeel bestaat in het feit dat bij het sluiten van de verzekering, zoals meedoen aan een tender de Belgische verzekeraar niet op voorhand de dekking van het oorlogsrisico hoeft uit te sluiten, dus een voordeel heeft ten opzichte van de verzekeraars die dat wel moeten doen.

13.3. Verzekeren van molest in Frankrijk

De *Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre*¹²²⁰ onderstreept de uitgebreide aandacht van de Franse overheid voor de oorlogsslachtoffers.

In art. L1 is bepaald:

¹²¹⁷ Colle 2015, p. 106, hierbij worden nog vraagtekens gezet wat betreft de strekking van dit verbod. Colle maakt melding van meningen die ervan uitgaan dat het verbod slechts in de verhouding verzekeraar/verzekeringnemer geldt en niet in de verhouding verzekeraar/werkgever als rechtstreeks contracterende partijen. Volgens deze zienswijze zou de verzekeraar eventuele oorlogsschade wel moeten uitbetalen aan verzekeringnemer maar zou de mogelijkheid hebben om een regresvordering op de werkgever in te stellen.

¹²¹⁸ Zie Arbrb. Brussel 17 januari 1975, JT 1975, 266.

¹²¹⁹ Marangos & Tobin in Marangos, Leslie & Tobin (eds.) 2007, (23)26.

¹²²⁰ Zie www.codes-et-lois.fr/code-des-pensions-militaires-d-invalidite-et-des-victimes-de-la-guerre/texte-integral.

“La République française, reconnaissante envers les anciens combattants et victimes de la guerre qui ont assuré le salut de la patrie, s'incline devant eux et devant leurs familles.

Elle proclame et détermine, conformément aux dispositions du présent code, le droit à réparation due:

1° Aux militaires des armées de terre, de mer et de l'air, aux membres des forces françaises de l'intérieur, aux membres de la Résistance, aux déportés et internés politiques et aux réfractaires affectés d'infirmités résultant de la guerre ;

2° Aux conjoints survivants, aux orphelins et aux ascendants de ceux qui sont morts pour la France.”

Dit artikel weerspiegelt tegelijkertijd de grote gevolgen van de oorlog voor de maatschappij en de individuele levens.

Hieronder volgt een toelichting betreffende het verzekeren van molest in Frankrijk.

Voor de behandeling van de regels, die betrekking hebben op het verzekeren van het molestisico in Frankrijk, worden de in Frankrijk geldende nationale wettelijke bepalingen ten aanzien van (her)verzekeringsovereenkomsten en de (her)verzekeraars toegelicht.

13.3.1. Wettelijk kader

Het relevante wettelijk kader waarbinnen de Franse verzekerings- en herverzekeringsondernemingen opereren wordt gevormd door de Code des assurances en de daaraan verbonden bepalingen uit Code civil, Code de la consommation, Code des marchés publics 2016, Code de la mutualité en Code de procédure pénale.

De Code des assurances omvat alle relevante bepalingen betreffende het verzekeringsrecht¹²²¹ en omvat vier onderdelen:

- Wettelijk deel (legislative) aangeduid met de letter L;
- Regelgeving deel (reglementaire) aangeduid met de letter R;
- Arrêtés (waarvan de bron wordt gevormd door jurisprudentie) aangeduid met de letter A;
- De bijlages (Annexes).

In paragraaf 13.3.1.1. wordt kort ingaan op de wettelijke bepalingen uit de Code des assurances die betrekking hebben op het verzekeren van schade als gevolg van oorlog en daarmee samenhangende gebeurtenissen. In paragraaf 13.3.2. volgt een toelichting over hoe deze bepalingen ingepast worden in het Franse rechtssysteem en hoe ze hun toepassing vinden op verschillende soorten verzekeringen.

13.3.1.1. Code des assurances

De Code des assurances bevat het wettelijk kader betreffende de verzekeringsondernemingen en gaat uitgebreid in op de relatie tussen de verzekeraars en verzekeringnemers. De Code des assurances is door het decreet nr. 76-667 van 16 juli 1976 tot stand gekomen¹²²² en sindsdien is meerdere keren aangepast en aangevuld met diverse wettelijke regelingen.¹²²³

De voor het onderhavige onderzoek belangrijkste bepaling uit de Code des assurances is in artikel L121-8 opgenomen. Dit artikel heeft betrekking op de schadeverzekeringsovereenkomst:

“L'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires. Lorsque ces risques ne sont pas couverts par le contrat, l'assuré doit prouver que le sinistre résulte d'un fait autre que le fait de guerre étrangère; il appartient à l'assureur de prouver que le sinistre résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires.”

¹²²¹ Weyts 2016, p. 123.

¹²²² Gebaseerd op de tekst van de wet van 8 november 1955. Groutel e.a. 2008, p. 15.

¹²²³ Onder deze wetten vallen o.a.: de wet L211-1 van 5 juli 1985 (Loi Badinter), de wet 89-1014 van 31 december 1989, de wet L128-1 en L128-2 van 2003, de wet L113-15-1 van 2006 (Loi Chatel). Voor de totstandkoming van de Code des assurances werden de verzekeringsactiviteiten in Frankrijk gereguleerd door verschillende wettelijke regelingen: la loi du 9 avril 1898 réglementant la constitution des sociétés d'assurances, la loi du 13 juillet 1930 concernant le contract d'assurance terrestre, les décrets des 14 juin et 30 décembre 1938 visant la création et le fonctionnement de toute société d'assurances, les décrets de 1949 en de 1950 régissant le statut des agents d'assurances et la loi du 27 février 1958 instaurant l'obligation d'assurance des véhicules terrestres à moteur.

Dit artikel is zonder enige wijziging overgenomen van art. 34 van de wet van 13 juli 1930. Hier gaat het niet om een dwingendrechtelijke bepaling maar een wettelijke uitsluiting die voornamelijk gericht is op schade veroorzaakt door oorlog in het buitenland en burgeroorlog.¹²²⁴

Art. L121-8 van de Code des assurances sluit de verzekeringsdekking uit ook voor verlies en schade veroorzaakt door oproer (émeutes) of door volksopstand (mouvements populaire), mits geen andersluidende bepaling is opgenomen in de verzekeringsovereenkomst. Dit artikel dient te worden gelezen in samenhang met artikel L121-2 van de Code des assurances. Volgens deze laatste bepaling dient de verzekeraar dekking te bieden voor verlies en schade veroorzaakt door personen waarvoor de verzekerde aansprakelijk is volgens artikel 1242 van de Code civil, onafhankelijk van de soort gedraging en de mate van verwijtbaarheid van deze personen.

“L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes.”

Volgens Mayaux¹²²⁵ geldt ten aanzien van de verzekeringsovereenkomst het volgende: indien de overeenkomst een uitsluiting bevat ingevolge art. L121-8 dan geldt deze uitsluiting ook ten aanzien van de verplichting voortvloeiend uit art. L121-2. Wanneer de verzekeringsovereenkomst een andere bepaling inhoudt, zoals die middels art. L121-8 is toegelaten, waaruit bijvoorbeeld blijkt dat schade veroorzaakt door oorlog e.v. wel verzekerd is, dan geldt deze bepaling ook ten aanzien van art. L121-2. In dat geval dient de verzekeraar dekking te bieden voor schade veroorzaakt door de civielrechtelijke aansprakelijkheid zonder beperking naar de aard of zwaarte van de verwijtbaarheid te mogen rekenen.

Een andere relevante bepaling is in artikel L172-16¹²²⁶ van de Code des assurances opgenomen:

“Sauf convention contraire, l'assureur ne couvre pas les dommages et pertes subis par les biens assurés et résultant:

1° De guerre civile ou étrangère, de mines et tous engins de guerre ;

2° De piraterie;

3° De capture, prise ou détention par tous gouvernements ou autorités quelconques;

4° D'émeutes, de mouvements populaires, de grèves et de lock-out, d'actes de sabotage ou de terrorisme;

5° Des sinistres dus aux effets directs ou indirects d'explosion, de dégagement de chaleur, d'irradiation provenant de transmutations de noyaux d'atomes ou de radioactivité, ainsi que les sinistres dus aux effets de radiation provoqués par l'accélération artificielle des particules.”

Hier gaat het om een verbodsbepaling betreffende schade ontstaan als gevolg van aantal in dit artikel opgesomde evenementen.

Het verbod heeft betrekking op het vergoeden van deze schade ofwel hier dekking voor te bieden, tenzij anders is overeengekomen. Gelet op het onderdeel waar dit artikel is opgenomen, namelijk het deel betreffende de verplichtingen van de verzekeraar en verzekeringnemer (Obligations de l'assureur et de l'assuré) gaat het hier duidelijk om de vergoeding van de schade en niet om een bepaling ten aanzien van acceptatie. In dit artikel worden evenementen als gevolg van burgeroorlog, oorlog, landmijnen, oorlogstuigen, piraterij, gijzeling, oproer, volksopstand, staking, lock-outs, sabotageacties, terrorisme, explosies, radioactieve uitstraling en of stralingen veroorzaakt door kunstmatige versnelling van de atomen (deeltjes) uitgesloten van de dekking.

Artikel L172-17 komt verder met een oplossing voor het geval het niet mogelijk is om vast te stellen of de schade een gevolg is van een oorlogsrisico of een met de zee verband houdende risico. In een dergelijke situatie wordt, ingevolge dit artikel, aangenomen dat de schade een gevolg is van een zeerisico en op basis hiervan uitgekeerd.

¹²²⁴ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 290. Hier wordt ook gesteld dat: *“la notion de risque de guerre étrangère suppose des hostilités entre nations différentes. Le fait de guerre n'étant d'ailleurs pas lié aux actes officiels de déclaration de guerre ou d'armistice.”* Zie ook Groutel e.a. 2008, p. 808 en 810 e.v., Bigot e.a. 2010, p. 159.

¹²²⁵ Zie Mayaux 2013, p.418, note pour l'arrêt du 22 novembre 2012, 'Section 2: la difficile application des exclusions' van 4 december 2013, www.institut-numerique.org/section-2-la-difficile-application-des-exclusions-529eff98b4cd2 en verder de uitspraken van Cass. Civ. 2e, 22 novembre 2012, n°11-19523, n°11-19806 en Cass. Civ. 2e, 13 décembre 2012, n°11-19619, n°11-19808, n°11-20329,

¹²²⁶ Bigot e.a. 2010, p. 307.

“Lorsqu'il n'est pas possible d'établir si le sinistre a pour origine un risque de guerre ou un risque de mer, il est réputé résulter d'un événement de mer.”

In art. L431-4 wordt de rol van het centrale herverzekeringsfonds ten aanzien van o.a. oorlogsrisico beschreven:

“La caisse centrale de réassurance, agissant avec la garantie de l'Etat, est habilitée à pratiquer les opérations d'assurance ou de réassurance des risques résultant de faits à caractère exceptionnel, tels qu'états de guerre étrangère ou civile, atteintes à l'ordre public, troubles populaires, conflits du travail, lorsque ces risques naissent de l'utilisation de moyens de transport de toute nature, ou se rapportent à des biens en cours de transport ou stockés.”

Ingevolge art. L413-14 is aan het centrale herverzekeringsfonds, werkend met overheidsgarantie, de bevoegdheid toegekend om (her)verzekeringsactiviteiten uit te voeren ten aanzien van risico's als gevolg van uitzonderlijke gebeurtenissen zoals oorlog, aanslagen tegen de openbare orde, volksoptstanden, werkonderbrekingen en/of conflicten, wanneer deze risico's ontstaan als gevolg van het gebruik van vervoermiddelen van elke soort of betrekking hebben aan getransporteerde of opgeslagen goederen.

In Annexe A220-3, art. 4 zijn de uitsluitingen op een verzekeringsovereenkomst zoals geregeld in L220-1 van de wet (betreffende l'assurance des engins de remonté mécanique) opgenomen. De uitsluitingen onder 'e' en 'g' hebben betrekking op terroristische activiteiten respectievelijk schade veroorzaakt door oorlogshandelingen.

“Le contrat ne garantit pas:

[...] e) les dommages causés par des actes de terrorisme ou de sabotage commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme ou de sabotage;

[...] g) les dommages occasionnés par une guerre étrangère, une guerre civile, une émeute ou un mouvement populaire;

De uitsluiting onder punt 'g' verwijst onder andere naar een buitenlandse oorlog. Een verwijzing naar oorlog binnen het grondgebied van Frankrijk ontbreekt. Dit doet concluderen dat schade als gevolg van oorlogshandelingen in Frankrijk gewoon onder de dekking valt.

13.3.2. Verzekeren van oorlogsrisico's

“Les faits de guerre entraînent des destructions massives de biens matériels, et des pertes en vie humaines que l'assurance se saurait prendre en charge.”¹²²⁷

Lambert-Faivre & Leveneur stelde dat de enorme schade als mogelijk gevolg van oorlogshandelingen wettelijke regelingen wenselijk maakt gericht op het stellen van voorwaarden inzake het verzekeren van oorlogsrisico's of uitsluiting van deze risico's. De auteurs geven verder aan dat de huidige conflictsituaties en de daaruit voortvloeiende schade de wetgever voor een moeilijke taak stelt. Het is immers zeer ingewikkeld om ten aanzien van zeer uiteenlopende situaties relevante en werkende begripsbepalingen te formuleren en regels voor op te stellen.¹²²⁸

Voor een beter begrip van het Franse systeem van verzekeren van oorlogsrisico's en hoe het voornoemde wettelijk kader toegepast kan worden dient onderscheid gemaakt te worden tussen de verschillende soorten verzekeringen, ofwel het soort risico dat onder de verzekeringsovereenkomst is gedekt. Hier kan het gaan om risico's verbonden aan bijvoorbeeld het vervoer van goederen, beschadiging van roerende of onroerende zaken, aansprakelijkheid of het leven van natuurlijke personen.

Hieronder worden de belangrijke afzonderlijk categorieën en de hierop toepasselijke wettelijke regels voor wat betreft het verzekeren van het oorlogsrisico binnen de Franse jurisdictie toegelicht.¹²²⁹

¹²²⁷ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 289 waarin is gesteld dat *“les risques de guerre font donc l'objet de dispositions particulières de la loi tant pour les assurances de dommages que pour les assurances de personnes”*. Zie p. 49 met een schatting van de schade (meer dan 50 miljard dollar) veroorzaakt door de terreurdaad van 11 september 2001 in New York. Zie ook Groutel e.a. 2008, p. 811 over veronderstelde onverzekerbaarheid van de oorlogsrisico's.

¹²²⁸ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 289.

¹²²⁹ Mathieu 2016.

Oorlogsrisico gerelateerd aan de zeetransportverzekering

Historisch gezien waren de oorlogsrisico's en het verzekeren hiervan verbonden aan de transportverzekeringen (voornamelijk zeetransport). Deze risico's hoorden bij de gewone risico's van scheepvaart en werden niet zodanig onderscheiden van andere risico's die het zeetransport ook kent. Tussen 1681 en 1967 beschouwde de op de transportverzekeringen toepasselijke wetgeving de oorlogsrisico's als gewone risico's die door de verzekeraars als zodanig in dekking was genomen. In de praktijk bleek echter dat de verzekeraars deze risico's stap voor stap gingen uitsluiten, met de redenering dat op de zee steeds meer vrede heerste, dus geen behoefte zou zijn aan een dekking tegen oorlogsrisico's.¹²³⁰

Oorlogsrisico gerelateerd aan de levensverzekeringen

Het privaatrechtelijk verzekeren van oorlogsrisico's bij een levensverzekering is niet aan dwingendrechtelijke bepalingen gebonden. Dit is het gevolg van wettelijke wijzigingen (door de wet van 31 december 1989 en de daaropvolgende aanvullende regelingen¹²³¹) waardoor beperkende bepalingen en voorwaarden betreffende het verzekeren van oorlogsrisico's in de levensverzekeringen van de Code des assurances zijn ingetrokken.

Van overheidswege bestaat verder een uitgebreid systeem van schadevergoeding, gebaseerd op solidariteit, ten behoeve van de slachtoffers (en nabestaanden) van met oorlog en terroristische aanslagen gelijkgestelde gebeurtenissen.¹²³²

Oorlogsrisico gerelateerd aan schadeverzekeringen (exclusief de verzekering inzake zeetransport)

Art. L121-8 van de Code des assurances biedt hiervoor de basisregel. De in deze bepaling opgenomen uitsluiting laat echter toe dat partijen een afwijkende bepaling opnemen in hun verzekeringsovereenkomst, op basis waarvan enkele schadegevallen als gevolg van oorlogshandelingen wel onder de dekking van de verzekeringsovereenkomst vallen.

In het geval dat er geen afwijkende bepalingen zijn overeengekomen en dus de basisregel uit art. L121-8 Codes des assurances wordt toegepast, is het aan de verzekerde om te bewijzen dat de door hem geleden schade geen causaal verband heeft met een buitenlandse oorlog.

Onder de uitgesloten molestsituaties vallen: 'la guerre étrangère', 'la guerre civile', 'des émeutes' en 'mouvements populaires'.

De in art. L121-8 opgenomen uitsluiting veronderstelt dat de schade een gevolg is van oorlogshandelingen. Dit betekent niet dat tijdens een oorlogssituatie verzekeraars geen verplichting meer hebben om schade te vergoeden. Schade is dan immers, zelfs tijdens oorlog, niet noodzakelijkerwijs een gevolg van oorlogshandelingen.¹²³³

In de geschiedenis van Frankrijk kwam de relevantie van de voornoemde uitsluiting verschillende keren aan de orde bijvoorbeeld tijdens de burgeroorlog in Algerije¹²³⁴ en tijdens de studentenopstand van mei 1968. Bewijslast is hierbij een cruciaal punt van de uitsluiting. De bewijslast tijdens een buitenlandse oorlog ligt bij de verzekeringnemer¹²³⁵. Voor overige situaties (guerre civile, émeutes et mouvements populaires¹²³⁶) draagt

¹²³⁰ Mathieu 2016.

¹²³¹ Het gaat hier om de wet nr. 89-1014 van 31 december 1989 (JO 3 januari 1990), décret nr. 92-1356 van 22 december 1992 (JO 29 december 1992) en arrêté van 19 maart 1993 (JO 20 maart 1993).

¹²³² Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 289 e.v. over de waarborgen van het Fond de garantie bij schade gerelateerd aan leven.

¹²³³ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 291-292. Zie hiervoor ook Groutel e.a. 2008, p. 812 met een verwijzing naar het arrest van het Cour de cassation (Cass. Civ. 2 févr. 1948, RGAT 1948, p. 135) waarin is gesteld: "*la garantie d'assurance, sous réserve des stipulations du contrat, n'est pas exclue par cela seul que l'état de guerre a occasionné le sinistre, tant qu'aucune opération de quere n'a exercé ni directement, ni indirectement sur sa création ou son développement une influence constitutive d'un rapport de causalité.*"

¹²³⁴ Zie de onafhankelijkheidstrijd van Algerije, die als interne strijd, dus burgeroorlog werd gezien, aangezien Algerije destijds een kolonie en dus onderdeel van Frankrijk was.

¹²³⁵ Hierbij wordt deels afgeweken van de in België geldende bewijslastverdeling, waarbij de verzekeraars het bewijs moet leveren dat de schade een gevolg is van oorlogshandelingen.

¹²³⁶ Volgens Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 291 gaat het hier om om een zware ontwrichting van de binnenlandse openbare orde: "*la guerre civile est un état d'hostilité générale entre citoyens d'un même pays; l'émeute est un mouvement séditionnel accompagné de violences, et dirigé contre l'autorité en vue d'obtenir la satisfaction de certaines revendications d'ordre politique ou social; le mouvement populaire couvre tout mouvement spontané ou concentré, d'une foule désordonnée causant des dommages.*" Zie ook Lamy assurances 2017, p. 117.

de verzekeraar de bewijslast.¹²³⁷ Volgens Groutel heeft deze tweedeling in het leveren van de bewijslast geen logische oorzaak.¹²³⁸

“sauf la question de la nationalité des belligérants, rien ne distingue la guerre étrangère de la guerre civile, les désordres, la désorganisation et les dommages engendrés par l'état de guerre étant toujours les mêmes.” Uit de jurisprudentie¹²³⁹ is gebleken dat de rechter de bewijslastverplichting van de verzekeraar heel serieus neemt. Indien de oorzaak van de schade onduidelijk of onvoldoende bewezen is, wordt de uitsluitingsclausule niet toegepast.

Sinds 1976 bestaat de IARD verzekering¹²⁴⁰ die dekking biedt voor schade als gevolg van brand en ontploffingen veroorzaakt door *“d'émeutes, de mouvements populaires, d'actes de terrorisme et de sabotages commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme et de sabotage”*, ofwel rellen, onlusten, terroristische aanslagen en sabotage gepleegd in het kader van gecoördineerde terroristische- en sabotageacties.

Art. R 220-3 van de Code des assurances heeft betrekking op de verplichte verzekeringen en meer specifiek het verzekeren van mechanisch voortbewogen motoren:

“Par dérogation aux dispositions qui précèdent, l'obligation d'assurance ne s'applique pas à la réparation:
a) *Des dommages causés à l'exploitant, à ses représentants s'il est une personne morale et, pendant leur service, aux salariés ou préposés de l'exploitant ainsi qu'au personnel des services de contrôle;*
b) *Des dommages résultant des effets directs ou indirects d'explosion, de dégagement de chaleur, d'irradiation provenant de transmutation de noyaux d'atomes ou de radioactivité, ainsi que des effets de radiations provoquées par l'accélération artificielle de particules;*
c) *Des dommages causés par les actes de terrorisme ou de sabotage commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme ou de sabotage.”*

De dekking voor het voornoemde risico wordt door de verzekeraars als zeer risicovol gezien. Om die reden kan de dekking worden opgezegd door de verzekeraar met een opzegtermijn van zeven dagen.

In 1983 werd voor verzekeraars mogelijk om de IARD verzekering aan te vullen met materiële schade die direct verband houdt met brand en explosies als gevolg van aanslagen, rellen, onlusten terroristische en sabotage acties.¹²⁴¹

De wet van 1986 heeft in de Code de procédure pénale (Wetboek van Strafvordering) een definitie voor terrorisme geïntroduceerd:

“infraction en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur.”

De civiele rechter mag gebruik maken van deze definitie maar niets houdt hem/haar tegen om hiervan af te wijken en een bredere interpretatie toe te passen.¹²⁴²

Met de wet van 9 september 1986 is deze aanvullende dekking zelfs verplicht gesteld en werden o.a. de artikelen L 126-1, L 126-2 en L 422-1 in de Code des assurances opgenomen. Art. L126-2 Code des assurances bepaalt hierbij: *“Les contrats d'assurance de biens ne peuvent exclure la garantie de l'assureur pour les dommages matériels résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats commis sur le territoire national. Toute clause contraire est réputée non écrite.”*

Om de effectiviteit van deze bepaling te waarborgen werd verboden aan de verzekeraars om een franchise, eigen risico of een van het algemene maximumbedrag afwijkend plafond aan de schadevergoeding toe te passen.

¹²³⁷ Zie Groutel e.a. 2008, p. 811 e.v. over de bewijslast gerelateerd aan de oorlogsexoneratie en het onderscheid tussen de bewijslast die ten aanzien van de verzekeringnemers/verzekerden en die van de verzekeraars geldt. Zie ook Bigot e.a. 2010, p.160, Lamy assurances 2017, p. 314.

¹²³⁸ Groutel e.a. 2008, p. 816.

¹²³⁹ Zie Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971658, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971659, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971660, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971661, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971977, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971978, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971979, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971980, Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006972243, Cass. Civ. 1^{er} 24 mars 1992, n° 89-14880.

¹²⁴⁰ IARD staat voor Incendies, Accidents et Risques Divers.

¹²⁴¹ Groutel e.a. 2008, p. 806.

¹²⁴² Groutel e.a. 2008, p. 807.

Dit systeem is gebaseerd op het herverzekeringsprincipe en wordt uitgevoerd door een pool van verzekeraars, GAREAT¹²⁴³ en met een waarborg van de staat ingevolge L431-4 Code des assurances. De waarborg van de staat wordt geboden via de Caisse Centrale de Réassurance (CCR)¹²⁴⁴ ofwel het centrale herverzekeringsfonds.

De betrokkenheid van de Franse overheid bij het verzekeren van oorlogsrisico's kent een langere geschiedenis en dateert van de WOI. Tot de WOI waren verzekeraars geheel vrij om oorlogsrisico's te verzekeren of juist uit te sluiten.¹²⁴⁵ De WOI en met name de uitzonderlijk verwoestende gevolgen van deze oorlog boden aanleiding voor het ontwikkelen van een systeem waarbij alleen het uitzonderlijke risico kon worden verzekerd en de verzekeraars deze dekking samen met de staat gingen aanbieden.

*“La première guerre mondiale verra naître la naissance d’un système où seul le risque « extraordinaire » pourra être couvert et que les assureurs ne pourront plus garantir seuls mais avec l’État.”*¹²⁴⁶

De door de staat geboden verzekering voor oorlogsrisico was eerst facultatief en vanaf 1917 verplicht, voornamelijk om het voortzetten van economische activiteiten tijdens de oorlog te waarborgen. Tijdens de WOII werd hetzelfde principe gevolgd reeds vanaf 1939. De zgn. decret-loi van 22 februari 1940 organiseerde een *“régime de mutualité nationale avec répartition intégrale des simistres entre les assuré.”*¹²⁴⁷ Na de oorlog werd het verzekeren en herverzekeren van o.a. oorlogsrisico's deels opgevangen door de CCR.

13.3.3. Deelconclusie

De relevante Franse wetgeving bevat geen dwingendrechtelijk verbod betreffende het verzekeren van het molestrisico. Dat brengt met zich mee dat een schadeverzekeraar met zetel in Frankrijk in Nederland molestrisico kan verzekeren zonder in strijd te handelen met de op hem toepasselijke publiekrechtelijke bepalingen en overige geldende wet- en regelgeving.

Wanneer in de verzekeringsovereenkomst geen afspraken zijn gemaakt ten aanzien van het verzekeren van het molestrisico zal deze verzekeraar niet gehouden zijn de schade, die voortvloeit uit oorlogsgeweld, te vergoeden. Dit geldt wanneer Frans recht wordt toegepast op de verzekeringsovereenkomst en ingevolge art. L121-8 Code des assurances voldoende bewijs wordt geleverd voor het toepassen van de uitsluiting.

Vornoemd verschil van toepasselijke wetgeving op de verzekeraars met zetel in Nederland en die met zetel in Frankrijk levert een concurrentievoordeel op voor de Franse verzekeraar omdat deze zonder wettelijke beperking dekking kan bieden voor oorlogsrisico's in Nederland.

13.4. Verzekeren van molest in Duitsland

Aan het einde van de WOII bleef Duitsland in een verschrikkelijke puinhoop achter. Naast de 6,3 miljoen mensenlevens, die Duitsland verloor, was ook de economische schade immens:

*“Mit Kriegsende war Deutschland ein Trümmerfeld: Nahezu 5 Millionen zerstörte oder beschädigte Wohnungen vor allem in den großen und größeren Städten, zerbombte Fabriken und Verkehrswege.”*¹²⁴⁸

Volgens de onderzoekers A. Dähn/M. Grub¹²⁴⁹ hebben de Duitse steden een groot deel van hun woningvoorraad verloren: in Keulen was tegen de einde van de oorlog ruim 69% van de woningen verwoest, in Dortmund ruim 64% en in Hamburg ruim 52%.

Het einde van WOII bracht ook voor de Duitse verzekeringssector de diepste crisismomenten van zijn geschiedenis:

¹²⁴³ GAREAT staat voor Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des risques Attentats et actes de Terrorisme.

<http://www.gareat.com/>

¹²⁴⁴ www.ccr.fr/l-entreprise-ccr. Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 297.

¹²⁴⁵ Lamy assurances 2017, p. 1731.

¹²⁴⁶ Mathieu 2016.

¹²⁴⁷ Lamy assurances 2017, p. 1731.

¹²⁴⁸ Hintergrund: Der Zweite Weltkrieg in Zahlen und Fakten”, 9 mei 2015, www.zeit.de/news/2015-05/08/geschichte-hintergrund-der-zweite-weltkrieg-in-zahlen-und-fakten-08065612.

¹²⁴⁹ Zie artikel A. Dähn/M. Grub, 'Die Zerstörung Hamburgs im Zweiten Weltkrieg' www.geschichtsspuren.de/artikel/verschiedenes/175-zerstoerung-hamburg-weltkrieg.html.

*“Nach der Zerstörung so vieler materieller und ideeller Werte war Sicherheit nicht gefragt. Hunger und Elend regierten. Wer an die Zukunft dachte, meinte die Nahrungsmittel für den nächsten Tag.”*¹²⁵⁰

In hoeverre heeft deze donkere periode uit de Duitse geschiedenis invloed gehad op de bepalingen ten aanzien van het verzekeren van de oorlogsrisico's en de schade als gevolg van oorlogshandelingen?

Hieronder worden de uitkomsten van het onderzoek naar aanleiding van deze vraag toegelicht.

Ten eerste wordt een overzicht opgenomen van het relevante wettelijk kader betreffende het Duitse verzekeringsovereenkomstenrecht en het toezicht op de (her)verzekeringsondernemingen. Vervolgens worden de regels, die betrekking hebben op het verzekeren van het molestrisiko in Duitsland behandeld.

13.4.1. Wettelijk kader

Het relevant wettelijk kader waarbinnen de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen met zetel in Duitsland opereren bevat de hieronder behandelde wetten.

“Gegenstand des Privatversicherungsrechts sind alle Rechtsnormen, die sich mit Versicherungsverträgen und den Unternehmen befassen, die Versicherungsverträge geschäftsmäßig abschließen.

*Neben den Versicherungsvertragsrecht [...] gehören dazu noch das Versicherungsunternehmens- und das Versicherungsaufsichtsrecht.”*¹²⁵¹

Het *Gesetz über den Versicherungsvertrag* ofwel het *Versicherungsvertragsgesetz (VVG)* van 30 mei 1908¹²⁵² was bijna een eeuw lang de basis van het Duitse verzekeringsovereenkomstenrecht.¹²⁵³

In 2000 werd vanuit het Duitse Ministerie van Justitie de wens uitgesproken om deze wet te wijzigen en hiertoe een commissie (Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts) aangesteld.¹²⁵⁴ Het nieuwe VVG¹²⁵⁵ trad per 1 januari 2008 in werking.¹²⁵⁶

Het verzekeringsondernemingsrecht heeft zich in nauw verband ontwikkeld met de verzekerings-toezichtswet.

*“Gegenstand des Versicherungsunternehmensrechts sind alle Vorschriften über die Organisation der privatrechtlich tätig werdenden VU.”*¹²⁵⁷

De basis voor het overheidstoezicht over de privaatrechtelijke verzekeringsondernemingen was gelegd in het *Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (VAG)* van 12 mei 1901.¹²⁵⁸ Deze wet is later door de implementatie van de derde EU- schade en levensrichtlijnen middels de wet van 28 juli 1994¹²⁵⁹ ingrijpend gewijzigd.¹²⁶⁰

De wet, die de modernisering van het financiële toezicht over de Duitse verzekeringsmaatschappijen beoogt (*Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen*), is op 10 april 2015 gepubliceerd.¹²⁶¹

Deze wet implementeert de Europese regelgeving opgenomen in richtlijn Solvabiliteit II in de Duitse nationale wet. De wet is op 1 januari 2016 in werking getreden, uitgezonderd de bepalingen die reeds bij de publicatie in werking traden. Deze wet (*Versicherungsaufsichtsgesetz-VAG*) geeft de regels weer die de rechtsverhouding tussen de Staat en de onder de controle van de staat vallende individuele private verzekeringsmaatschappijen bepalen.¹²⁶²

¹²⁵⁰ Zie artikel ‘Der Schwierige Neuaufbau’ op www.versicherungs-geschichte.de/en/museum/historische-entwicklung/die-naechst-generation/zweiter-weltkrieg.html.

¹²⁵¹ Bruck & Möller 2008, p. 8.

¹²⁵² Reichsgesetzblatt (1871-1921).263.

¹²⁵³ Beckmann 2015, p. 2. Daarin Lorenz stelt dat over het VVG van 30.05.1908 “*es ist die erste reichsrechtliche kodifikation des Vesicherungsvertragsrechts*”.

¹²⁵⁴ Engel 2016, p. 42.

¹²⁵⁵ Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23. November 2007, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil I Nr. 59, ausgegeben zu Bonn am 29. November 2007.

¹²⁵⁶ Bepalingen van de nieuwe wet golden voor alle verzekeringsovereenkomsten gesloten vanaf 1 januari 2008. Ten aanzien van de bestaande overeenkomsten traden de regelingen per 1 januari 2009 in werking.

¹²⁵⁷ Bruck & Möller 2008, p. 9.

¹²⁵⁸ Reichsgesetzblatt (1871-1921).139.

¹²⁵⁹ (deutsches) Bundesgesetzblatt I 1630.

¹²⁶⁰ Bruck & Möller 2008, p. 12.

¹²⁶¹ Zie

www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl115s0434.pdf%27%5D__1442565603906.

¹²⁶² Bruck & Möller 2008, p.9.

Het Burgerlijk Wetboek (*Bürgerliches Gesetzbuch*) van 18 augustus 1896¹²⁶³ bevat ook een aantal regels met specifiek verzekeringsrechtelijk karakter.¹²⁶⁴ Omdat deze bepalingen geen raakvlakken hebben met het voorliggende onderzoek worden ze verder buiten beschouwing gelaten. Ook buiten beschouwing blijven de bepalingen over de zeeverzekering opgenomen in het wetboek van koophandel (*Handelsgesetzbuch* ofwel *HGB*) van 10 mei 1897¹²⁶⁵ en de volgende wetten, die weliswaar tot het wettelijk kader horen, maar geen relevante bepalingen inhouden ten aanzien van het verzekeren van molestrisico's: het *Gesetz zur Regulierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG) van 9 december 1976¹²⁶⁶ en het *Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter* (PflVG) van 7 november 1939¹²⁶⁷, gewijzigd op 5 april 1965.¹²⁶⁸

13.4.1.1. VVG

Het VVG bevat geen enkele bepaling ten aanzien van oorlogsrisico's of mogelijke uitsluitingen of beperkingen ten aanzien van vergoeding van schade als gevolg van oorlogshandelingen.

Het VVG bevat ook geen andersoortige uitsluitingen. Mogelijke uitleg hiervan kan zijn dat de wetgever rekening heeft gehouden met de bestaande modelvoorwaarden binnen de Duitse verzekeringspraktijk en de daarin geregelde uitsluitingen en beperkingen ten aanzien van de verschillende soorten verzekeringsovereenkomsten. Een andere mogelijke uitleg is dat de Duitse wetgever uitsluitingen en/of beperkingen van de dekking liever aan de verzekeraars overlaat met het oog op het waarborgen van de partijautonomie.

13.4.1.2. VAG

De eerste codificatie van de Duitse verzekeringsregels dateert van 12 mei 1901 (*Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen*¹²⁶⁹). Deze wet trad op 1 januari 1902 in werking en verenigde de op dat moment toepasselijke regels die daarvoor in verschillende wetten en regelingen waren opgenomen.¹²⁷⁰

Middels verschillende wijzigingen¹²⁷¹ ontwikkelde zich de wetgeving tot het VAG¹²⁷² van 17 december 1992,¹²⁷³ dat daarna verschillende keren is gewijzigd. Reden voor deze wijzigingen is gelegen in de implementatie van de Europese richtlijnen en steeds verdere verscherping van de toezichtsregels.¹²⁷⁴

Het huidige VAG¹²⁷⁵ maakt onderscheid tussen de twee toezichtregimes die enerzijds voor verzekeraars gelden ingevolge richtlijn Solvabiliteit II en anderzijds voor de verzekeraars die buiten de reikwijdte van richtlijn Solvabiliteit II vallen.

De wet kent nieuwe bepalingen betreffende:

- het eigen vermogen;
- het berekenen van de kapitaalvereisten en
- vereisten ten aanzien van de governance van de (her) verzekeringsondernemingen.

Deze wet houdt geen bepaling in inzake uitgesloten risico's en meer specifiek inzake het verzekeren van molestrisico's. Uiteraard zijn ingevolge het VAG alle bepalingen inzake risicomangement uit richtlijn Solvabiliteit II van toepassing, echter zonder een nadrukkelijke uitsluiting van één bepaald risico.

¹²⁶³ Reichsgesetzblatt (1871-1921). 195.

¹²⁶⁴ Zie Beckmann 2015, p. 7 waar gesproken wordt van “*einige verstreute versicherungsvertragsrechtliche Vorschriften*”. Voor wat betreft de betekenis van het BGB voor het verzekeringsrecht wordt “*seiner subsidiären Anwendbarkeit*” genoemd.

¹²⁶⁵ Reichsgesetzblatt (1871-1921).219.

¹²⁶⁶ (deutsches) Bundesgesetzblatt. I 3317.

¹²⁶⁷ Reichsgesetzblatt (1871-1921). I 2223.

¹²⁶⁸ (deutsches) Bundesgesetzblatt. I 213.

¹²⁶⁹ RGBL. S.139, inwerking getreden per 1 januari 1902 (RGBL. S489).

¹²⁷⁰ Beckmann 2015, p. 9.

¹²⁷¹ Zie o.a. *Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen* van 6 juni 1931 (RGBL. I S. 302, ber. I S. 750), *Gesetz über die Bausparkassen* van 16 november 1972 (BGBl. I S. 2097), *Gesetz über die Beaufsichtigung der VU* van 29 maart 1983 (BGBl. I S. 377) ofwel *Versicherungsaufsichtsgesetz* (VAG).

¹²⁷² *Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen*.

¹²⁷³ BGBl. I S. 2.

¹²⁷⁴ Beckmann 2015, p. 9.

¹²⁷⁵ *Versicherungsaufsichtsgesetz* vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434), das zuletzt durch Artikel 20 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822) geändert worden ist.

13.4.2. Standaardvoorwaarden GDV

De branchevereniging van de Duitse verzekeraars, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) kent niet-bindende modelvoorwaarden voor zijn leden (450 verzekerings- en herverzekerings-ondernemingen). Het toepassen van deze voorwaarden voor de leden van het GDV is optioneel.

*“Bei den hier aufgeführten Versicherungsbedingungen handelt es sich um Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV). Diese Bedingungen sowie die Muster-Standmitteilungen für Lebensversicherungen sind für die Versicherungsunternehmen unverbindlich. Die Verwendung ist rein fakultativ.”*¹²⁷⁶

*“Zum versicherungsvertragsrecht und damit zum Privatversicherungsrecht, aber nicht zu denen Rechtsquellen gehören die AVB, denn sie werden nicht von einem Gesetzgeber oder aufgrund eines Gesetzes erlassen”*¹²⁷⁷

In alle modelvoorwaarden ten aanzien van levens- en schadeverzekeringen is een oorlogsclausule (Kriegsklausel¹²⁷⁸) opgenomen.¹²⁷⁹

Ondanks het feit dat de tekst van deze clausules per type verzekering kan afwijken, geldt overal dat schade als gevolg van oorlog en of andere gelijksoortige omstandigheden tot uitsluiting of beperking van de uitkeringsplicht van de verzekeraar leidt.

“Die Versicherung erstreckt sich ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf Schäden durch Krieg, kriegsähnliche Ereignisse, Bürgerkrieg, Revolution, Rebellion oder Aufstand”.¹²⁸⁰

In de modelvoorwaarden betreffende de cyberrisicoverzekering¹²⁸¹ is oorlog als volgt gedefinieerd:

*“Krieg bedeutet: Krieg, Invasion, Bürgerkrieg, Aufstand, Revolution”*¹²⁸², *Aufbruch, militärische oder andere Form der Machtergreifung.”*

In de modelvoorwaarden voor de inboedelverzekering (VHB 2010- Versicherungssummenmodell) is ten aanzien van de uitsluiting betreffende interne onrust het volgende bepaald:

“Die Versicherung erstreckt sich ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf Schäden durch innere Unruhen”.

Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de interne onrust niet tegen de macht van de staat is gericht:

*“Es reicht eine Zusammenrottung von Personen mit dem Zweck, Gewalttätigkeiten gegen Personen und/oder Sache (z.B. Plünderungen) zu verüben.”*¹²⁸³

Middels de uitsluitingsclausule bij transportverzekeringen is schade als gevolg van *“Krieg, Bürgerkrieg, kriegsähnliche Ereignisse und die feindliche Verwendung von Kriegswerkzeugen”* uitgesloten.¹²⁸⁴

In de meeste modelvoorwaarden is geen definitie voor de met de oorlog ‘soortgelijke gebeurtenissen’ opgenomen. De uitsluiting geldt indien *“das Kriegereignis für den Schaden adäquat ursächlich war”*.¹²⁸⁵

Volgens Obarowski¹²⁸⁶ heeft het toepassen van de oorlogsclausule in de verzekeringspraktijk tot op heden nog geen problemen opgeleverd.

¹²⁷⁶ Zie ‘Musterbedingungen und Standmitteilungen’, www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/.

¹²⁷⁷ Beckmann 2015, p. 6.

¹²⁷⁸ Ingevolge Fred Wagner (Hrsg.) 2011 wordt onder Kriegsklausel verstaan:

“Klausel in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der meisten Sachversicherungszweige zum Ausschluss von Schäden durch Kriegereignisse. Unter einem Kriegereignis wird dabei jede mit Waffengewalt geführte Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Staaten verstanden, egal ob mit förmlicher Kriegserklärung oder ohne eine solche.” Zie ook Beckmann 2015, p. 2457 met verwijzing naar de volgende definitie van oorlog opgesteld door Ehlers: *“eine bewaffnete Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Staaten, das Bestehen eines Gewaltzustandes”*.

¹²⁷⁹ Zie Prölss & Martin 2015, p.1769, nr. 130 met verwijzing naar 137, AVB Transportversicherung (Risicoausschlusse) evenals p. 1769, waar verwezen wordt naar Allgemeine Hausrat- Versicherungsbedingungen (VHB 2010- Versicherungssummenmodell) met een toelichting van de oorlogsexoneratie. Verder zie Langheit & Rixecker 2016, p. 229 met verwijzing naar de uitsluitingen van oorlogsschade zoals opgenomen in AUB 2008.

¹²⁸⁰ Prölss & Martin 2015, p. 1769.

¹²⁸¹ Zie Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Cyberrisiko-Versicherung (AVB Cyber).

¹²⁸² *“Revolution ist die gewaltsame Umgestaltung einer bestehenden statlichen oder gesellschaftliche Ordnung oder deren Versuch.”*

¹²⁸³ Zie Prölss & Martin 2015, p. 1770 met verwijzing naar AFB en AUB 94.

¹²⁸⁴ Beckmann 2015, p. 2457,

¹²⁸⁵ Zie Beckmann 2015, p. 2327, waarin ook vraagtekens zijn gesteld bij de kwalificatie van een aantal gebeurtenissen verbonden aan de terroracties voor de toepassing van de oorlogsclausule.

¹²⁸⁶ Beckmann 2015, p. 2327.

Voor een beroep op een uitsluiting ten aanzien van oorlogsrisico in de modelvoorwaarden is het van groot belang dat er een causaal verband bestaat tussen een bepaalde, in het exoneratiebeding opgenomen gebeurtenis en de geleden schade.¹²⁸⁷ Voor het aantonen van het causaal verband is het voldoende om te bewijzen dat een bepaalde risicosituatie (zoals oorlog) effect heeft op de schadegebeurtenis. Ook omstandigheden waarbij door een uitgesloten risicosituatie verstoring van de infrastructuur of openbare diensten tot schade of verergering van de gevolgen van een ander schadetoebrengend evenement leiden (zoals wegvallen van de brandweer of vernietigde straten waardoor de brandweer de brandhaard niet kan bereiken of onveiligheid wegens wegvallen openbare ordediensten) kunnen tot een causaal verband leiden met de uitgesloten risicosituatie.¹²⁸⁸

Voor wat betreft de verzekeringsrechtelijke begripsbepaling van de oorlog geldt dat deze verder gaat dan de volkenrechtelijke definitie van het begrip oorlog.

*“Als Krieg im versicherungsrechtlichen Sinne wird bisher jeder tatsächlich kriegsmäßige Gewaltzustand ohne Rücksicht auf die zeitlichen, sachlichen und räumlichen Grenzen des Kriegszustandes im völkerrechtlichen Sinne verstanden”.*¹²⁸⁹

De volkenrechtelijke definitie gaat immers uit van een gewapende strijd tussen de staten of geweld voortkomend uit vijandelijkheden tussen de staten.¹²⁹⁰

Volgens Johannsen:¹²⁹¹

*“Damit kann ein Krieg in versicherungsrechtlichen Sinne schon vor dem völkerrechtlichen Kriegsbeginn vorliegen und dessen Ende überdauern.”*¹²⁹²

Ten aanzien van *Kriegsähnliche Ereignisse* werd gesteld: *“bewaffnete Auseinandersetzungen unter Gruppen und Staaten mit militärischer Organisation. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand für einen Zustand der noch nicht oder nicht mehr als Krieg zu bezeichnen ist.”*¹²⁹³

Over de uitsluiting van het oorlogsrisico is verder bepaald:

*“Der Kriegsausschluss ist umfassend. Den aufgeführten Begriffen ist gemeinsam, dass es sich um gewaltsames Vorgehen unter Staaten oder von Gruppen gegen die Staatsgewalt handelt.”*¹²⁹⁴

Na de eerste Golfoorlog hebben de Duitse levensverzekeraars samen met het ministerie van Defensie een oorlogsuitsluitingsclausule (Kriegsausschlussklausel) ontwikkeld.¹²⁹⁵

Deze clausule werd verder in de algemene verzekeringsvoorwaarden (Allgemeinen Versicherungsbedingungen ofwel AVB) van het GDV opgenomen.

Ten aanzien van bijvoorbeeld de overlijdensrisicoverzekering (Risikolebensversicherung) werd het volgende¹²⁹⁶ bepaald:

“Bei Ableben des Versicherten in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit kriegerischen Ereignissen beschränkt sich unsere Leistungspflicht auf die Auszahlung des für den Todestag berechneten Rückkaufswertes”.

Het gaat hier om een beperking ten aanzien van de uitbetaling van de verzekerde prestatie indien het overlijden van de verzekerde directe of indirecte samenhang kent met oorlogsgebeurtenissen.

De clausule houdt verder een uitzondering op de hoofdregel in:

“Diese Einschränkung gilt nicht, wenn der Versicherte in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit kriegerischen Ereignissen stirbt, denen er während seines Aufenthalts außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ausgesetzt und an denen er nicht aktiv beteiligt war.”

¹²⁸⁷ Langheid & Rixecker 2016, p. 306 e.v.

¹²⁸⁸ Prölss & Martin 2015, p. 1770.

¹²⁸⁹ Zie ‘§ 4 Ausschlüsse/ II. Kriegsbegriff’, www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/4-ausschluesse-ii-kriegsbegriff_idesk_PII7574_HI2871910.html. Zie ook Weiße 2010, p.50. Zie AVB 2008 en AFB.

¹²⁹⁰ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 782.

¹²⁹¹ Bruck/Möller/Johannsen 2012, p.88.

¹²⁹² De jurisprudentie ondersteunt ook deze zienswijze. Bruck/Möller/Johannsen 2012, p.88 meldt de volgende zaken: BGH 28.11.1951 VersR 1952 52, ÖOGH 17.9.1945 VersRdschau 1946 309. OLG Gera 27.2.1947 VW 1947 234, OLG Braunschweig 22.7.1947 VW 1948 13.

¹²⁹³ Prölss & Martin 2015, p. 1770.

¹²⁹⁴ Prölss & Martin 2015, p. 1770.

¹²⁹⁵ Zie http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/ware/2011_W4_Kriegsklausel.pdf

¹²⁹⁶ Zie Gegenpositionen van 8 september 2009, ‘BILD auf Abwegen’, www.gdv.de/2009/09/gegenpositionen-bild-auf-abwegen/.

Hieruit blijkt dat de uitzondering voor die gevallen is toegestaan waarbij de dood van de verzekerde direct of indirect samenhangt met oorlogsgebeurtenissen tijdens een verblijf buiten Duitsland onder de voorwaarde dat deze verzekerde niet actief betrokken is bij de voornoemde oorlogshandelingen, gebeurtenissen.

Voor wat betreft de voornoemde ‘actieve betrokkenheid’ geldt de volgende regel:

*“Soldaten sind einem ‘aktiven Kriegsrisiko’ ausgesetzt, wenn Sie etwa aufgrund eines Befehls Gegner aktiv, d.h. nicht nur zu Verteidigungszwecken, angreifen müssen”.*¹²⁹⁷

Ten aanzien van de ongevallenverzekering worden de Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen 2014 ofwel AUB 2014 als verzekeringsvoorwaarden toegepast. Deze zijn een voortzetting van de AUB 2008 en ABU 99. Deze voorwaarden houden onder paragraaf 5.1.3. de oorlogsclausule (Kriegs- oder Bürgerkriegsereignisse¹²⁹⁸) in. Hierin wordt het risico op ongeval direct of indirect veroorzaakt door oorlog en burgeroorlog in principe uitgesloten van de dekking.

Op deze hoofdregel geldt echter een uitzondering:

“Die versicherte Person wird auf Reisen im Ausland überraschend von Kriegs- oder Bürgerkriegsereignissen betroffen. In diesem Fall gilt der Ausschluss nicht.”

De uitsluiting van de dekking van de ongevallenverzekering blijft wel bestaan:

“bei Reisen in oder durch Staaten, auf deren Gebiet bereits Krieg oder Bürgerkrieg herrscht, für die aktive Teilnahme am Krieg oder Bürgerkrieg, für Unfälle durch atomare, biologische oder chemische Waffen.”

Een vergelijking tussen ABU 2014 en ABU 2008¹²⁹⁹ laat zien dat de uitsluiting van niet-oorlog-gerelateerde ongevallen in een crisisgebied uit AUB 2008 niet zijn overgenomen in ABU 2014.

*“Nicht kriegsbedingte Unfälle, etwa Verkehrs-, Freizeit- oder Sportunfälle im Krisengebiet auch während der Zeit des Auslandseinsatzes, sind in der Regel aber versichert.”*¹³⁰⁰

De voornoemde bepaling was destijds opgenomen met de wens om extra duidelijkheid te creëren over de dekkingsvoorwaarden. Ingevolge Weiße heeft deze bepaling echter niet de gewenste volledige zekerheid gecreëerd over wat nu wel of niet gedekt is bij de oorlogshandelingen in het buitenland.¹³⁰¹ Wel stelde Weiße vast dat deze oorlog- en burgeroorlog clausule een onmisbaar instrument is voor de verzekeraars, die het risico verbonden aan oorlogshandelingen, en de daaruit voortvloeiende schade, niet kunnen inschatten.

13.4.2. Deelconclusie

Uit het onderzoek naar de Duitse relevante wetgeving ten aanzien van het verzekeringsovereenkomstenrecht en de regels van toepassing op het uitoefenen van het bedrijf van de verzekerings- en herverzekeringsonderneming, is gebleken dat Duitse verzekeraars niet gebonden zijn aan wettelijke regels van regeland of dwingend recht betreffende het verzekeren van oorlogsrisico’s.

De door Duitsland en Duitse verzekeringsbranche ervaren zware crisis als gevolg van de (afloop van) WOII heeft, anders dan in Nederland, niet geresulteerd in een verbod op het verzekeren van het risico van molest.

Wel bevatten de standaardvoorwaarden van het GDV een uitsluiting en/of beperking van de uitkering als gevolg van oorlog en/of met oorlog of burgeroorlog gelijkgestelde gebeurtenissen.

Deze voorwaarden zijn echter optioneel van aard. Verder is het onduidelijk in hoeverre deze voorwaarden in de praktijk aanbevolen en toegepast worden ten aanzien van het verzekeren van buiten Duitsland gelegen risico’s en/of verzekeringen waarop geen Duits recht wordt toegepast.

Dit rechtvaardigt de conclusie dat de Duitse verzekeraar op basis van de Duitse wetgeving nimmer in strijd met een dwingendrechtelijke regel handelt bij het verzekeren van molest in of buiten Duitsland. Dit brengt met zich mee dat een verzekeraar met zetel in Duitsland in Nederland het molestrisico kan verzekeren zonder in strijd te handelen met de op hem toepasselijke wet- en regelgeving.

¹²⁹⁷ Zie artikel ‘Versicherungsschutz für deutsche Soldaten im Auslandseinsatz’ van 16.07.2009, www.gdv.de/2009/07/versicherungsschutz-fuer-deutsche-soldaten-im-auslandseinsatz/.

¹²⁹⁸ Onder burgeroorlog wordt volgens Bruck/Möller/Johannsen 2012, p. 89. verstaan: “*der Kampf um die Regierungsgewalt zu verstehen, der von verschiedenen Parteien oder anderen Gewalten innerhalb eines Staates, von denen wenigstens eine, nämlich die Aufständischen, nicht offiziell anerkannt ist, gewaltsam geführt wird*”.

¹²⁹⁹ Langheid & Rixecker 2016, p. 229.

¹³⁰⁰ Zie Gegenpositionen van 8 september 2009, ‘BILD auf Abwegen’, www.gdv.de/2009/09/gegenpositionen-bild-auf-abwegen/.

¹³⁰¹ Weiße 2010, p. 49.

13.5. Verzekeren van molest in Hongarije

Hieronder worden de uitkomsten van het onderzoek naar het verzekeren van molest in Hongarije toegelicht. Voor de daadwerkelijke behandeling van de regels, die betrekking hebben op het verzekeren van het molestisico in Hongarije, wordt een samenvatting weergegeven van de geldende nationale wettelijke bepalingen inzake het toezicht op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen en ten aanzien van het (her)verzekeringsovereenkomstenrecht. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de ontstaansgeschiedenis van dit wettelijk kader.

13.5.1. Wettelijk kader

Het relevante wettelijk kader waarbinnen de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen opereren wordt gevormd door publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelgeving zoals hieronder weergegeven en nader toegelicht.

Privaatrechtelijke wetgeving

- 1^e KT, Kereskedelmi Törvény¹³⁰² (De Wet van 1875 - Wetboek van Koophandel)
- 1959. évi CLIX törvény a Polgári törvénykönyvről (4^e wet van 1959 over het Burgerlijk Wetboek¹³⁰³)¹³⁰⁴
- Magyar Polgári törvénykönyv (Hongaarse Burgerlijk Wetboek)

Publiekrechtelijke wetgeving

- De wet nr. LX inzake verzekeraars en de activiteiten van verzekeraars uit 2003.¹³⁰⁵
- De nieuwe wet BT.¹³⁰⁶
- De wet nr. CLIX van 2007 inzake herverzekeringen.¹³⁰⁷
- De wet LXII inzake verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.¹³⁰⁸
- De wet van 2013 5^e wet BTK, PTK (publiekrechtelijke regelgeving inzake verzekeringen).
- 2014. évi LXXXVIII törvény (de wet van 2014 inzake verzekeringsactiviteiten).
- 2015. évi CLXII törvény (wet van 2015 betreffende wijziging van regels betreffende kapitaalmarkt en verzekeringen).¹³⁰⁹

Het Hongaarse recht werd tot in de 19^e eeuw in grote mate bepaald door het inheemse gewoonterecht, zonder betekenisvolle invloeden van het Romeinse recht.¹³¹⁰ De belangrijkste codificatie en synthese van dit gewoonterecht is door Werbőczy István¹³¹¹ opgesteld en opgenomen in het boek Tripartitum. Deze codificatie bleef het de-facto wetboek van Hongarije tot 1848. Door de absolutistische regering van het Oostenrijkse rijk golden op het gebied van commercieel recht de regels van het rijk, waarvan Hongarije deel uitmaakte. Het ontwikkelen van het commercieel recht (een zgn. Wetboek van Koophandel) heeft in Hongarije wegens de historische ontwikkelingen een relatieve vertraging opgelopen. Aan het begin van de 18^e eeuw was nog geen sprake van een gecodificeerd commercieel recht. Wel bestonden de voor bepaalde

¹³⁰² Wet betreffende commerciële activiteiten, https://archive.org/stream/cu31924061105551/cu31924061105551_djvu.txt

<http://ajk.pte.hu/files/file/doktori-iskola/nochta-tibor/nochta-tibor-vedes-ertekezes.pdf> <http://www.biztositas.hu/Hirek-Informaciok/Biztositasi-szemle/2005-szeptember/Zsolnay-gyar-biztositastortenete.html>, laatst geraadpleegd op 9 januari 2017.

¹³⁰³ A Közigazgatási és Igazságügyi Minisztérium hatáskörébe tartozó 1959. évi IV. (2014. március 15-től 2013. évi V.) törvény a Polgári Törvénykönyvről (Ptk.) vonatkozó fejezete szabályozza a biztosítás magánjogi területét (a biztosító és a szerződő kapcsolatát, a biztosítási feltételeket), továbbá a Ptk. általános háttérjogszabályként szolgál főleg a kártérítést, az ügynöki, megbízási jogviszonyt illetően.

¹³⁰⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/transposition/hungary/d7.4-hu.pdf

¹³⁰⁵ 2003. évi LX. törvény a biztosítókról és a biztosítási tevékenységről.

¹³⁰⁶ De wet 2014/88 die ook betrekking heeft op de verzekeringsproducten.

¹³⁰⁷ 2007. évi CLIX. törvény a viszontbiztosítókról.

¹³⁰⁸ 2009. évi LXII. törvény a kötelező gépjármű-felelősségbiztosításról.

¹³⁰⁹ Zie www.mnb.hu/felugyelet/szabalyozas/jogszabalyok/egyeb-magyar-jogszabalyok/torvenyek

¹³¹⁰ Storme, Gent-Mariakerke 2006, p. 294,

www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Rechtsvergelijking6b.pdf.

¹³¹¹ Werbőczy István (1465-1541) was een vooraanstaand jurist en staatsman die voor het eerst naam maakte als theoloog. Zijn studie rechtsgeleerdheid leverde een van de belangrijkste codificaties van het Hongaarse recht op.

Zie https://nl.wikipedia.org/wiki/Istv%C3%A1n_Werb%C5%91czy.

steden en/of gebieden geldende lokale of gewoonterechtelijke regels. Nadat de Turkse bezetting is beëindigd en een einde kwam aan de interne conflicten, nam de economische ontwikkeling snel toe, waardoor ook de noodzaak van een Wetboek van Koophandel zich duidelijker aandeede.

De wet uit 1723, het eerste Wetboek van Koophandel introduceerde de verplichting om boekhouding bij te houden. In 1779 werd gestart met het ontwikkelen van een nieuw Wetboek van Koophandel, waarin aandacht werd besteed aan financiële diensten.¹³¹² Aangezien het wetsvoorstel uit 1786 niet door het Parlement werd goedgekeurd bleef de introductie van een nieuwe wet 100 jaar uit. Nadat in 1867 Hongarije haar zelfbeschikkingsrecht terugkreeg in het kader van het Oostenrijk-Hongaars rijk¹³¹³ kwam opnieuw de wens naar voren voor een moderne commerciële wetgeving die de geldende Duitse wetgeving zou evenaren. István Apáthy¹³¹⁴ kreeg de opdracht tot het opstellen van een nieuw wetboek van koophandel. Bij het opstellen van deze wet (Kereskedelmi Törvény, 1875 évi XXXVIII törvény K.T.) liet hij zich inspireren door de buitenlandse vakliteratuur en de Duitse wetgeving op dit terrein.¹³¹⁵ Dit Wetboek van Koophandel ging o.a. over het recht van de coöperaties, verzekeringsrecht, bepalingen inzake aandelen.

Deel II, titel 7 van dit wetboek ging over de verzekeringsactiviteiten.

Art. 461 bepaalde dat voor het geval buitenlandse verzekeraars activiteiten wensten uit te oefenen op het grondgebied van de Hongaarse Kroon, deze konden plaatsvinden onder de voorwaarde dat ze hun activiteiten in Hongarije in overeenstemming met de wet en in het bijzonder het Wetboek van Koophandel lieten uitvoeren. Hierbij is relevant om te weten dat tot 1857 in Hongarije alleen maar buitenlandse verzekeraars actief waren. In 1857 werd de eerste verzekeringsmaatschappij (EMABIT) met hoofdkantoor in Hongarije gevestigd.¹³¹⁶ In 1862 werd de eerste Hongaarse herverzekeraar opgericht als dochteronderneming van de moeder EMABIT. Deze herverzekeraar zal de meest succesvolle herverzekeringsmaatschappij worden in de hele Centraal Europa.

In art. 463 was de definitie van de schadeverzekeringsdienst opgenomen.¹³¹⁷

Artikel 493 ging over de verzekerde evenementen. Hier werd bepaald dat enkel evenementen, die expliciet in de verzekeringsovereenkomst zijn benoemd, konden worden uitgesloten.¹³¹⁸ Om die reden moesten alle uitgesloten evenementen in de verzekeringsovereenkomst limitatief worden benoemd.

De snelle economische ontwikkelingen van de daaropvolgende decennia leidden ertoe dat onderdelen van de wet snel verouderd waren. Vanaf 1894 werd de wet aangevuld met nieuwe bepalingen inzake wijziging van het recht van de coöperaties en regels met betrekking tot private verzekeringsmaatschappijen.

In 1959 werd door de communistische regering een nieuw Burgerlijk Wetboek (1959 évi IV törvény a Magyar Népköztársaság Polgári Törvényéről) geïntroduceerd. In dit wetboek zijn de bepalingen over verzekeringen opgenomen in onderdeel XLV. In artikel 570 lid 1 is bepaald dat in de polisvoorwaarden en de verzekeringsovereenkomst niet ten nadele van de verzekeringnemer, respectievelijk de begunstigde mocht worden afgeweken, zonder een hierop bedoelde nadrukkelijke toestemming van de wet. Verder is bepaald dat in de polisvoorwaarden opgenomen kon worden dat als de verzekerde gebeurtenis het gevolg is van een bepaalde uitzonderlijke omstandigheid, dan zal de verzekeraar niet verplicht zijn tot nakoming van zijn schadevergoedingsplicht. In lid 2 van dit artikel waren bepalingen ten aanzien van de transportverzekering opgenomen: hierbij waren afwijkende voorwaarden toegestaan. Verder werden ten behoeve van de herverzekering de voorwaarden van de schadeverzekering toegepast. Hierbij kregen de partijen betrokken bij een herverzekeringsovereenkomst, wel de ruimte om van deze voorwaarden af te wijken. Lid 3 van dit artikel

¹³¹² Nochta 2005.

¹³¹³ Zie de personele unie met Oostenrijk onder de Habsburgse kroon (de zgn. Ausglijk of Kiegyezés).

¹³¹⁴ István Apáthy (1829-1889) rechtsgeleerde en politicus, lid van de Hongaarse Academie van wetenschappen en professor internationaal commercieel recht aan de Universiteit van Budapest. Zeer erkend voor zijn talloze rechtswetenschappelijke publicaties en zijn codificatiewerk van o.a. commercieel, handels, faillissement, intellectueel eigendom en financieel recht. Apáthy is verder ook de geestelijke vader van de Wet inzake financiële diensten en inzake faillissement.

¹³¹⁵ Om die reden vertoonde de nieuwe wet grote gelijkenis met de toen geldende Duitse wetgeving.

¹³¹⁶ Het gaat om de Első Magyar Általános Biztosító Társaság (EMABIT). Zie ook Géza, Muzsai, *150 éve alapították az Első Magyar Általános Biztosító Társaságot*. (ofwel 150 jaar geleden is de eerste Hongaarse verzekeraar opgericht), 10 jaar na de oprichting telde de EMABIT al 2.300.000 polissen.

¹³¹⁷ “Azon ügylet mennél fogva valaki ellenérték (díj) kikötése mellett arra kötelezi magát, hogy bizonyos személynek az ezt valamely meghatározott esemény következtében érő vagyon hátrányt megtéríti, kárbiztosítási ügyletnek tekintik. Az, ki magát a hátrány megtérítésére kötelezi: biztosítónak; az, kinek javára a kártérítés kikötöttetett biztosítottak nevezeték.”

¹³¹⁸ “Kizártaknak csak azon események tekinthetők melyek a biztosítási szerződésben világosan kijelölve vannak.”

ging over de regels van toepassing op verplichte verzekeringen, die ook afwijkende bepalingen mochten inhouden.

De wet van 2014 inzake verzekeringsactiviteiten¹³¹⁹ heeft wijzigingen aangebracht op de wet uit 2003¹³²⁰ ter introductie van richtlijn Solvabiliteit II. Deze wet is de officiële implementatiewet van richtlijn Solvabiliteit II. De nieuwe wet realiseerde twee belangrijke doelstellingen:

- het voldoen aan de in richtlijn Solvabiliteit II opgenomen bepalingen en
- het moderniseren van het nationale toezicht op onderdelen.¹³²¹

Deze modernisering gaat uit van de in de financiële sector verzamelde ervaring en de lessen die getrokken zijn vanuit de financiële crisis. Hierbij is getracht om de belangen van verzekeringnemers en verzekerden/begunstigden prominent terug te laten komen door het wijzigen en aanvullen van de bestaande wetgeving.

De wet reglementeert uitvoerig de onderwerpen die in ieder geval behandeld dienen te worden in de verzekeringsovereenkomst (wat minimaal in de verzekeringsovereenkomst dient te staan)¹³²² en biedt garanties inzake de nakoming van de in de verzekeringsovereenkomst opgenomen verplichtingen (waarbij vooral de verplichtingen van de verzekeraar worden bedoeld om bij schade uitkering te doen).¹³²³

In de praktijk kunnen de wettelijke verplichtingen nog worden aangevuld door contractuele bepalingen ten aanzien van de dekking die bijvoorbeeld uit de herverzekeringsafspraken van de verzekeraar voortvloeien.

Deze wet houdt geen bepalingen in betreffende risico's die niet verzekerd mogen worden; dus ook geen verbod op het verzekeren van molest in of buiten het grondgebied van Hongarije.

13.5.2. Verzekeren van oorlogrisico's

Door de ingrijpende gebeurtenissen tijdens de WOI en daarna¹³²⁴ was in Hongarije veel aandacht voor de door oorlog veroorzaakte schade maar ook voor alle verzekeringnemers die na het Verdrag van Trianon plotseling buiten de grenzen van Hongarije bleven zonder o.a. een duidelijke bescherming van hun rechten uit bestaande verzekeringsovereenkomsten.

Het managementverslag van 17 november 1930 van de Agrarische Verzekeraars¹³²⁵ biedt een bijzondere inzicht in de zorgen en nadrukkelijke aandacht van het bestuur van deze verzekeraar 12 jaar na het einde van WOI, voor de afwikkeling van de verzekeringen die nog in het Hongarije van voor de WOI zijn gesloten. Na de WOI kwam naast het afwikkelen van de schade veroorzaakt door de oorlog ook het probleem van het voortzetten en afwikkelen van de polissen waarbij de te verzekeren risico's en de verzekeringnemers niet meer binnen de nieuwe grenzen van het Hongarije van na WOI vielen. Dit proefschrift biedt geen ruimte voor de nadere behandeling van deze problematiek. Wel is het belangrijk om vast te stellen dat deze omstandigheden het bestuur van de Hongaarse verzekeraars heel moeilijk hebben gemaakt om aan hun contractuele verplichtingen te voldoen en de rechten van een groot deel van de verzekeringnemers, die hun polissen voor de verdeling van Hongarije hadden afgesloten, teniet deden.

Uit de boeken van EMABIT blijkt bijvoorbeeld dat tijdens de WOI, vanuit de plaatsen, die door oorlog zijn geraakt, vele schadeclaims binnenkwamen. Alhoewel de brandverzekering van EMABIT geen dekking bood voor de schade als gevolg van oorlogshandelingen, een groot aantal van deze claims coulanchehalve toch werden vergoed.

Tijdens de WOII bestond het Bureau voor het verzekeren van oorlogrisico's (Háborús Kozkázati Biztosítási Iroda, ofwel Hakobir). EMABIT speelde een belangrijke rol bij het oprichten van dit bureau voor het verzekeren van oorlogrisico's.

¹³¹⁹ Het gaat om de wet uit 22 december 2014, de zogenaamde 2014. évi LXXXVIII. törvény, kortweg új Bit.

¹³²⁰ Het gaat om de wet betreffende verzekeringsondernemingen en verzekeringsactiviteiten 2003. évi LXII. törvény.

¹³²¹ Szedlák 2015, p. 15.

¹³²² Zie §121 van de wet.

¹³²³ Szedlák 2015, p. 15.

¹³²⁴ Het einde van de WOI betekende het einde van het Oostenrijks-Hongaars rijk (ingevolge het Verdrag van Versailles of Vrede van Versailles van 18 januari 1919). Ingevolge het Verdrag van Trianon (4 juni 1920) verloor Hongarije 2/3 van haar grondgebied met als gevolg dat 1/3 van de toenmalige Hongaarse bevolking (3.300.000 personen) buiten de nieuwe grenzen van Hongarije terechtkwam.

¹³²⁵ Zie Csúry 1931, jubileumboek over de 100 jaar aanwezigheid van Assicurazioni Generali in Hongarije.

De door Hakobir geboden dekking had betrekking op interne en internationale transporten onder oorlogsomstandigheden. Het zoeken van aansluiting bij dit bureau werd als een oplossing gezien voor het kunnen aanbieden van verzekeringen ten aanzien van deze risico's. Verzekeraars zagen immers dat door het geweld van de WOII de schade zo groot werd dat ze dit afzonderlijk onmogelijk konden dragen.

Bij het onderzoek naar de geschiedenis van de beroemde porseleinfabriek Zsolnai uit Pécs (huidige Hongarije) kwam een opmerkelijke verzekeringspolis naar voren. Deze polis is door de porseleinfabriek in 1944 afgesloten bij Hakobir. Deze overeenkomst gold met ingang van 31 augustus 1944 en bood verzekeringsdekking voor een opmerkelijk transport van de uit porselein verwaardigde isolatoren van dit bedrijf, ter waarde van 65.000 pengó¹³²⁶ naar Transsylvanië¹³²⁷, meer specifiek naar de vestiging uit Csíkszereda van de Székelyföldi Villamosművek (elektriciteitsmaatschappij van Seclerland¹³²⁸). Deze polis werd afgesloten voor de duur van het transport en werd verzekerd in co-assurantie door 12 verzekeraars (5 tot 12,5% ieder).¹³²⁹ Bijzonder bij deze verzekeringspolis is het feit dat deze bij het sluiten van de polis nog betrekking had op een binnenlands transport, aangezien op dat moment Csíkszereda nog Hongaars grondgebied was, misschien de laatste van dit soort in de geschiedenis van Hongarije.¹³³⁰ Verder valt de ingangsdatum van de dekking en de transportrichting van de verzekerde goederen op. Achteraf weten we wat bij het afsluiten van de polis wellicht geen van de partijen precies wist, namelijk dat het risico, dat dit transport nooit de bestemming zou bereiken, bijzonder groot was. Het Rode Leger trad namelijk op 30 augustus 1944 de grens van Seclerland (oostelijke deel van Transsylvanië) over; ongeveer 50 km verderop lag Csíkszereda binnen het bereik van de Russische (vijandelijke troepen). Drie weken later was hele Transsylvanië bezet en bereikte dit leger de grenzen van het huidige Hongarije. Helaas is het door de verwoestingen van de administraties na de WOII niet meer te achterhalen of voornoemd transport ongedeerd de bestemming heeft bereikt.

Voor wat betreft verzekeringen is in het nieuwe Burgerlijk Wetboek van Hongarije uit 2013¹³³¹ rekening gehouden met de volgende 3 belangrijkste bronnen van het recht:

- de nationale regelingen die gebaseerd zijn op de op het internationaal niveau geldende principes betreffende verzekeringsovereenkomstenrecht,
- de jurisprudentie gebaseerd op oude nationale regels en
- de op het Europees niveau aangenomen regelgeving waaraan Hongarije als lidstaat van de Unie dient te voldoen.¹³³²

¹³²⁶ Pengó was de Hongaarse munt voor de introductie van de forint in 1946.

¹³²⁷ Transsylvanië of Erdély (HU) of Siebenburgen (DE) is een historische regio die een groot deel van het huidige noorden en westen van Roemenië beslaat. Transsylvanië was lange tijd onderdeel van het Koninkrijk Hongarije en was vanaf de slag bij Mohács (1526) tegen de Turken tot aan het begin van de 19e eeuw feitelijk het enige deel van Hongarije dat zijn autonomie had weten te behouden, als autonoom onderdeel van het Ottomaanse Rijk en was dus niet zoals de rest van Hongarije bezet door de Turken dan wel de Habsburgse Oostenrijkers. Na de WOI, die Oostenrijk-Hongarije had verloren, werd Transsylvanië onder Hongaars protest aan Roemenië toegewezen. In 1940 werd Roemenië door Duitsland gedwongen noordelijk Transsylvanië aan Hongarije af te staan. In 1945 werd deze grenswijziging ongedaan gemaakt en nu werden grote aantallen Hongaren die zich voorheen als ambtenaar of militair met de Hongaarse staat hadden verbonden, uitgewezen. Sindsdien zijn de Hongaren een gewantrouwd en gediscrimineerde groep gebleven. Na een korte tijd van autonomie voor het Szeklerland, door Moskou verordonneerd om de goede verhoudingen tussen Hongarije en Roemenië te herstellen, werd die alweer snel opgeheven. Districtsgrenzen werden gewijzigd, zodanig dat er weinig districten overbleven met een zodanig grote Hongaarse bevolking dat zij wettelijk recht op haar taal kon handhaven in het onderwijs en het openbaar bestuur. Een reorganisatie van het platteland door de opheffing en afbraak van honderden dorpen en de concentratie van hun bevolking in door Roemenen beheerste 'agrarische steden', dreigde de Hongaren van hun gemeenschapsleven en hun sociale identiteit te beroven. De val van het Ceausescu-regime kwam nog net op tijd om dat te verhinderen, maar sindsdien zijn de relaties tussen Roemenen en Hongaren gespannen gebleven.

Zie <https://nl.wikipedia.org/wiki/Transsylvani%C3%AB>.

¹³²⁸ Seclerland ofwel *Székelyföld* in het Hongaars, is een begrip dat tegenwoordig wordt gebruikt om het land aan te duiden, dat door de Székelys, een bevolkingsgroep binnen de Hongaarse minderheid in Roemenië, wordt bewoond. Het gebied is gelegen aan de oostgrens van Transsylvanië.

¹³²⁹ Zie Márki 2005 over de verzekeringsovereenkomsten van de porseleinfabriek Zsolnai uit Pécs, Hongarije tussen de twee wereldoorlogen.

¹³³⁰ Hier wordt verwezen naar de grenswijziging na de WOII waarbij Transsylvanië en Seclerland tot Roemenië ging horen.

¹³³¹ Magyar Polgári törvénykönyv ofwel PtK.

¹³³² Zie Zavodnyik 2007 inzake het verzekeringsovereenkomstenrecht in het nieuwe Burgerlijk Wetboek (PtK).

- de definitie van de verzekeringsovereenkomst;
- onderwerpen gerelateerd aan de verzekeringsovereenkomst, zoals contractspartijen, verzekerde zaken, personen, de verzekerde risico's, verzekeringspremie, ingang verzekeringsovereenkomst en beëindiging daarvan, verzekerde sommen;
- de vermelding dat andere onderdelen, die betrekking hebben op verzekeringen, van normen zullen worden voorzien door de toezichthouder. De rol van de toezichthouder op verzekeringen wordt in Roemenië vervuld door de autoriteit van financieel toezicht (Autoritatea de Supraveghere Financiara);
- de verplichte schriftelijke verzekeringsovereenkomst, welke overigens ook door middel van elektronische weg gesloten kan worden. Ook het bewijs voor de verzekeringsovereenkomst (verzekeringpolis) mag via elektronische weg verstrekt worden aan de verzekeringnemer;
- de verplichting van de aspirant verzekeringnemer om juiste en volledige informatie te verschaffen betreffende het te verzekeren risico. Hier worden tevens de sancties opgenomen die van toepassing zijn bij de niet-naleving van de voornoemde informatieplicht.
- regels betreffende premiebetaling, schademelding, uitbetaling van de schade en eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst;
- bepalingen inzake het subrogatierecht van de verzekeraar in de rechten van degene die reeds een schadevergoeding van deze verzekeraar heeft ontvangen, en rechten van derden die een vergoeding claimen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst;
- de verplichtingen van de schadeverzekeraar, de mogelijkheid voor het toepassen van een eigen risico of franchise, de onderverzekering;
- verplichtingen van de verzekeringnemer om als goede huisvader zorg te dragen voor de verzekerde goederen en bij schade er alles aan te doen om de schade te beperken;
- het object van de kredietverzekering en die van de garanties;
- bepalingen inzake het verzekeren van de aansprakelijkheid, rechten die de benadeelden hebben en de regels voor het bepalen en/of berekenen van de schade en uitbetaling daarvan;
- bepalingen inzake verzekeringen betreffende personen in het algemeen (definitie);
- bepalingen inzake risico's van een derde, begunstigden van de (schade)vergoeding, schorsen en herleven van de verzekering, recht op een vergoeding uit hoofde van een verzekering, informatieverplichting van de verzekeraar richting de aspirant verzekeringnemer over de inhoud van de verzekeringsovereenkomst (precontractuele informatie).

In Boek 5 van dit BW zijn de onderwerpen verplichtingen¹³³⁹, speciale overeenkomsten¹³⁴⁰ en de verzekeringsovereenkomst behandeld.

Artikelen 2199 t/m 2241 bevatten bepalingen inzake de verzekeringsovereenkomst ('contractul de asigurare'). Hierin worden de algemene bepalingen van toepassing op de verzekeringsovereenkomst opgenomen aangevuld met bepalingen ten aanzien van verzekeringen met een facultatief karakter. Verder houdt dit deel bepalingen in betreffende goederen, eigendomsrechten, creditering en garantstelling. Tevens wordt ingegaan op de algemene persoonlijke aansprakelijkheid. Verder worden de verzekeringen van toepassing op leven en gezondheid van personen (waaronder levensverzekeringen, ongevallen en zorgverzekeringen) behandeld. Ten slotte zijn de co-assurantie, herverzekeringen en fronting (retrocessie) behandeld.

In het BW is in artikel 2213 bepaald dat verplichte verzekeringen via speciale wetten worden gereguleerd. Eveneens in dit BW is een regeling opgenomen inzake '*prescriptia extinctiva*' ofwel de bevrijdende verjaring, zoals in het geval van "*prescriptie in materie de asigurare care este derogatorie de la dreptul comun*" (ofwel de verzekeringsovereenkomst die afwijkt van de algemene regels van het privaatrecht).¹³⁴¹ Hieruit blijkt dat de periode van de "prescriptie generale" (ofwel algemene verjaringstermijn) drie jaar is (zie artikel 2517 BW), terwijl in het geval van verzekeringen een termijn van twee jaar geldt (zie artikel 2519 BW). Deze periode van twee jaar geldt ook in de relatie met de brokers, tussenpersonen en

¹³³⁹ Despre obligatii. Titlul IX, ofwel over verplichtingen.

¹³⁴⁰ Diferite contracte speciale, capitolul XVI, ofwel diverse speciale overeenkomsten.

¹³⁴¹ Het begrip "drept comun" omvat het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Strafrecht, exclusief de wetgeving inzake speciale vakgebieden van het recht.

verzekeraars voor de uitbetaling van de provisie. Contractspartijen mogen niet afwijken van de termijn van twee jaar.

Hierbij dient vermeld te worden dat ten aanzien van de derde benadeelde personen deze afwijkende termijn niet geldt. Deze benadeelden kunnen binnen een periode van drie jaar hun claims indienen, bijvoorbeeld door een aansprakelijkheidsverzekeraar voor een schadevergoeding aan te spreken.

Voor de inwerkingtreding van het BW waren de bepalingen inzake verzekeringen en herverzekeringen en meer specifiek de door de verzekeringsovereenkomst gedekte risico's behandeld in de artikelen 9 t/m 47 van de Wet betreffende verzekeringen en herverzekeringen in Roemenië, nr. 136/1995¹³⁴², die per 1 november 2011 is vervallen. Deze wet hield algemene en speciale regels in inzake de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en de rechten en verplichtingen van de betrokken contractpartijen en begunstigden. Na de inwerkingtreding van het (nieuwe) BW vervielen de artikelen 9 t/m 47 van deze wet, maar bleven de bepalingen inzake aansprakelijkheid motorrijtuigen en inzake het garantiefonds (bij de faillissement van de verzekeringsondernemingen) van kracht.

In 2000 trad de Wet nr. 32/2000 in werking betreffende de verzekeringsactiviteiten en toezicht over de verzekeringsactiviteiten in werking. Deze wet is vervolgens verschillende keren aangevuld en gewijzigd.

Deze wet bevat regels inzake de bedrijfsvoering, governance, taken en bevoegdheden van de financiële toezichthouder (Autoritatea de Supraveghere Financiara ofwel ASF) betreffende verzekeringen. Tevens worden in deze wet de oprichting, bedrijfsvoering, governance, taken, bevoegdheden van de verzekeringstussenpersonen (waaronder brokers, tussenpersonen, bemiddelaars in verzekeringen, die als rechtspersoon of natuurlijk persoon op de markt opereren, andere verbonden bemiddelaars) geregeld.

Onder de verzekeringsmaatschappijen bedoelt de wet naast de verzekeraars met zetel in Roemenië ook de verzekeraars met zetel in of buiten een van de lidstaten die in Roemenië gelegen risico's verzekeren. Verder zijn in deze wet ook bepalingen opgenomen ten aanzien van twee organen met specifieke bevoegdheden namelijk het Groene kaart Bureau (RCA-BAAR¹³⁴³) en het waarborgfonds FPVS (Guarantie Fund/Compensation Body en Information Center ingevolge de Richtlijn 2009/103/EG).

In het kader van de Wet nr. 503/2004, aangevuld met de regels uit de Wet nr. 85/2014 worden alle financiële consequenties van de financiële problemen, faillissement van verzekeraars of herverzekeraars geregeld.¹³⁴⁴

De Wet 260/2008 betreffende de verplichte opstalverzekering tegen aardbeving, grondverschuiving en wateroverlast geldt als een speciale wettelijke regeling. Door deze wet zijn alle eigenaren van onroerend goed bestemd voor bewoning verplicht om de woningen tegen voornoemde natuurrampen te verzekeren, waarbij een verzekerde som van 20k geldt voor de woningen uit steden en 10k voor de woningen uit het platteland, met een verzekeringspremie van 20, respectievelijk 10 lei.¹³⁴⁵ De polissen van deze verzekeringen worden verzekerd door een speciaal hiervoor opgerichte pool voor het verzekeren van natuurrampen.¹³⁴⁶

Naast voornoemde speciale wettelijke regelingen bestaan nog wettelijke normen die betrekking hebben op andere activiteiten maar welke ook nog verwijzingen inhouden verbonden aan verzekeringen, met name de verplichting voor bepaalde groepen van professionals en bedrijven (zoals in het geval van de artsen, apothekers, advocaten, reisoperators, deurwaarders, notarissen, auditors, accountants, ziekenhuizen) om een verplichte verzekering betreffende de beroepsaansprakelijkheid af te sluiten.

Verder bevat de belastingwet (Codul fiscal) aftrekmogelijkheden voor de werkgevers betreffende de verzekeringspremie verbonden aan de vrijwillige zorgverzekeringen die voor de werknemers worden afgesloten tot een bedrag van 400 euro¹³⁴⁷ en betreffende de schadeverzekeringen inzake bedrijfsmiddelen.

¹³⁴² Zie Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România.

¹³⁴³ Biroul National Carte Verde.

¹³⁴⁴ Zie hierbij Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul. Dizolvarea și lichidarea voluntară de asigurari en Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, titel II, hoofdstuk IV, Dispoziții privind falimentul societăților de asigurare/reasigurare (art. 242-272).

¹³⁴⁵ Lei is de munteenheid van Roemenië, 1 lei is ongeveer 20 eurocent.

¹³⁴⁶ Zie Pool-ul de Asigurare Impotriva Desastrelor (PAID).

¹³⁴⁷ Zie Ordonanța de urgență (OUG) ofwel het spoedbesluit nr. 3/2017 uit 6 januari 2017.

Naast de speciale wetten inzake verzekeringen bestaat een breed normenkader van besluiten en beleidsregels van de toezichthouder welke in detail ingaan op de verzekeringsactiviteiten. Tot dit normenkader behoren onder andere:

- Regeling nr. 19/2014 inzake aanpassing van het besluit betreffende vorm en inhoud van de financiële en technische rapportages van de brokers in verzekeringen en herverzekeringen¹³⁴⁸, in werking getreden door het Besluit nr. 3/2009 van de toezichthouder;
- Regeling inzake de berekeningswijze van de solvabiliteit van de verzekeraars van algemene verzekeringen, van de minimum solvabiliteitsmarge en van het zekerheidsfonds, in werking getreden door het Besluit nr. 3/2008 van de toezichthouder, later aangevuld en gewijzigd.¹³⁴⁹
- Regeling betreffende het inrichten van de interne controle en riskmanagementfuncties en het inrichten en uitvoeren van de interne auditactiviteiten van de verzekeraars/herverzekeraars, goedgekeurd door het Besluit nr. 18/2009 van de toezichthouder, later aangevuld en gewijzigd;¹³⁵⁰
- Regeling nr. 21/2014 betreffende financiële auditor functie vallende onder het toezicht van de ASF;¹³⁵¹
- Regeling nr. 23/2014 betreffende de verplichte verzekering van schade veroorzaakt door een verkeersongeluk;¹³⁵²
- Regeling 9/2015 inzake de vergunningverlening en activiteiten van de brokers in verzekeringen en/of herverzekeringen;¹³⁵³
- Besluit nr. 23/2009 inzake precontractuele informatie voor de verzekeringnemers en overige bepalingen inzake de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Dit besluit bevat regelingen inzake de informatieplicht van de verzekeraars en de bemiddelaars in verzekeringen;¹³⁵⁴
- Regeling inzake vergunningverlening en de activiteiten van de verzekeraars, in werking getreden door het Besluit nr. 16/2012 van de toezichthouder, later aangevuld en gewijzigd.¹³⁵⁵

Wat betreft het verzekeren van molest, schade als gevolg van een oorlogssituatie en/of oorlogshandelingen zijn in de Roemeense wetgeving geen speciale regels opgenomen. De wetgeving bevat geen verbodsbepalingen of andere regels inzake het verzekeren van deze risico's. Dit betekent overigens niet dat de standaard polisvoorwaarden dekking zouden bieden voor deze vorm van risico. Aangezien het verzekeren van dit risico niet gereguleerd is hangt van de verzekeraar en/of herverzekeraar af of die hiervoor dekking gaat bieden. In de verzekeringsvoorwaarden zal dan opgenomen worden welke gevallen wel of niet onder de dekking vallen. Het is dus niet uit te sluiten dat een verzekeringsvoorwaarde o.a. ook dekking biedt voor het oorlogsrisico.

Een voorbeeld van een dergelijke verzekeringsdekking is te vinden bij de facultatieve Casco verzekering die dekking biedt voor de schade van het werkmateriaal en uitrusting van de Roemeense Defensie inzake externe uitzendingen (bijvoorbeeld naar Irak, Afghanistan) of de levens-, ongevallen- en ziektekostenverzekeringen van de Defensie, of de verzekeringen van het defensiepersoneel tijdens een uitzending. Hierin zijn het oorlogsrisico en de schade als gevolg van oorlogshandelingen wel verzekerd. Hier gaat het om maatwerkpolissen die op speciaal verzoek van het Roemeense Ministerie van Defensie werden opgesteld.

In de lijn van de voornoemde praktijk is het heel goed mogelijk dat, indien de overheid (bijvoorbeeld het Ministerie van Defensie) om dekking van schade ingevolge interne onrusten, oproer, dus kleine molest verzoekt, hiervoor ook verzekeringspolissen worden opgesteld. In ieder geval is er geen enkele wettelijke regeling die het verzekeren van deze risico's zou verbieden eveneens geen enkele wettelijke verplichting aan een verzekeraar/ herverzekeraar om deze risico's wel te verzekeren.

¹³⁴⁸ Norma nr. 19/2014 pentru modificarea Normelor privind forma si continutul raportarilor financiare si tehnice pe care trebuie sa le intocmeasca brokerii de asigurare si/sau de reasigurare.

¹³⁴⁹ Normele privind metodologia de calcul al marjei de solvabilitate de care dispune asiguratorul care practica asigurari generale, al marjei de solvabilitate minime si a fondului de siguranta.

¹³⁵⁰ Normele privind principiile de organizare a unui sistem de control intern si management a riscurilor, precum si organizarea si desfasurarea activitatii de audit intern la asigurator si reasigurator.

¹³⁵¹ Norma nr. 21/2014 privind activitatea de audit financiar la entitatile autorizate, reglementate si supravegheate de catre ASF.

¹³⁵² Norma nr. 23/2014 privind asigurarea obligatorie de raspundere civila pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule.

¹³⁵³ Norma nr. 9/2015 privind autorizarea si functionarea brokerilor de asigurare si/sau reasigurare.

¹³⁵⁴ Ordin nr. 23/2009 pentru punerea in aplicare a Normelor privind informatiile pe care asiguratorul si intermediarii in asigurari trebuie sa le furnizeze clientilor, precum si alte elemente pe care trebuie sa le cuprinda contractul de asigurare.

¹³⁵⁵ Normele privind autorizarea si functionarea asiguratorilor.

Het voornoemde gebrek aan wettelijke regeling zou wellicht leiden tot de conclusie dat de Roemeense wetgeving geen uitsluitingen/verbodsbepalingen bevat en dus geen grenzen stelt aan de partijautonomie van de contractspartijen bij een verzekeringsovereenkomst. Deze conclusie zou echter onjuist zijn aangezien de wetgeving wel verschillende verbodsbepalingen bevat ten aanzien van bepaalde risico's.

Een voorbeeld hiervan is de verbodsbepaling uit de wet nr. 260/2008 ten aanzien van de verzekeringsdekking en het afsluiten van verzekeringen ten aanzien van bepaalde gebouwen. Ingevolge artikel 3 van de 6^e alinea van de wet is bepaald dat woningen uit gebouwen die op basis van een technische expertise ingevolge de wettelijke bepalingen in de categorie I van het aardbevingsrisico vallen, voor geen enkele risico, dat de voornoemde wet regelt, kunnen worden verzekerd, tot de beëindiging van de consolidatiewerkzaamheden aan het gebouw waarin die zich bevinden.¹³⁵⁶ Verder zijn verzekeringsdekkingen ten aanzien van criminele activiteiten (bijvoorbeeld transportverzekeringen ten aanzien van vervoer van drugs) verboden en is de verzekeringsovereenkomst ten aanzien van medisch wangedrag van een arts die niet meer het beroep van de arts mag uitoefenen ongeldig.

In Roemenië geldt desondanks een sterke hang naar de contractsvrijheid ook voor wat betreft de verzekeringsovereenkomsten. Vooral bij het verzekeren van grote risico's wordt vaak gebruik gemaakt van maatwerk en worden verzekeringsovereenkomsten speciaal volgens de wensen van de contractspartijen opgesteld. De enige beperking waarmee rekening wordt gehouden is dat de opgestelde verzekeringsovereenkomst niet in strijd mag zijn met de geldende wet.

13.6.2. Deelconclusie

Uitgaande van de Roemeense wet- en regelgeving en verzekeringspraktijk is het heel goed mogelijk dat bijvoorbeeld bij grote risico's, grote financiële belangen of een door de overheid gegeven opdracht ook interne en buitenlandse oorlogsrisico's worden verzekerd. Als de verzekeringsovereenkomst het molestrisico niet uitdrukkelijk uitsluit dan zal de verzekeraar schade als gevolg van molest moeten vergoeden.

Het Roemeense relevante wettelijk kader bevat geen uitsluiting betreffende oorlogsrisico's en ook geen verbodsbepalingen ten aanzien van verzekeraars ten aanzien van oorlogsrisico's. Dat betekent dus dat een verzekeraar met zetel in Roemenië in Nederland het molestrisico kan verzekeren zonder in strijd te handelen met de op hem toepasselijke wet- en regelgeving.

13.7. Conclusies

In de voorgaande paragrafen zijn de uitkomsten van het onderzoek naar de Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense wetgeving met betrekking tot het verzekeren van het molest weergegeven. Hier is uitgebreid ingegaan op de bestaande regelingen in de onderzochte rechtsstelsels en beoordeeld in hoeverre deze landen ook een molestverbod kennen zoals het voor schadeverzekeraars met zetel in Nederland geldende art. 3:38 Wft.

Uit het onderzoek is duidelijk naar voren gekomen dat de Belgische wetgeving geen expliciet molestverbod bevat en dat een verzekeraar met zetel in België in Nederland molestrisico kan verzekeren zonder in strijd te handelen met de op hem toepasselijke wet- en regelgeving. Indien deze verzekeraar een overeenkomst naar Belgisch recht sluit dan zal die zeer waarschijnlijk niet gehouden zijn de schade die voortvloeit uit oorlogsgeweld te vergoeden.

De Franse wetgeving bevat ook geen expliciet molestverbod voor de verzekeraars. Indien een verzekeraar met zetel in Frankrijk een overeenkomst naar Frans recht sluit zal die niet gehouden zijn de schade die voortvloeit uit oorlogsgeweld te vergoeden, tenzij in de verzekeringsovereenkomst afwijkende afspraken ter zake zijn opgenomen of de verzekeringnemer erin slaagt om aan te tonen dat de schade geen gevolg is van molest.

Uit het onderzoek is verder gebleken dat de Duitse relevante wetgeving geen wettelijke regels van regelend of dwingend recht betreffende het verzekeren van oorlogsrisico's bevat. De verzekeraars maken/mogen wel gebruik maken van de standaardvoorwaarden van het GDV die een oorlogsclausule bevat. Gebruik van deze standaardvoorwaarden is echter optioneel.

¹³⁵⁶ "Locuintele situare in cladirile expertizate technic in conditile legii de catre experti tehnici atestati is incadrate prin raport de expertiza tehnica in clasa I de risc seismic nu se asigura pentru niciunul dintre riscurile prevazute de prezenta lege, pana la data de terminare a lucrarilor de consolidare a cladirilor."

Evenals de Duitse wetgeving bevatten de Hongaarse en Roemeense wettelijk kaders geen molestverbod. Ten aanzien van deze jurisdicties geldt dat indien de verzekeringsovereenkomst het molestisico niet uitdrukkelijk uitsluit, de verzekeraar gehouden zal zijn om schade als gevolg van molest te vergoeden.

In dit hoofdstuk is aangetoond dat verzekeraars met zetel in België, Frankrijk, Duitsland, Hongarije en Roemenië een concurrentievoordeel hebben ten opzichte van de verzekeraars met zetel in Nederland, voor zover zij in Nederland verzekeringen aanbieden. Op hen is immers het verbod uit art. 3:38 Wft niet van toepassing en ze mogen in Nederland gelegen molestisico verzekeren, zonder in strijd te handelen met de geldende wet- en regelgeving.

Voor degene die zich afvraagt waarom iemand in Nederland molestisico zou willen verzekeren, wordt verwezen naar enkele tenders van bijvoorbeeld de Nederlandse brandweer en de Provincie Zeeland¹³⁵⁷ die naast dekking voor overige risico's ook verzekeringsdekking vragen voor het molestisico in Nederland. Gelet op art. 3:38 Wft zullen schadeverzekeraars met zetel in Nederland de in deze tenders gevraagde dekking niet volledig kunnen aanbieden, terwijl verzekeraars uit voornoemde lidstaten, dit wel kunnen doen.

¹³⁵⁷ Zie de tender met publicatiedatum 19 september 2013 van Brandweer Zuid Limburg Beschrijvend document Europese aanbesteding volgens de openbare procedure voor Verzekeringen ten behoeve van Veiligheidsregio Zuid-Limburg, Brandweer EG.20130132/RK van september 2013 Verzekeringen Provincie Zeeland, tender gepubliceerd op 26 augustus 2016 met verzoek dekking 'politiek molest' te raadplegen via www.tenderned.nl/tendernedweb/aankondiging/detail/samenvatting/akid/0339a70dcc3e6017538c359d52b14286/cid/986195 en de gangbare dekking van 'politiek molest' die bijvoorbeeld door de gemeenten, ten aanzien van hun ambtenaren wordt afgesloten.

14. Richtlijn Solvabiliteit II en de doelstellingen betreffende de interne markt

14.1. Inleiding

In de hoofdstukken 12 en 13 is uitgebreid ingegaan op de tegenstrijdigheden op de interne markt veroorzaakt door de nationale jurisdictie die van toepassing is op een deel van de marktpartijen van de interne verzekeringsmarkt. Dit beeld is echter niet compleet zonder een nauwkeurig onderzoek naar de doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II ten aanzien van het waarborgen van de goede werking van de interne markt en wat van deze doelstellingen is gerealiseerd middels deze richtlijn. Deze doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II worden in dit hoofdstuk uitgebreid toegelicht.

De behandeling start met een algemene beschouwing betreffende richtlijn Solvabiliteit II, waarbij structuur van de richtlijn en de invloed van het door de richtlijn geboden wettelijk kader aan de orde komen. Daarna wordt ingegaan op de doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II gerelateerd aan de interne markt. Eerst worden deze doelstellingen, zoals opgenomen in de diverse overwegingen van de preambule van de richtlijn, opgesomd. Daarna worden de op basis van deze methode geselecteerde doelstellingen één voor één uitgebreid toegelicht. In de toelichting wordt ook teruggegrepen op eventuele misstanden en bestaande belemmeringen verbonden aan de onderwerpen die in de verschillende doelstellingen aan de orde komen. Deze toelichting kan gerelateerd zijn aan de verzekeringspraktijk, Unierecht, jurisprudentie van het HvJ, verband met overige wettelijke regels of samenwerking tussen de toezichthouders.

14.2. Richtlijn Solvabiliteit II

De bepalingen opgenomen in richtlijn Solvabiliteit II¹³⁵⁸ zijn bedoeld om een garantie te bieden voor een veilige en solide verzekeringssector. Hieronder wordt verstaan een sector die in staat is om duurzame producten aan te bieden en de economie te ondersteunen door middel van investeringen op lange termijn en via het bieden van stabiliteit middels financiële bescherming.

Richtlijn Solvabiliteit II beoogt een bijdrage te leveren aan een geharmoniseerd wettelijk- en toezichtskader. Hierbij is in overweging 16 van de richtlijn bepaald dat *“het voornaamste doel van verzekerings- en herverzekeringsregelgeving en -toezicht is een adequate bescherming van verzekeringnemers en begunstigen te bewerkstelligen”*. Doel van een verdergaande harmonisatie van het op de verzekeraars en herverzekeraars toepasselijke wettelijk kader en het toezicht raamwerk is het gelijke speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

Daarbij heeft de richtlijn een moderniserend effect op het verzekeringsovereenkomstenrecht.¹³⁵⁹

Richtlijn Solvabiliteit II stelt voorschriften betreffende:

- Toegang tot en de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf in de Gemeenschap¹³⁶⁰;
- Toezicht op verzekerings- en herverzekeringsgroepen;
- Sanering en liquidatie van verzekerings- en herverzekeringsondernemingen.

Richtlijn Solvabiliteit II volgt de zogenoemde Lamfalussy-structuur¹³⁶¹, welke vier niveaus inhoudt (hierna nader toegelicht), waarvan op niveau 1 de wetgevingshandelingen (kaderregeling) en op niveau 2 de niet-

¹³⁵⁸ 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), Publicatieblad van de EU van 17.12.2009, L335/1. De richtlijn is per 1 januari 2016 van kracht.

¹³⁵⁹ Zie Rinkes 2016, p. 81 met verwijzing naar bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II, die betrekking hebben op het reguliere verzekeringsovereenkomstenrecht, zoals artikelen 178-211 (betreffende bijzondere bepalingen voor (her)verzekering), artikelen 183-185 (betreffende informatieplichten van de verzekeraar), art. 186 (betreffende opzegtermijn bij levensverzekering), artikelen 201-202 (betreffende vrije advocatenkeuze).

¹³⁶⁰ Onder de Gemeenschap zijn de EER-landen bedoeld.

¹³⁶¹ Deze structuur is genoemd naar de voorzitter van de EU werkgroep, Baron Lamfalussy, die in maart 2001 werd ingesteld voor de effectensector met als doel om de flexibiliteit en effectiviteit van EU regelgeving te verhogen. In december 2002 werd deze structuur uitgebreid naar alle financiële sectoren. Jansen en De Doelder, ‘Een nieuw Europees Toezichtsraamwerk’, www.compliance-instituut.nl/wp-content/uploads/H5-3_JBC2011_Jansen__de_Doelder_-_Een_nieuw_Europees_toezichtsraamwerk.pdf.

Bij deze werkgroep gaat om een “comité van wijzen” die voorstellen doen betreffende het versnellen van het regelgevingsproces binnen het kader van financiële dienst. Zie hierbij ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 540.

wetgevingshandelingen (uitvoeringsmaatregelen) zijn opgenomen.¹³⁶² Gelet op deze structuur omvat de richtlijn enkel de hoofdlijnen van het relevante toezichtkader.

Richtlijn Solvabiliteit II is in Nederland omgezet (geïmplementeerd) in de Wft.¹³⁶³ De uitvoeringsmaatregelen, ook wel gezien als het tweede niveau, zijn door de Commissie in de vorm van een rechtstreeks werkende verordening 2015/35¹³⁶⁴ (hierna Gedelegeerde Verordening¹³⁶⁵) uitgewerkt. Hiervoor is advies van European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)¹³⁶⁶ ontvangen.

Naast deze uitvoeringsmaatregelen door de Commissie hebben de Europese toezichthouders ook de bevoegdheid om (bindende) technische standaarden vast te stellen. Het vaststellen van deze standaarden ten behoeve van verzekerings- en herverzekeringsondernemingen gebeurt door de EIOPA. De richtsnoeren en interpretaties hebben betrekking op het uitvoeren van de kaderregeling (kaderrichtlijn).¹³⁶⁷

Op niveau 3 van de Lamfalussy-structuur stelt de European Supervisory Authority (ESA) richtlijnen en aanbevelingen vast en adviseert bij het ontwerp van niet-wetgevingshandelingen. Op dit derde niveau bevinden de richtsnoeren van de EIOPA.

Het vierde niveau verwijst volgens de voornoemde Lamfalussy-structuur naar de controlebevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de uitvoering van de kaderrichtlijn door de nationale wetgever. Op dit vierde niveau wordt de richtlijn in de nationale wetgeving van de afzonderlijke lidstaten geïmplementeerd. De Commissie houdt toezicht hierover, monitort de naleving van de richtlijn en waar nodig dwingt deze naleving af.

Het door richtlijn Solvabiliteit II gevormde en in 2016 in werking getreden wettelijk kader heeft een belangrijke invloed op de wijze waarop verzekeraars hun activiteiten uitvoeren, zijn georganiseerd en beslissingen nemen, voornamelijk ten aanzien van de risico's die ze dragen en die ze willen beheersen.

Aangezien de kapitaaleisen, die onder richtlijn Solvabiliteit II gesteld worden aan de verzekeraars, gebaseerd zijn op de aan de verzekeringsactiviteiten gerelateerde (onderliggende) risico's, worden verzekeraars gestimuleerd om hun risicobeheersing verder te verbeteren. De eerder genoemde risicogebaseerde kapitaaleisen kunnen tot gevolg hebben dat verzekeraars opnieuw nadenken over de risico's die ze willen dragen en voor wat betreft het verzekeringstechnische risico's de producten die ze aanbieden.

Welke risico's zijn verbonden aan deze producten? Zijn deze risico's voldoende beheersbaar?

Verder kunnen deze kapitaaleisen ook ertoe leiden dat het bijvoorbeeld minder aantrekkelijk wordt om een product met een gegarandeerd rendement aan te bieden. Gegarandeerd rendement brengt immers extra risico's met zich mee, aangezien op basis van een onzeker toekomstbeeld garantie wordt gegeven over het rendement van het product.

Doordat de balansen van de verzekeraars onder richtlijn Solvabiliteit II op marktprijzen worden gewaardeerd zijn verzekeraars gevoeliger voor de marktontwikkelingen.

In de aan DNB gerapporteerde solvabiliteitsratio's¹³⁶⁸ geven verzekeraars inzicht in de mate waarin ze in staat zijn om (toekomstige) verplichtingen na te komen. De vereiste solvabiliteitsmarge is een wettelijk voorgeschreven veiligheidsmarge. De solvabiliteitsratio (SCR-ratio) geeft de middelen weer die de verzekeraar als buffer aanhoudt teneinde haar verplichtingen voortvloeiend uit de (her)verzekeringsovereenkomsten te kunnen nakomen.

¹³⁶² Zie Relevante procedures voor de Europese regelgeving, www.toezicht.dnb.nl/2/50-202430.jsp.

¹³⁶³ Zie Wet van 13 december 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en het Burgerlijk Wetboek ter implementatie van richtlijn Solvabiliteit II en invoering van een daarop gebaseerd regime voor bepaalde kleinere verzekeraars (Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II), *Stb.* 012, 679.

¹³⁶⁴ Gedelegeerde Verordening (EU) 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).

¹³⁶⁵ De Gedelegeerde Verordening bevat belangrijke informatie en vereisten voor onder andere het vaststellen van de balans, het eigen vermogen, de kapitaaleisen, de vereisten t.a.v. interne bedrijfsvoering, interne modellen, rapportages en het groepstoezicht onder Solvency II. Zie Solvency II: Algemeen, www.toezicht.dnb.nl/2/50-202376.jsp.

¹³⁶⁶ De EIOPA is vanaf 1 januari 2011 aangesteld als Europese toezichthouder voor de verzekeringssector. Praktisch gezien is de EIOPA de opvolger van het Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS).

¹³⁶⁷ Barents & Brinkhorst 2012, p. 540.

¹³⁶⁸ De solvabiliteitsratio wordt verkregen door het aanwezige (een in aanmerking komend) kapitaal te delen door het vereiste kapitaal (solvabiliteitsmarge).

De solvabiliteitsratio hoort groter te zijn dan honderd procent.¹³⁶⁹ In de praktijk ligt de solvabiliteitsratio van de Nederlandse verzekeraars aanzienlijk hoger dan 100%.¹³⁷⁰

14.3. Doelstellingen richtlijn Solvabiliteit II betreffende de interne markt

Met de introductie van richtlijn Solvabiliteit II zijn de bestaande eisen ten aanzien van (her)verzekeraars herzien en aangevuld, met als doel om de volgende tekortkomingen op te lossen:

- Gebrek aan harmonisatie van verslaggevingsgrondslagen binnen de lidstaten met als doel om tot vergelijkbare kapitaaleisen binnen de interne markt te komen;
- Gebrek aan risicogevoeligheid van de kapitaaleisen;
- Ontoereikend toezicht op verzekeringsgroepen;
- Gebrek aan optimale regelingen en samenwerkingsbepalingen van toezichthouders t.b.v. het verzekeringsgroepentoezicht;
- Gebrek aan internationale en sector-overstijgende convergentie;
- Verstoringen in de werking van de interne verzekeringsmarkt.¹³⁷¹

Aangezien dit onderzoek zich op de interne verzekeringsmarkt richt en het bestaande wettelijk kader ter verwezenlijking van de toegang tot en werking van deze interne markt, is onderzocht of in richtlijn Solvabiliteit II door de wetgever doelstellingen zijn geformuleerd die relevant zijn voor de interne markt. Tevens is beoordeeld in hoeverre deze doelstellingen bedoeld zijn ter verdere ontwikkeling en/of betere werking van deze markt.

In deze paragraaf worden een aantal, aan de interne markt gerelateerde, overwegingen van richtlijn Solvabiliteit II toegelicht. Deze overwegingen geven de wensen en doelstellingen van de Europese wetgever weer en stellen normen om voornoemde tekortkomingen weg te nemen. De in het kader van dit onderzoek geselecteerde en hieronder opgenomen overwegingen geven steeds een doelstelling weer die nauw verbonden is met de interne markt en meer specifiek met de interne verzekeringsmarkt. Na een korte opsomming worden deze overwegingen in aparte (hiernavolgende) paragrafen uitgebreid behandeld.

Uitgaande van overweging 2 van richtlijn Solvabiliteit II heeft de Europese wetgever met het opstellen van deze richtlijn het doel gesteld om de toegang tot en de uitoefening van verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten te vergemakkelijken, door het afschaffen van de grootste verschillen die op het gebied van de voor verzekerings- en herverzekeringsondernemingen geldende voorschriften in de nationale wetgeving bestaan. *“Er dient derhalve een rechtskader tot stand te worden gebracht om verzekerings- en herverzekeringsondernemingen de mogelijkheid te bieden op de gehele interne markt het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, opdat het voor verzekerings- en herverzekeringsondernemingen met hoofdkantoor in de Gemeenschap gemakkelijker wordt gemaakt aldaar verbintenissen en de daaraan verbonden risico's aan te gaan.”*¹³⁷²

Niet alleen het rechtskader ter uitoefening van het (her)verzekeringsbedrijf op de interne markt dient tot stand te worden gebracht, maar er dienen ook gecoördineerde voorschriften voor o.a. het toezicht op (her)verzekeringsgroepen te worden vastgesteld.

In overweging 3 van richtlijn Solvabiliteit II wordt het belang van het gecoördineerde voorschriften voor het toezicht onderstreept. Deze voorschriften zijn dienstig voor de goede werking van de interne markt. Deze overweging onderstreept verder de noodzaak van de bescherming van de schuldeisers, middels gecoördineerde voorschriften voor de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van (her)verzekeringsondernemingen.

In overweging 11 van de richtlijn wordt opnieuw onderstreept de wens van de Europese wetgever om richtlijn Solvabiliteit II als essentieel instrument te gebruiken voor de totstandbrenging van de interne markt. (Her)verzekeringsondernemingen, die in hun zeteland een vergunning hebben verkregen voor het uitoefenen

¹³⁶⁹ Zie Verbond, 'Financieel Jaarverslag Verzekeringsbranche 2016', p. 13. Zie eveneens Persbericht van DNB van 30 november 2014 'Meerderheid Europese verzekeraars doorstaat EIOPA stresstest met goed resultaat' www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/persberichten-2014/dnb315680.jsp.

¹³⁷⁰ 'Staat van het Toezicht 2015', publicatie van DNB, p. 19.

¹³⁷¹ Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 2.

¹³⁷² Tweede deel van overweging 2 van Richtlijn 2009/138/EG.

van (her)verzekeringsactiviteiten, dienen het recht te hebben om overal binnen de interne markt deze activiteiten uit te oefenen, hetzij door het oprichten van bijkantoren, hetzij door het verrichten van diensten. Om dit doel te bereiken verdient ingevolge overweging 11 de aanbeveling om:

“een noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van vergunningen en van toezichtstelsels, zodat één en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en het toezicht op een onderneming door de lidstaat van herkomst kan worden uitgeoefend”.

Ingevolge art. 13 van de richtlijn wordt onder ‘de lidstaat van herkomst’ een van de volgende lidstaten verstaan:

“a) bij schadeverzekeringen: de lidstaat waar het hoofdkantoor is gevestigd van de verzekeringsonderneming die het risico dekt;

b) bij levensverzekeringen: de lidstaat waar het hoofdkantoor is gevestigd van de verzekeringsonderneming die de verbintenis aangaat; of

c) bij herverzekeringen: de lidstaat waar het hoofdkantoor van de herverzekeringsonderneming is gevestigd.”

Waar in overweging 9 van de richtlijn ruimte wordt gelaten voor de wetgevers van de afzonderlijk lidstaten om regels vast te stellen betreffende de reikwijdte van de herverzekeringsactiviteiten waarvoor een verzekeringsonderneming een vergunning kan krijgen, komt overweging 13 met een duidelijke, op alle herverzekeringsondernemingen toepasselijke regel inzake de reikwijdte van hun activiteiten:

“Een herverzekeringsonderneming dient zich te beperken tot activiteiten op het gebied van herverzekering en verwante operaties. [...]In elk geval laat deze eis de uitoefening van niet-verwante bank- en financiële activiteiten niet toe.”

Voornoemde beperking geldt overigens niet ten aanzien van het verstrekken van statistisch of actuariel advies aan de cliënten of het uitvoeren van risicoanalyses of onderzoek ten behoeve van deze cliënten. Ook buiten de voornoemde beperking vallen de functie van holdingonderneming en activiteiten met betrekking tot de financiële sector.¹³⁷³

Ingevolge overweging 15 van de richtlijn dient een geharmoniseerd rechtskader te komen voor de waardering van activa en passiva, inclusief de technische voorzieningen van (her)verzekerings-ondernemingen. Dit rechtskader zou bepalingen inhouden die van toepassing zijn op de hele interne markt.

Ingevolge overweging 56 dienen de aannames met betrekking tot de referentieondernemingen, waarvan wordt aangenomen dat zij de (her)verzekeringsonderneming zal overnemen en de onderliggende verzekerings- en herverzekeringsverplichtingen zal nakomen, te worden geharmoniseerd. Hier worden vooral de aannames bedoeld met betrekking tot de referentieonderneming die bepalen of er bij de berekening van de risicomarge al dan niet en zo ja, in welke mate rekening gehouden moet worden met de diversificatie-effecten.

De harmonisatie dient op het Gemeenschapsniveau (EER-landen) plaats te vinden.

Overweging 58 gaat uit van een, voor de (her)verzekeringsondernemingen toepasselijke, doeltreffende en geharmoniseerde actuariële methode waarvan deze ondernemingen gebruik kunnen maken.

Overweging 72 bepaalt dat de lidstaten geen eisen mogen stellen aan de (her)verzekeringsondernemingen om hun activa in bepaalde categorieën activa te beleggen. Deze vereisten zouden immers “onverenigbaar” kunnen “zijn met de vrijmaking van het kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 56 van het Verdrag”.

In overweging 93 van de richtlijn wordt de wens tot uitdrukking gebracht om, gelet op het toenemende grensoverschrijdende karakter van het verzekeringsbedrijf de regels van de afzonderlijke lidstaten betreffende Special Purpose Vehicles¹³⁷⁴, waarop de bepalingen van deze richtlijn betrekking hebben, te harmoniseren, door de verschillen tussen de nationale regels zoveel mogelijk te beperken. Hier is de

¹³⁷³ Het gaat hier om een functie en activiteiten in de zin van artikel 2, punt 8, van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat.

¹³⁷⁴ Ingevolge art. 13 van de richtlijn wordt onder Special Purpose Vehicle een onderneming verstaan, al dan niet met een eigen rechtspersoonlijkheid en anders dan een bestaande verzekeringsonderneming of herverzekeringsonderneming, die risico's van verzekeringsondernemingen of herverzekeringsondernemingen overneemt en die zijn blootstelling aan deze risico's volledig financiert door emissieprocedures of andere financieringsmechanismen waarbij de terugbetalingsrechten van de geldgevers van dit soort emissies of financieringsmechanismen achtergesteld zijn bij de herverzekeringsverplichtingen van de onderneming.

wetgever zich duidelijk bewust van de uiteenlopende regels, die zijn ingebed in de verschillende toezichtstructuren van de lidstaten, en dat harmonisatie van deze regels op dit moment niet mogelijk is.

In overweging 74 van de richtlijn staat een opdracht opgenomen betreffende het codificeren van de criteria voor een prudentiële beoordeling van een voorgenomen verwerving. Uit oogpunt van rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot het beoordelingsproces en het resultaat daarvan, dienen deze criteria te worden verduidelijkt en daarmee het relevant juridisch kader aangevuld. In overweging 75 wordt het belang van maximale harmonisatie in de hele interne markt van de uit voornoemde opdracht voortvloeiende procedures en beoordelingen onderstreept.

In overweging 77 van de richtlijn wordt het belang van toegang van de verzekeringnemers tot een “zo breed mogelijk gamma van in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten” onderstreept.

Om deze doelstelling in het kader van de interne markt te waarborgen dient de lidstaat waar het risico is gelegen (ofwel de lidstaat van het risico¹³⁷⁵) of de lidstaat waar de verbintenis (ofwel lidstaat van de verbintenis) wordt gesloten, erop toe te zien dat alle op de interne markt aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt kunnen worden gebracht.

Het op de markt brengen van deze producten dient overigens volgens de wettelijke bepalingen van het algemeen belang van voornoemde lidstaat te geschieden, wanneer de voorschriften van de lidstaat van herkomst dit algemeen belang nog niet waarborgen. Ingevolge deze bepalingen zouden de op de interne markt aangeboden producten bijvoorbeeld de voor de desbetreffende lidstaat gebruikelijke consumentenbescherming moeten waarborgen. Dit ongeacht van de lidstaat van herkomst van deze producten.

In overweging 78 van richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat er sancties zouden moeten worden opgelegd indien door een verzekeringsonderneming de regels van algemeen belang niet worden nageleefd.

Eveneens met de bedoeling om de bescherming van de verzekeringnemers te waarborgen is in overweging 82 bepaald dat het nationale recht betreffende de rechtsbijstandverzekering ook geharmoniseerd dient te worden. Reden hiervan is dat: “het belang van de personen met rechtsbijstandverzekering dient op gelijkwaardige wijze te worden gewaarborgd”. Tevens wordt middels overweging 82 de wens opgenomen dat: “elk mogelijk belangenconflict, met name als gevolg van het feit dat de verzekeringsonderneming een derde persoon heeft verzekerd of een persoon zowel voor rechtsbijstand als voor één of meer andere branches heeft verzekerd, moet zoveel mogelijk worden voorkomen of worden opgelost”.

Overweging 87 van de richtlijn onderkent de bestaande verschillen voor wat betreft assurantiebelasting en andere parafiscale heffingen tussen de lidstaten. Alhoewel richtlijn Solvabiliteit II deze verschillen niet kan wegnemen, stelde de wetgever zich op het volgende standpunt:

“Er moet voorkomen worden dat de bestaande verschillen ernstige concurrentieverstoring tussen de lidstaten op het gebied van verzekeringsdiensten met zich brengen. In afwachting van een latere harmonisatie kan de toepassing van de belastingregelingen en de andere heffingen van de lidstaten waar de risico's zich bevinden of waar de verbintenissen zijn aangegaan, dat probleem verhelpen en is het aan de lidstaten om regelingen te treffen opdat deze heffingen en belastingen worden geïnd”.

Dit standpunt houdt impliciet ook de wens in dat de verschillende belastingregelingen ten aanzien van de verzekeringsproducten daadwerkelijk nageleefd worden. Hiermee kan voorkomen worden dat een verzekeringsonderneming verzekeringen sluit ten aanzien van risico's gelegen in een ander land, zonder rekening te houden met de regels inzake assurantiebelasting en andere heffingen uit dat land. Een dergelijke praktijk zou tot gevolg hebben dat, indien een verzekering bij twee verschillende verzekeraars wordt afgesloten, ook de in rekening gebrachte belastingen zouden verschillen. Dit zou betekenen dat de in rekening gebrachte verzekeringspremies van elkaar zouden afwijken, enkel om de reden dat één van de verzekeraars in strijd handelt met de bestaande belastingregels.

¹³⁷⁵ Ingevolge art. 13 van de richtlijn wordt onder lidstaat van het risico een van de volgende lidstaten verstaan:

- a) de lidstaat waar de goederen zich bevinden, wanneer de verzekering betrekking heeft hetzij op onroerend goed, hetzij op onroerend goed en op de inhoud daarvan, voor zover deze door dezelfde verzekeringsovereenkomst wordt gedekt;
- b) de lidstaat van registratie, wanneer de verzekering betrekking heeft op voer- en vaartuigen van om het even welk type;
- c) de lidstaat waar de verzekeringnemer de overeenkomst heeft gesloten, indien het overeenkomsten betreft met een looptijd van vier maanden of minder die betrekking hebben op tijdens een reis of vakantie gelopen risico's, ongeacht de branche;
- d) in alle gevallen die niet uitdrukkelijk zijn genoemd onder a), b) of c): de lidstaat waarin zich een van het volgende bevindt:
 - i) de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer; of
 - ii) indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is: de vestiging van die verzekeringnemer waarop de overeenkomst betrekking heeft;

Toezicht en effectieve handhaving zijn belangrijke waarborgen voor de naleving van de regels. Helaas heeft de wetgever in richtlijn Solvabiliteit II niet aangegeven wie daadwerkelijk toezicht zou moeten houden op de naleving van de regels betreffende deze heffingen.

Wordt onder overweging 87 een toezichtplicht verondersteld ten aanzien van de lidstaten? Zo ja, dan zouden de lidstaten voor effectief toezicht moeten zorgen. Ingevolge Van der Burg & Voermans¹³⁷⁶ houdt effectief toezicht in dat de lidstaten een systeem inrichten dat de overheidsinstanties in staat stellen om werkelijk een beeld te vormen over de naleving van een norm. Een niet adequaat ingericht en niet werkend systeem kan tot gevolg hebben dat bij de verzekeringen, waarbij de aanbieder uit een ander land afkomstig is dan de verzekeringnemer en/of zetelland van deze aanbieder afwijkt van de staat waar het risico is gelegen, de regels betreffende deze heffingen ontweken kunnen worden.

Gebrek aan adequate monitoring van de naleving en handhaving van deze regels zou de wens van de wetgever, zoals die is opgenomen in overweging 87, illusoir maken.

In overweging 88 van de richtlijn wordt bepaald dat de lidstaten waarop de rechtstreekse werking van verordening Rome I¹³⁷⁷ niet van toepassing is, dienen ingevolge richtlijn Solvabiliteit II de bepalingen van deze verordening zoals opgenomen in art. 7 van de verordening¹³⁷⁸ toe te passen. Met deze bepaling wordt beoogd dat op de hele interne markt gelijke bepalingen gelden ten aanzien van het toepasselijke recht op de verzekeringsovereenkomst.

Overweging 105 van de richtlijn gaat over de gelijke behandeling van alle verzekeringnemers en begunstigden, ongeacht hun nationaliteit of woonplaats.

Dit gaat ook over de afwikkeling van vorderingen en verdeling van de activa bij de liquidatie van een verzekeraar. Ingevolge deze waarborg *“moeten de lidstaten ervoor zorgen dat alle maatregelen die een toezichthoudende autoriteit op grond van haar nationale mandaat neemt, niet strijdig worden geacht met de belangen van die lidstaat of van de verzekeringnemers en begunstigden in die lidstaat”*.

Ingevolge art. 13 van de richtlijn wordt onder toezichthoudend autoriteit verstaan de nationale autoriteit of autoriteiten die *“krachtens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toezicht uitoefenen op verzekerings- of herverzekeringsondernemingen”*.

Overweging 117 van de richtlijn gaat in op een onderwerp dat op dit moment nog een laag niveau van juridische harmonisatie binnen de interne markt kent, namelijk het relevante rechtskader voor sanering en liquidatie van (her)verzekeringsondernemingen. Ingevolge deze overweging dienen in het kader van de interne markt de *“wederzijdse erkenning van in de lidstaten geldende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen en de noodzakelijke samenwerking te worden gewaarborgd”*. Hierbij is het verder van belang dat rekening wordt gehouden met de beginselen van eenheid, universaliteit, coördinatie, openbaarmaking van deze maatregelen en de gelijke behandeling en bescherming van de verzekeringsschuldeisers.

In overweging 118 is bepaald: *“Er moet worden gegarandeerd dat de door de bevoegde instantie van een lidstaat vastgestelde saneringsmaatregelen die tot doel hebben de financiële soliditeit van een verzekeringsonderneming in stand te houden of te herstellen en liquidatie zoveel mogelijk te voorkomen, ten volle effect sorteren in heel de Gemeenschap”*.

In overweging 123 is bepaald dat de bevoegde instanties van de lidstaat van herkomst (ofwel zetelland van de verzekeringsonderneming) als enige gemachtigd dienen te zijn om beslissingen inzake liquidatieprocedure te nemen. Deze beslissingen dienen in de hele Gemeenschap effect te sorteren en door alle lidstaten erkend te worden. Vervolgens is in overweging 125 de eis opgenomen dat alle voorwaarden voor het openen, verloop en beëindigen van een liquidatieprocedure door het recht van de lidstaat van herkomst worden beheerst.

Ingevolge overweging 126 dienen de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst en die van alle andere lidstaten onverwijld op de hoogte te worden gebracht over het openen van een liquidatieprocedure.

¹³⁷⁶ Van der Burg & Voermans 2015, p. 140.

¹³⁷⁷ Hier gaat het om Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU L 177* van 4.7.2008, p. 6.

¹³⁷⁸ Art. 7 van verordening Rome I gaat over het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst.

Ten slotte worden ingevolge overweging 129 de vorderingen van schuldeisers gevestigd in andere lidstaten dan het zeteland van de te liquideren verzekeraar, op dezelfde wijze behandeld als soortgelijke vorderingen in het zeteland van de verzekeraar. Onderscheid op grond van nationaliteit of verblijfplaats is verboden.

14.3.1. Betere toegang (her)verzekeraars tot de interne markt

Zoals eerder aangegeven heeft de Europese wetgever in overweging 2 van richtlijn Solvabiliteit II de noodzaak benadrukt van een rechtskader dat aan (her)verzekeraars een betere toegang tot de interne markt waarborgt.

Een betere toegang van deze ondernemingen tot de interne markt betekent een onbelemmerde toegang middels een, via de toezichthouder van het zeteland (lidstaat), verkregen vergunning tot het uitoefenen van verzekerings- of herverzekeringsactiviteiten binnen de gehele interne markt.

Binnen het door richtlijn Solvabiliteit II gevormde rechtskader moet een (her)verzekeringsondernemingen met een vergunning verkregen in een van de lidstaten, de mogelijkheid krijgen om in de hele Gemeenschap (her)verzekeringsovereenkomsten te sluiten ter dekking van risico's gelegen in een van de lidstaten.

De in overweging 2 van richtlijn Solvabiliteit II opgenomen doelstellingen waren reeds gewaarborgd in het vóór de richtlijn geldende wettelijk kader. De mogelijkheid van de (her)verzekeraars met zetel in de Gemeenschap, om op de interne markt (her)verzekeringen aan te bieden is een bestaand recht. Dit recht is gebaseerd op de binnen het Unierecht geldende vrijheid van vestiging en vrije verrichting van diensten, zoals geformuleerd in de artikelen 49 en 46 van het VWEU. Zoals in paragraaf 1 van hoofdstuk 1 van dit proefschrift is aangegeven vormen deze rechten essentiële waarborgen voor de gemeenschappelijke ontwikkeling en het functioneren van de interne markt.

In het kader van het streven naar een efficiënt functionerende interne markt werd ook een Europees beleid op het gebied van (her)verzekeringsdiensten ontwikkeld. Doel van dit beleid is het scheppen van kaders waarbinnen (her)verzekeraars binnen de interne markt overal in de lidstaten zich mogen vestigen en vrij hun diensten mogen aanbieden via bijkantoren of vrije dienstverrichting.

Reeds in de Richtlijn 92/49/EEG¹³⁷⁹ (de zgn. derde schaderichtlijn) is de taakstelling geformuleerd om de interne markt voor wat betreft de schadeverzekeringen zowel wat betreft vrijheid van vestiging als het vrij verrichten van diensten, te voltooiën.¹³⁸⁰ Dit gebeurde met het doel om verzekeringsondernemingen, die hun hoofdkantoor in een van de EER-landen hebben, het gemakkelijker te maken de in EER gelegen risico's te verzekeren. Teneinde voornoemd doel te realiseren zijn belangrijke stappen gezet middels de Coördinatie-richtlijnen Schade- en Levensverzekeringen¹³⁸¹.

Als belangrijkste resultaat van deze inspanningen kan het juridisch kader voor het recht van vestiging¹³⁸² en voor de vrije uitoefening van het verzekeringsbedrijf in de EER-landen¹³⁸³ worden gezien. Na deze eerste fase van het ontwikkelen van de fundamentele juridische kaders voor de dienstverrichting op de interne markt, die onder meer het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf afhankelijk stelde van het verkrijgen van een vergunning,¹³⁸⁴ kwamen de tweede generatie richtlijnen.¹³⁸⁵ Deze richtlijnen hadden als doel om de eerder geconstateerde beperkingen van de vrijheid van het verzekeren op de interne markt weg te nemen.¹³⁸⁶ De tweede coördinatie-richtlijn inzake niet-levensverzekeringen van 22 juni 1988 (Richtlijn 88/357/EEG) leverde een belangrijke bijdrage aan de totstandkoming van de interne markt voor schadeverzekeringen. Een

¹³⁷⁹ 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, de zgn. derde richtlijn schadeverzekeringen ofwel de derde coördinatie-richtlijn inzake schadeverzekeringen.

¹³⁸⁰ Zie hiertoe overweging 1 van Richtlijn 92/49/EEG.

¹³⁸¹ De eerste coördinatie-richtlijn inzake 'niet-levensverzekeringen' van 24 juli 1973 (73/239/EEG) en voor de levensverzekeringen de richtlijn van 5 maart 1979 (79/267/EEG).

¹³⁸² Recht van vestiging zoals opgenomen in art. 43-48 EG-Verdrag.

¹³⁸³ Vágási 2013, p. 165.

¹³⁸⁴ Ingevolge artikel 6 en 9 van de Eerste Richtlijnen Schade en Leven impliceerde de vergunningseis voorafgaande autorisatie door de toezichthouder aan de hand van een uitvoerig programma van werkzaamheden.

¹³⁸⁵ De tweede coördinatie-richtlijn inzake niet-levensverzekeringen van 22 juni 1988 (88/357/EEG) is onderscheid gemaakt tussen 'grote risico's' en 'massarisico's'. Voor de levensverzekeringen geldt richtlijn 90/619/EEG van 8 november 1990.

¹³⁸⁶ Vágási 2013, p. 165.

van de belangrijke resultaten van deze richtlijn was het maken van onderscheid tussen de verzekeringnemers die extra bescherming nodig hebben en de groep, die gelet op hun hoedanigheid, omvang of wegens de aard van te verzekeren risico's geen bijzondere bescherming behoeven in de lidstaat waar het te verzekeren risico is gelegen. Deze tweede groep van verzekeringnemers kreeg ruime vrijheid om beroep te doen op een zo ruim mogelijke verzekeringsmarkt.¹³⁸⁷

De door de EG aangenomen derde generatie richtlijnen¹³⁸⁸ betekenden een verdere optimalisatie van de vrijheid van dienstverrichting.

*“met de onderhavige richtlijn wordt beoogd een wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfseconomisch toezicht, waardoor een en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het toezicht wordt uitgeoefend door de Lid-Staat van herkomst;”*¹³⁸⁹

Een ander belangrijk resultaat van deze richtlijnen is het ontwikkelen van het ‘home country control systeem’, waarin de waarborg voor toezicht vanuit het zetelland verenigd is met de wensen en de uitoefeningsvoorwaarden voor de vrijheid van dienstverrichting.¹³⁹⁰ Het home country control system is verankerd en nader uitgewerkt in richtlijn Solvabiliteit II.

14.3.2. Gecoördineerde voorschriften

De noodzaak tot het opstellen van gecoördineerde voorschriften wordt onderkend door richtlijn Solvabiliteit II. De richtlijn richt zich ten eerste op de voorschriften betreffende het toezicht over de (her)verzekeringsondernemingen. Tevens wordt de noodzaak onderstreept van het beschikken over gecoördineerde voorschriften voor o.a. de bescherming van schuldeisers en voor de harmonisatie van saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van de verzekeringsondernemingen¹³⁹¹.

Richtlijn Solvabiliteit II is voornamelijk gericht op het prudentieel toezicht. De doelstelling om gecoördineerde voorschriften op te stellen heeft dan ook betrekking op het prudentieel toezicht. Daardoor blijft bijvoorbeeld het gedragstoezicht grotendeels buiten beschouwing.

Voor de inwerkingtreding van richtlijn Solvabiliteit II boden de solvabiliteitsvereisten van de Schade- en levensrichtlijnen veel ruimte voor nationale afwijkingen voor o.a. wat betreft de eisen gesteld aan de (her)verzekeringsondernemingen.¹³⁹² Deze afwijkingen in de nationale wettelijke kaders waren en zijn niet gunstig voor de ontwikkeling van de interne markt, aangezien hierdoor ten aanzien van (her)verzekeringsondernemingen per lidstaat verschillende eisen gelden, terwijl ze op dezelfde markt opereren. Deze verschillen in het wettelijk kader leiden ertoe dat ook verzekeringnemers, afhankelijk van lidstaat waarin ze gevestigd of woonachtig zijn verschillend worden behandeld en er verschillende standaarden gelden voor bijvoorbeeld consumentenbescherming.

De maximale harmonisatie voor wat betreft de solvabiliteitsvereisten uit richtlijn Solvabiliteit II en de daarmee gelijklopende implementatie van deze richtlijn in het nationale wettelijk kader van de verschillende lidstaten, is een belangrijke stap vooruit in het bereiken van gecoördineerde voorschriften op de interne markt. Gecoördineerde voorschriften bevorderen immers eerlijke concurrentie op de interne markt en waarborgen ook een geharmoniseerd beschermingsniveau voor de verzekeringnemers en begunstigden.¹³⁹³

*“Harmonisatie van de door de lidstaten gehanteerde solvabiliteitseisen gecombineerd met meer transparantie moet leiden tot meer concurrentie.”*¹³⁹⁴

Verder stelt de richtlijn, voor alle lidstaten geldende voorschriften vast voor wat betreft transparantie over de financiële positie en de corporate governance van de (her)verzekeraars richting de toezichthouder enerzijds en richting het breder publiek anderzijds.¹³⁹⁵ Welke vorm deze geharmoniseerde rapportages dienen te krijgen en welke informatie ze dienen te bevatten is te vinden in de uitvoeringsverordening en de bindende

¹³⁸⁷ Zie ook overweging 2 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

¹³⁸⁸ De derde coördinatierichtlijn voor de niet-levensverzekeringen van 18 juni 1992 (92/49/EEG) en derde coördinatierichtlijn voor de levensverzekeringen van 10 november 1992 (92/96/EEG).

¹³⁸⁹ Zie overweging 5 bij de Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992.

¹³⁹⁰ Vágási 2013, p. 165.

¹³⁹¹ Zie overweging 3 van de richtlijn.

¹³⁹² Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 1.

¹³⁹³ Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 1.

¹³⁹⁴ Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 3.

¹³⁹⁵ Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 5.

technische standaarden die weer voor alle lidstaten gelden.¹³⁹⁶ Voor de Nederlandse verzekeraars brengen deze eisen geen grote verandering met zich mee ten opzichte van de reeds bestaande publieke rapportageplicht. Wel brengen deze regels nieuwe voorschriften voor meerdere lidstaten waar deze rapportageplicht nog niet bestond.

Door de gecoördineerde voorschriften betreffende groepstoezicht wordt het creëren van gelijk speelveld beoogd, een geharmoniseerd juridisch kader voor het bepalen van de reikwijdte van verzekeringsgroepen en het soort toezicht dat op deze groepen wordt uitgeoefend. Verder wordt hiermee ook het faciliteren van de goede samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten nagestreefd. Hiermee worden o.a. de volgende doelen beoogd: goede werking van de interne markt en bescherming van de schuldeisers.

In het kader van deze doelstelling om te komen tot gecoördineerde voorschriften kunnen de verschillende, in de richtlijn opgenomen lidstaatopties¹³⁹⁷, een belemmering vormen. Verder is het ook onduidelijk hoe deze lidstaat-opties zijn te verenigen met de maximale harmonisatie en daarbij met de wens om tot gecoördineerde voorschriften en een geharmoniseerd rechtskader te komen.

Dit onderwerp wordt in paragraaf 14.3.4 (Geharmoniseerd rechtskader) nader uitgewerkt.

De wetgever geeft ook geen uitleg over de mogelijke strijd tussen de aan de lidstaten gelaten mogelijkheid om eigen voorschriften op te stellen en de coördinatiewens van de geldende voorschriften teneinde een geharmoniseerd rechtskader te bereiken. Een voorbeeld hiervan is de in overweging 75 van de richtlijn opgenomen mogelijkheid tot het stellen van eigen voorschriften en het geven van algemene richtsnoeren die binnen de desbetreffende lidstaat gelden:

“De bepalingen inzake gekwalificeerde deelnemingen mogen de lidstaten evenwel niet beletten te verlangen dat de toezichthoudende autoriteiten in kennis worden gesteld van deelnemingen die onder de in deze bepalingen vastgestelde drempels liggen, zolang te dien einde ten hoogste één extra drempel van minder dan 10 % door een lidstaat wordt opgelegd. Ook mogen deze bepalingen de toezichthoudende autoriteiten niet beletten met algemene richtsnoeren aan te geven wanneer dergelijke deelnemingen worden beschouwd als resulterend in invloed van betekenis.”

14.3.3. Totstandbrenging van de interne markt

In art. 26 lid 1 VWEU is bepaald dat de Unie maatregelen kan nemen om de interne markt tot stand te brengen en de goede werking hiervan te waarborgen.¹³⁹⁸

“De Unie stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren, overeenkomstig de bepalingen terzake van de Verdragen.”

In art. 114 VWEU is bepaald dat het EP en de Raad de bevoegdheid hebben om dergelijke harmonisatiemaatregelen vast te stellen, teneinde de werking van de interne markt te bevorderen.

“Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité, de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.”

In art. 114 lid 2 VWEU is verder vastgelegd dat de voornoemde bepaling uit lid 1 geen toepassing vindt op (1) de fiscale bepalingen, (2) op de bepalingen betreffende het vrij verkeer van personen en (3) op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers.

¹³⁹⁶ Zie hiervoor MvT implementatie Solvabiliteit II, p. 5.

¹³⁹⁷ Voor wat betreft de lidstaatopties en hun gevolgen voor de concurrentie van de verzekeraar binnen de lidstaten zie ook het voorbeeld dat door de genderrichtlijn is gecreëerd doordat de lidstaten de keuzemogelijkheid kregen om niet in te gaan op de door de richtlijn geboden opties. Bij deze richtlijn hebben Nederland en België ervoor gekozen om het verbod op geslachtsdiscriminatie volledig toe te passen. Dit betekent echter niet dat deze landen aan buitenlandse verzekeraars met zetel in een lidstaat die een andere optie heeft gekozen kunnen verbieden om gedifferentieerde tarieven tussen mannen en vrouwen toe te passen bij het verzekeren van risico's gelegen in Nederland of België. Verbieden van deze differentiatie zou immers strijd opleveren met de vrijheid van vestiging of dienstverrichting. Zie hierover meer in dissertatie van Thiery 2011, p. 357 ev., Interpretatieve mededelingen van de Commissie van 16 februari 2000, 2000 C43/03 (inzake vrij verrichten van diensten en algemeen belang) en Colle 2007, I.c. 65, nr. 14.

¹³⁹⁸ Van Ooik & Wessels 2009, p. 145.

Richtlijn Solvabiliteit II gaat uit van een systeem waarbij op basis van één vergunning, verkregen in één van de lidstaten, een verzekerings- of herverzekeringsonderneming in alle lidstaten toegang krijgt tot het uitoefenen van verzekerings- of herverzekeringsactiviteiten waarop de in het zeteland verleende vergunning betrekking op heeft. De richtlijn brengt geen verandering in het huidige rechtskader met zich mee voor wat betreft de toegang van de (her)verzekeraars tot de verzekeringsmarkt van de lidstaten.

Ondanks de in de wet opgenomen vrije toegang tot het uitoefenen van de verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten op basis van een in het zeteland verkregen vergunning binnen de EER-landen, kunnen de ondernemingen toch belemmeringen ondervinden bij de toegang tot het uitoefenen van deze activiteiten in bepaalde lidstaten en bepaalde branches. Deze belemmeringen zouden een gevolg kunnen zijn van de houding van de lidstaat van ontvangst, die direct of indirect de werkelijke toegang tot de eigen nationale verzekeringsmarkt voor ondernemingen uit andere lidstaten zou bemoeilijken.

Richtlijn Solvabiliteit II brengt aanscherpingen in het beleid, die lidstaten ten aanzien van de toegankelijkheid van hun eigen markt moeten voeren, maar is niet in staat om het laten voortduren of creëren van nieuwe belemmeringen door lidstaten tegen te houden. Het gaat hier immers lang niet meer over de vraag of een verzekeraar met zetel in een lidstaat zijn activiteiten kan aanbieden in een andere lidstaat, maar in hoeverre de regels in de lidstaat van ontvangst toelaten dat een verzekeraar uit een andere lidstaat, zonder hele bijzondere investeringen en het overwinnen van bezwarende randvoorwaarden (die zeker verder gaan dan voorschriften van algemeen belang ter waarborging van bijvoorbeeld consumentenbescherming) een bepaald type verzekering kan aanbieden.

Wanneer bijvoorbeeld verzekeringsproducten helemaal opnieuw ontworpen moeten worden wegens de afwijkende regelgeving van de lidstaat van ontvangst en/of door andere regels, die de toegang tot daadwerkelijk uitoefenen van verzekeringsactiviteiten in een bepaalde branche bemoeilijken, bijvoorbeeld door de ingewikkeldheid of van overheidswege opgeworpen beperkingen, dan kunnen in theorie de regels van toegang tot die markt er nog net zo goed uitzien toch zullen verzekeraars het zeer ingewikkeld en ontmoedigend vinden om hun actieradius op de markt uit te breiden. Overigens dienen hier belemmeringen van overheidswege niet verward te worden met mogelijke inertie van een deel van de marktpartijen. Betreden van een nieuwe markt, ook al gaat het om een onderdeel van de interne markt, zal van bedrijven extra investeringen, innovatie vermogen en een open en nieuwsgierige houding naar de nieuwe markt eisen. Degene die deze gebruikelijke investeringen niet wil treffen moet zich niet achter de zogenaamde belemmeringen van de interne markt verschuilen.

Hieronder wordt aan de hand van tweetal voorbeelden betreffende de zorg- en arbeidsongeschiktheidsverzekering beoordeeld in hoeverre het aanbieden van deze verzekeringsproducten op basis van gecoördineerde voorschriften mogelijk is.

De Nederlandse zorgverzekeringsmarkt biedt een zeer duidelijk voorbeeld van een situatie waarbij op het eerste gezicht alle mogelijke waarborgen aanwezig zijn voor toetreders uit andere lidstaten. Toch zal een verzekeraar uit een van de lidstaten niet zonder meer verzekeringen in branche 1 en 2 kunnen aanbieden in Nederland, enkel op de basis van de vergunning verkregen in het zeteland.

Deze verzekeraar zal immers rekening moeten houden met een ingewikkeld systeem waarbij de uitvoering van een publieke taak onder strikte voorwaarden aan private schadeverzekeraars (zorgverzekeraars) is toevertrouwd. Naleving van de Zvw zal daarbij als een belemmering gezien kunnen worden nu de zorgverzekeraars een geheel nieuw systeem eigen moet maken en niet volledig kunnen vertrouwen op de kennis die men als verzekeraar in branche 1 en 2 in het zeteland en wellicht in andere lidstaten heeft opgebouwd. Daarnaast moeten ze rekening houden met het vereveningsstelsel en de aanwezigheid van een extra toezichthouder en uitgebreid aanvullend pakket aan regelgeving. Ook als deze verzekeraars alle gecoördineerde voorschriften naleven zullen ze nog met aanzienlijke aanvullende regels rekening moeten houden om op de Nederlandse zorgverzekeringsmarkt te kunnen opereren. Deze regels zijn niet geharmoniseerd op de interne markt.

Verder komt overweging 86 met een bepaling ten aanzien van specifieke voorschriften die de lidstaten van ontvangst kunnen verlangen:

“De lidstaten van ontvangst dienen van verzekeringsondernemingen die op hun grondgebied voor eigen risico de verplichte arbeidsongevallenverzekering aanbieden, te kunnen verlangen dat zij de specifieke voorschriften naleven die ten aanzien van deze verzekering in hun nationale wetgeving zijn opgenomen. Dit

mag echter niet gelden voor de voorschriften betreffende het financiële toezicht, die onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat van herkomst moeten blijven vallen."¹³⁹⁹

Ook al hebben deze voorschriften geen betrekking op het financiële toezicht, door het opwerpen van extra belemmeringen in de weg van de verzekeraars, die bijvoorbeeld een arbeidsongevallenverzekering willen aanbieden in verschillende lidstaten, werken ze zeker niet bevorderlijk voor de goede werking en verdere ontwikkeling van de interne markt. Het gaat dan niet meer om de kwaliteit van het product en de bescherming, die dit product aan de verzekerden kan bieden, maar om de naleving van verschillende voorschriften afhankelijk van de lidstaat van ontvangst. Welke verzekeraar kan zich permitteren om aan 31 verschillende wettelijke kaders te voldoen om een arbeidsongevallenverzekering aan te bieden binnen de hele EER?

Voornoemde voorbeelden laten zien dat richtlijn Solvabiliteit II de voorgenomen totstandbrenging en verbetering van de werking van de interne markt niet volledig kan waarmaken. Wel is de richtlijn in staat om een bijdrage te leveren aan een verdergaande harmonisatie van het wettelijke kader van toepassing op de (her)verzekeraars. Op basis van deze nieuwe stap richting de harmonisatie kunnen lidstaten, gewaarborgd door richtlijn Solvabiliteit II, nauwer samenwerken om tot nieuwe toekomstige stappen richting verdergaande harmonisatie te komen. Verder zou deze nieuwe stap ertoe moeten leiden dat lidstaten, bij het aannemen van nieuwe nationale regels, die enkel voor een deel van de verzekeraars gelden, veel beter nadenken over nut en noodzaak en over de effecten van deze maatregelen voor de interne markt. Indien met deze overtuiging en waarborgen aan het wettelijk kader wordt gewerkt dan zullen alle ondernemingen (ongeacht hun zeteland) de kans krijgen om gebruik te maken van de interne markt door bijvoorbeeld hun diensten op deze markt aan te bieden. Pas dan zal sprake zijn van een werkelijk voltooid en goedwerkende interne markt voor verzekeringen.

14.3.4. Geharmoniseerd rechtskader

Ingevolge overweging 2 van richtlijn Solvabiliteit II dient binnen het Gemeenschap een rechtskader tot stand te worden gebracht dat (her)verzekeringsondernemingen de mogelijkheid biedt om op de gehele interne markt op basis van gelijke regels het (her)verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Richtlijn Solvabiliteit II gaat hiermee uit van een geharmoniseerd rechtskader dat voor de hele interne markt geldende rechtsregels bevat. Voor wat betreft het geharmoniseerde rechtskader voor de waardering van activa en passiva wordt in overweging 15 van de richtlijn gesteld:

"In overeenstemming met de laatste ontwikkelingen op het gebied van het Risk management in de context van de International Association of Insurance Supervisors, de International Accounting Standards Board en de International Actuarial Association en met recente ontwikkelingen in andere financiële sectoren dient een op het economische risico gebaseerde benadering te worden gevolgd die verzekerings- en herverzekeringsondernemingen ertoe aanspoort hun risico's naar behoren te meten en te beheren. De harmonisatie moet verder worden vergroot door de vaststelling van specifieke voorschriften voor de waardering van activa en passiva, met inbegrip van technische voorzieningen."¹⁴⁰⁰

In art. 50 lid 2 van de richtlijn is bepaald dat, ter waarborging van een consistente harmonisatie met betrekking tot de technische reguleringsnormen, de EIOPA regels zal uitwerken ter nadere aanvulling van de vereisten van art. 42 van de richtlijn en de desbetreffende functies, d.w.z. de deskundigheids- en betrouwbaarheidsvereisten, waaraan personen, die de onderneming daadwerkelijk besturen of andere sleutelfuncties vervullen, moeten voldoen, en ter aanvulling van de voorwaarden voor uitbesteding, met name aan dienstverleners in derde landen. Uit de richtlijn blijkt dat ter waarborging van consistente harmonisatie de EIOPA ten aanzien van verschillende richtlijnbepalingen nadere normen zal stellen. Verder kan de EIOPA ten aanzien van meerdere bepalingen¹⁴⁰¹ van de richtlijn technische reguleringsnormen uitwerken. Deze

¹³⁹⁹ Overweging 86 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁴⁰⁰ Overweging 15 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁴⁰¹ Zie hiervoor: art. 50 lid 2 ten aanzien van de vereisten van art. 42 en de voorwaarden voor uitbesteding; art. 50 lid 3 ten aanzien van de in art. 45, lid 1 onder a) bedoelde beoordeling; art. 58 lid 8 ten aanzien van een lijst van informatie zoals bedoeld in art. 59 lid 4 en betreffende nadere aanvulling van de criteria van art. 59 lid 1; art. 58 lid 9 ten aanzien van procedures, formulieren en templates voor het in art. 60 bedoelde overleg tussen de relevante toezichthouders; art. 75 lid 3 ten aanzien van de nadere invulling van de waarderingmethoden van activa en passiva bedoeld in art. 75 lid 1 en 2 en de te gebruiken methoden en aannames indien er geen marktnoteringen voor handen zijn en de internationale boekhoudstandaarden voor jaarrekeningen hetzij tijdelijk, hetzij permanent

normen vormen het derde niveau van regelgeving binnen de zogenaamde Lamfalussy-structuur. Bij dit type regelgeving geldt het principe van ‘leef na of leg uit’ voor de verzekeraars en herverzekeraars.

Door middel van deze norm wordt niet automatisch de harmonisatie van het juridisch kader bereikt. De onder toezicht staande ondernemingen kunnen immers, gelet op hun eigen specifieke situatie, afwijken van de gestelde norm. De toezichthouder, die de argumenten van de onderneming gaat beoordelen, kan wel voor consistentie op de markt zorgen, door vergelijkbare gevallen op de hele interne markt op een vergelijkbare wijze te beoordelen. Zorgen voor een consistente beoordeling vereist echter een hoge mate van samenwerking en afstemming tussen de toezichthouders uit verschillende lidstaten. Deze gecoördineerde werkwijze van de toezichthouders kan wel een belangrijke bijdrage leveren aan het creëren van een geharmoniseerd wettelijk kader op de interne markt.

Bij een effectieve samenwerking zou voor de beoordeling van de naleving van de voornoemde normen, niet moeten uitmaken of een verzekeraar een zetel in Frankrijk of Malta heeft.

De richtlijn bevat verder een pakket van zogeheten Long Term Guarantee (LTG) maatregelen.¹⁴⁰² Toepassing van deze LTG-maatregelen¹⁴⁰³ verschilt per jurisdicties van de lidstaten, is afhankelijk van de specifieke (her)verzekeringsonderneming¹⁴⁰⁴ en vindt plaats vaak na de toestemming van de toezichthouder¹⁴⁰⁵. Of de toestemming van de nationale toezichthouder noodzakelijk is voor het toepassen van de LTG-maatregelen is ook een lidstaattoptie waardoor, afhankelijk van de lidstaat waar een verzekeraar zijn zetel heeft, extra eisen kunnen worden gesteld aan een onderneming. Dit heeft een negatief effect op het gelijke speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

Een ander voorbeeld van lidstaattoptie, die richtlijn Solvabiliteit II kent, is de mogelijkheid om van een intern model gebruik te maken. Het gevolg voor het gelijke speelveld ligt vooral in het gebrek aan een uniform kader op basis waarvan de toezichthouder uit de verschillende lidstaten aannames van interne modellen kunnen toetsen.¹⁴⁰⁶

Het opstellen van een geharmoniseerd juridisch kader en maximale harmonisatie van de bepalingen van toepassing op de prudentiële beoordeling en procedures, benadrukt de wens van de Europese wetgever om tot het voor de interne markt noodzakelijke gelijke speelveld en daarmee samenhangende gecoördineerde voorschriften te komen. Dat deze maximale harmonisatie van de bepalingen van toepassing op de procedures en prudentiële beoordelingen van groot belang is voor de Europese wetgever wordt onderstreept door het

inconsistent zijn met de in voornoemde leden beoogde waardering van de activa en passiva; art. 86 lid 2 ten aanzien van de methoden die moeten worden gehanteerd bij de in art. 81 bedoelde correctie voor wanbetaling van een tegenpartij, methoden en technieken voor de berekening van technische voorzieningen om ervoor te zorgen dat de actuariële en statistische methodes evenredig zijn aan de aard, omvang en complexiteit van de door de (her)verzekeraars gedragen risico's; art. 97 lid 2 ten aanzien van de methoden die de toezichthoudende autoriteiten moeten hanteren bij de verlening van goedkeuring voor de beoordeling en indeling van eigenvermogensbestanddelen die niet in art. 97 lid 1 bedoeld overzicht voorkomen; art. 111 lid 4 ten aanzien van de kwalitatieve grenzen en criteria van de in aanmerking komende activa; art. 135 lid 3 ten aanzien van de methoden voor de berekening van het evenredige extra kapitaalvereiste; art. 143 lid 2 ten aanzien van de nadere aanvulling van het in art. 138 lid 2 bedoelde saneringsplan en het in art. 139 lid 2 bedoelde financieel plan; art. 244 lid 5 ten aanzien van de nadere specificatie van de onderkenning van een significante risicoconcentratie en de bepaling van passende drempels met het oog op toepassing van art. 244 lid 3; art. 245 lid 5 ten aanzien van een nadere specificatie van de onderkenning van een significante intragroeptransactie; art. 248 lid 6 ten aanzien van de richtsnoeren voor de operationele werking van de colleges van toezichthouders; art. 248 lid 7 ten aanzien van de nadere invulling van de coördinatieafspraken voor het groepstoezicht; art. 249 lid 3 ten aanzien van de nadere invulling van de gegevens die door de groepstoezichthouder wordt verzameld en verspreid en de gegevens die essentieel of relevant zijn voor het toezicht op groepsniveau.¹⁴⁰² Deze maatregelen zijn tijdens het wetgevingstraject afgesproken om de impact van de inwerkingtreding van richtlijn Solvabiliteit II te verzachten.

¹⁴⁰³ Hier gaat om de volgende LTG maatregelen: Matching Adjustment (MA) artikelen 77b en 77c richtlijn Solvabiliteit II, Volatility Adjustment (VA) art. 77d richtlijn Solvabiliteit II, Equity Dampener (ED) art. 106 richtlijn Solvabiliteit II, Extension of the recovery period (ERP) art. 138 lid 4 richtlijn Solvabiliteit II, de Duration based Equity Risk submodule (DBER) art. 304 richtlijn Solvabiliteit II, de Transitional on the Risk Free Rate (TRFR) art. 308c richtlijn Solvabiliteit II en Transitional on Technical Provisions (TTP) art. 308d richtlijn Solvabiliteit II. DBER is ook een lidstaattoptie, die onder bepaalde voorwaarden kan worden toegepast. Deze optie is in Nederland niet geïmplementeerd. De ED gold tot eind 2016 voor alle verzekeraars die onder richtlijn Solvabiliteit II vallen.

¹⁴⁰⁴ Naast LTG-maatregelen brengt de UFR, alhoewel van toepassing op alle verzekeraars, met zich mee dat per specifieke verzekeraar het effect van de UFR en de veranderingen in de rentecurve afhangt. Levensverzekeraars met verplichtingen van lange looptijd hebben relatief veel baat bij de UFR.

¹⁴⁰⁵ Zie 'Report on long-term guaranties measures and measures on equity risk 2016' EIOPA-BoS-16/279 van 16 december 2016. Voor wat betreft het gebruik van de LTG maatregelen zijn er grote verschillen tussen de lidstaten en instellingen.

¹⁴⁰⁶ Gebrek aan beoordelingskader inzake het intern model leidt zeer waarschijnlijk tot verschillen tussen de toezichthouders en de lidstaten. Zie 'Solvency II News: Internal Model take-up lower than expected' van 3 juli 2016 in Solvency II Wire, www.solvencyiiwire.com/solvency-ii-news-internal-model-take-lower-expected/1586672.

benoemen van de gebreken van het systeem zoals opgenomen in overweging 74 van de richtlijn. Hierin wordt met betrekking tot de voorgenomen verwerving van bijvoorbeeld een verzekeringsonderneming (gekwalficeerde deelneming) geconstateerd: “het juridisch kader bevat tot nog toe noch gedetailleerde criteria voor een prudentiële beoordeling van een voorgenomen verwerving noch een procedure voor de toepassing van deze criteria”.

Teneinde de nodige rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot de op de prudentiële beoordeling toepasselijke regels, beoordelingsproces en het resultaat ervan te waarborgen werd aanbevolen om de criteria en het proces van prudentiële beoordeling te verduidelijken. Hierbij wordt verwezen naar de Richtlijn 2007/44/EG waarin deze criteria en procedures zijn ingevoerd. Aanbevolen wordt om voor het geval een (her)verzekering betreft deze bepalingen te codificeren en in richtlijn Solvabiliteit II te verwerken.

*“Maximale harmonisatie in de gehele Gemeenschap van deze procedures en prudentiële beoordelingen is derhalve van essentieel belang. De bepalingen inzake gekwalficeerde deelnemingen mogen de lidstaten evenwel niet beletten te verlangen dat de toezichthoudende autoriteiten in kennis worden gesteld van deelnemingen die onder de in deze bepalingen vastgestelde drempels liggen, zolang te dien einde ten hoogste één extra drempel van minder dan 10 % door een lidstaat wordt opgelegd. Ook mogen deze bepalingen de toezichthoudende autoriteiten niet beletten met algemene richtsnoeren aan te geven wanneer dergelijke deelnemingen worden beschouwd als resulterend in invloed van betekenis”.*¹⁴⁰⁷

Gelet op het bovenstaande is het fenomeen lidstaatopties, waarvoor ruimte is volgens richtlijn Solvabiliteit II, geen logische keuze gelet op de doelstellingen die geformuleerd zijn in deze richtlijn. Lidstaatopties hebben immers een negatief effect op het geharmoniseerde rechtskader op de (her)verzekeringsondernemingen binnen de interne markt, doordat ze de ongelijkheid tussen de toepasselijke regels laten voortduren.

Ingevolge de Memorie van Toelichting bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in de Wft blijkt dat: “omwille van de tijd en omwille van de wijzigingen en het werk dat de richtlijn al met zich brengt voor de praktijk, voor gekozen om bij de implementatie van de richtlijn solvabiliteit II niet terug te komen op keuzes die in het verleden gemaakt zijn bij de implementatie van deze lidstaatopties.”

Het overgrote deel van de meeste in richtlijn Solvabiliteit II opgenomen lidstaatopties zijn afkomstig uit de eerdere richtlijnen en zijn in het verleden geïmplementeerd in de wet- en regelgeving van de desbetreffende lidstaten.¹⁴⁰⁸ Naast deze reeds eerder gemaakte en in stand gehouden keuzes, zijn in richtlijn Solvabiliteit II ook nieuwe lidstaatopties opgenomen.

Hieronder worden de nieuwe lidstaatopties uit richtlijn Solvabiliteit II toegelicht.

Artikel 51, tweede lid, derde alinea:

Op grond van art. 51 richtlijn Solvabiliteit II zijn verzekeringsondernemingen verplicht om jaarlijks een rapport te publiceren over hun solvabiliteit en financiële positie. Deze verplichting houdt onder meer in dat de verzekeraars de hoogte van het bedrag van het solvabiliteitskapitaalvereiste en het minimumkapitaalvereiste publiceren.

Onderdeel van de publicatieplicht is dat ze inzicht geven in de berekeningen betreffende het solvabiliteits- en minimumkapitaalvereiste. Verder bevat dit rapport een beschrijving van:

- de activiteiten en resultaten van de onderneming;
- het governance systeem en de adequaatheid hiervan met het risicoprofiel van de onderneming;
- de relevante risicocategorieën;
- de activa, technische voorzieningen en andere verplichtingen;
- het kapitaalbeheer.

Het rapport bevat tevens een melding voor het geval dat in de rapportageperiode niet is voldaan aan het minimumkapitaalvereiste of solvabiliteitskapitaalvereiste.

In art. 51, tweede lid, derde alinea richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat eventueel een door de toezichthouder opgelegde kapitaalopslag gedurende een overgangperiode niet apart bekend gemaakt hoeft te worden. De overgangperiode eindigt uiterlijk op 31 oktober 2020.

¹⁴⁰⁷ Overweging 75 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁴⁰⁸ Zie MvT implementatiewet Solvabiliteit II, p. 9.

“Wel mogen de lidstaten, onverminderd publicatieverplichtingen in het kader van andere wet- en regelgeving, bepalen dat, ook al wordt het totale solvabiliteitskapitaalvereiste als bedoeld in lid 1, onder e), ii), bekendgemaakt, de kapitaalopslagfactor of het effect van de specifieke parameters die de verzekerings- of herverzekeringsonderneming overeenkomstig artikel 110 moet hanteren, niet apart bekendgemaakt hoeft te worden gedurende een overgangperiode die uiterlijk op 31 december 2020 verstrijkt.”

In dit art. 51 worden vijf categorieën verzekeraars genoemd. De categorie *verzekeringsondernemingen die zowel levensverzekerings- als schadeverzekeringsactiviteiten uitoefenen* is door de Nederlandse wetgever niet overgenomen bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in de Wft. Verder is in art. 51, eerste lid, onder e), onder iii) een verwijzing opgenomen naar art. 304 van dezelfde richtlijn. Art. 304 betreft een lidstaatoptie die Nederland niet heeft geïmplementeerd in de Wft en om die reden is het eerste lid, onder e), onder iii) van art. 51 van de richtlijn ook niet geïmplementeerd in de Wft.

Artikel 133, derde lid:

In art. 133 van richtlijn Solvabiliteit II wordt het aan de lidstaten verboden zich te bemoeien met beleggingsbeslissingen van verzekeraars door bijvoorbeeld voor te schrijven in welke categorieën activa belegd mag worden. Een dergelijke bepaling zou immers strijd kunnen opleveren met het vrij verkeer van kapitaal (zie hierbij overweging 72). Wel bevat lid 3 van dit artikel de optie dat de lidstaten bepalingen mogen vaststellen ter beperking van de soorten activa of referentiewaarden waaraan verzekeringsuitkeringen zijn verbonden. Deze beperkingen zijn slechts mogelijk indien het beleggingsrisico door een verzekeringnemer/natuurlijk persoon wordt gedragen.

“Dit artikel laat onverlet dat lidstaten bepalingen mogen vaststellen ter beperking van de soorten activa of referentiewaarden waaraan verzekeringsuitkeringen zijn verbonden. Dergelijke regels zijn alleen van toepassing wanneer het beleggingsrisico wordt gedragen door een verzekeringnemer, die een natuurlijke persoon is en zij zijn niet restrictiever dan de regels die zijn vastgesteld in Richtlijn 85/611/EEG.”

Artikel 304, eerste lid:

In art. 304 van richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat aan de lidstaten is toegestaan om aan levensverzekeraars de mogelijkheid te geven dat zij bij de kapitaal eis van aandelenbeleggingen rekening gaan houden met de looptijd van deze beleggingen. Om hiertoe in aanmerking te komen moeten levensverzekeraars aan de volgende voorwaarden voldoen:

- (1) bedrijfspensioenvoorzieningen in overeenstemming met art. 4 van Richtlijn 2003/41/EG aanbieden of
- (2) pensioenuitkeringen aanbieden die worden uitbetaald tegen de datum van pensionering of te verwachten pensionering.

Bij de tweede optie gelden de volgende aanvullende voorwaarden:

“waarbij de voor deze uitkering betaalde premies voor de belasting voor de verzekeringnemers aftrekbaar zijn volgens de nationale wetgeving van de lidstaat die de onderneming vergunning heeft verleend; en waarbij

i) alle met die werkzaamheden overeenkomende activa en verplichtingen zijn afgescheiden en gescheiden van de overige werkzaamheden van de verzekeringsondernemingen worden beheerd en georganiseerd, zonder dat er enige mogelijkheid tot overdracht bestaat, en

ii) de activiteiten van de onderneming die verband houden met punten a) en b), ten aanzien waarvan de in dit lid bedoelde methode wordt gevolgd, alleen worden uitgeoefend in de lidstaat waar de onderneming is toegelaten, en

iii) de gemiddelde looptijd van de met deze werkzaamheid gemoeide risico's die de onderneming aangaat, meer bedraagt dan een gemiddelde van 12 jaar.”

Hieronder worden overige lidstaatopties uit richtlijn Solvabiliteit II behandeld.

Art. 73 lid 2 en lid 3:

Art. 73 bevat bepalingen betreffende gelijktijdige uitoefening van het levens- en schadeverzekeringsbedrijf. Hoofregel hierbij is opgenomen in lid 1 van dit artikel: verzekeringsondernemingen mogen geen vergunning krijgen voor gelijktijdige uitoefening van de levens- en schadeverzekeringsactiviteiten. Op deze hoofregel gelden uitzonderingen welke zijn opgenomen in lid 2 en 3 van dit artikel. Ingevolge lid 2 mogen de lidstaten bepalen dat ondernemingen waaraan vergunning is verleend voor de uitoefening van

levensverzekeringsactiviteiten ook een vergunning kunnen krijgen voor de schadeverzekeringsactiviteiten die betrekking hebben op branche 1 en 2 (ongevallen en ziekte). Verder mogen de lidstaten bepalen dat ondernemingen aan wie een vergunning is verleend voor de branches 1 en 2 betreffende schadeverzekeringen ook een vergunning kunnen krijgen voor het uitoefenen van het levensverzekeringbedrijf. Voorwaarde bij deze lidstaatoptie is dat elk bedrijf een gescheiden beheer voert. Ingevolge lid 3 mogen de lidstaten bepalen dat de in lid 2 bedoelde verzekeraars voor al hun activiteiten de boekhoudkundige regels in acht nemen die voor de levensverzekeraars gelden. Tevens mogen de lidstaten bepalen dat ten aanzien van de liquidatieregels van de door de verzekeraars verrichte activiteiten voor wat betreft branche 1 en 2 ook de voor de levensverzekeringsactiviteiten geldende regels gelden. Deze optie geldt tot een latere coördinatie van de liquidatieregels van de verzekeraars.

Art. 73 van richtlijn Solvabiliteit II verbiedt in principe het combineren van het bedrijf van levens- en schadeverzekeraar maar biedt lidstaten wel de mogelijkheid om hiervan onder voorwaarden af te wijken.

Nederland heeft bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in de Wft geen gebruik gemaakt van deze lidstaatoptie. Om die reden ontbreekt uit art. 1:71a Wft de categorie ‘*verzekeringsondernemingen die zowel levensverzekerings- als schadeverzekeringsactiviteiten uitoefenen*’.

Art. 163 lid 3:

In art. 163 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van het programma van werkzaamheden van een, binnen de Gemeenschap gevestigd bijkantoor van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming waarvan het hoofdkantoor buiten de Gemeenschap is gevestigd.

Deze bevat ingevolge lid 1 de volgende onderdelen:

“a) de aard van de risico’s of verbintenissen die de onderneming voornemens is aan te gaan;

b) de leidende beginselen op het gebied van de herverzekering;

c) ramingen van het toekomstige solvabiliteitskapitaalvereiste als bedoeld in hoofdstuk VI, afdeling 4, op basis van een te verwachten balanspositie, alsook de berekeningsmethode die is gehanteerd om deze ramingen te bepalen;

d) ramingen van het toekomstige minimumkapitaalvereiste als bedoeld in hoofdstuk VI, afdeling 5, op basis van een te verwachten balanspositie, alsook de berekeningsmethode die is gehanteerd om deze ramingen te bepalen;

e) de omvang van het in aanmerking komend eigen vermogen en het in aanmerking komend kernvermogen van de onderneming ten opzichte van het solvabiliteitskapitaalvereiste en het minimumkapitaalvereiste als bedoeld in hoofdstuk VI, afdelingen 4 en 5;

f) de te verwachten inrichtingskosten van de administratieve diensten en van het productienet, de financiële middelen ter dekking daarvan en, wanneer de te dekken risico’s zijn ingedeeld bij branche 18 in deel A van bijlage I, de beschikbare middelen voor het verlenen van de bijstand;

g) informatie over de structuur van het governancestelsel.”

Lid 2 van dit artikel vult het programma van werkzaamheden aan voor wat betreft de eerste drie boekjaren met aanvullende eisen:

“a) een opgave van de te verwachten balanspositie;

b) een raming van de financiële middelen ter dekking van de technische voorzieningen, het minimumkapitaalvereiste en het solvabiliteitskapitaalvereiste;

c) met betrekking tot schadeverzekering:

i) een raming van de kosten van beheer met uitzondering van de inrichtingskosten, met name de algemene lopende kosten en de provisies;

ii) een raming van de premies of bijdragen, alsmede een raming betreffende de schadegevallen;

d) met betrekking tot levensverzekering, een gedetailleerde prognose van de vermoedelijke uitgaven en ontvangsten, zowel wat de directe transacties en de geaccepteerde herverzekeringen als de cessies uit hoofde van herverzekering betreft.”

Ingevolge lid 3 mogen de lidstaten, die vergunning verlenen ingevolge art. 162 van de richtlijn, systematische mededeling eisen met betrekking tot levensverzekeringen van de verzekeringsonderneming. Deze mededeling heeft betrekking op de technische grondslagen die gehanteerd worden voor de berekening van de tarieven en de technische voorzieningen. Dit vereiste mag echter vooraf geen vereiste zijn voor de uitoefening van de werkzaamheden van een levensverzekeraar.

Art. 169 lid 2:

In art. 169 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van de scheiding van de werkzaamheden tussen het schade- en levensverzekeringsbedrijf. Meer specifiek gaat het om de bijkantoren die het schade- en levensverzekeringsbedrijf niet gelijktijdig mogen uitoefenen in dezelfde lidstaat.

In lid 2 van dit artikel wordt bepaald dat, anders dan in de hoofdregel opgenomen, de lidstaten mogen bepalen dat de bijkantoren waarop dit artikel betrekking heeft en die reeds beide werkzaamheden op het grondgebied van de desbetreffende lidstaat gelijktijdig uitoefenen, deze uitoefening mogen voortzetten, mits ze een gescheiden beheer voeren over elk van deze activiteiten. Door deze bepaling uit art. 169 wordt de mogelijkheid geboden voor de lidstaten om ervoor te kiezen om reeds bestaande praktijken, onder bepaalde voorwaarden, wel te bestendigen en dus ongelijkheid te creëren tussen de regels ten aanzien van bestaande bijkantoren en die betrekking hebben op nieuwe toetreders.

Art. 275 lid 1 en lid 2:

In art. 275 zijn bepalingen opgenomen betreffende de behandeling van de vorderingen uit hoofde van een verzekering.

In lid 1 van dit artikel is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldvorderingen uit hoofde van verzekering boven alle andere schuldvorderingen op het verzekeringsbedrijf worden gerangschikt. Dit gaan ze bereiken door een van de onderstaande twee werkwijze te volgen of beide werkwijze toe te passen:

“a) met betrekking tot de activa ter dekking van de technische voorzieningen zijn schuldvorderingen uit hoofde van verzekering absoluut bevoorrecht boven alle andere vorderingen op de verzekerings-onderneming; of

b) met betrekking tot de algehele activa van de verzekeringsonderneming zijn schuldvorderingen uit hoofde van verzekering bevoorrecht boven alle andere vorderingen op de verzekeringsonderneming, met als enige uitzonderingen:

i) vorderingen van werknemers uit hoofde van arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking;

ii) vorderingen van de fiscus;

iii) vorderingen van sociaalzekerheidsstelsels;

iv) vorderingen op activa waarop een zakelijk recht gevestigd is.”

Deze bepaling houdt drie verschillende keuzemogelijkheden voor de lidstaten in. Lid 2 van dit artikel houdt verder de optie in dat de lidstaten mogen voorschrijven, naast de keuze, die ze maken ingevolge lid 1, dat alle of een deel van de uitgaven in verband met de liquidatieprocedure van een (her)verzekeringsbedrijf, voorrang krijgen boven vorderingen uit hoofde van de verzekering. Hierbij is verder bepaald dat onder liquidatieproces wordt bedoeld de hiervoor in het nationale recht vastgelegde procedure.

In art. 278 zijn nadere bepalingen opgenomen ten aanzien van de lidstaten die de optie uit art. 275, lid 1 onder b) kiezen. Deze lidstaten dienen te bepalen dat elke verzekeringsonderneming de vorderingen, die ingevolge art. 275 lid 1 onder b) mogelijk bevoorrecht zijn, boven vorderingen uit hoofde van verzekering te allen tijde met activa dekt.

Een geharmoniseerd rechtskader kan van groot belang zijn voor verzekeringsondernemingen die hun producten in verschillende lidstaten willen aanbieden. Bij gelijke regels in verschillende lidstaten is de drempel voor een verzekeraar om zijn activiteiten op de interne markt aan te bieden en de kansen van deze markt beter te benutten, kleiner. Echter, in het geval van speciale voorschriften, die bijvoorbeeld door de afzonderlijke lidstaten aan een verzekeraar, die een risico in een lidstaat, anders dan in zijn zeteland, wil verzekeren, worden gesteld, zullen de drempels hoger worden en zullen de verzekeraars uit een andere lidstaat moeite hebben met het verwerven van een marktaandeel in een ander land dan hun zeteland. Voor deze bijzondere regels is wel ruimte in richtlijn Solvabiliteit II. Zie hiervoor bijvoorbeeld overweging 86 van de richtlijn:

“De lidstaten van ontvangst dienen van verzekeringsondernemingen die op hun grondgebied voor eigen risico de verplichte arbeidsongevallenverzekering aanbieden, te kunnen verlangen dat zij de specifieke voorschriften naleven die ten aanzien van deze verzekering in hun nationale wetgeving zijn opgenomen.”

Wel wordt in deze overweging onderstreept dat deze bevoegdheid van de lidstaten geen betrekking heeft op de voorschriften betreffende het financieel toezicht. Deze blijven onder de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat van herkomst.

14.3.5. Codificatie criteria betreffende prudentiële beoordeling

Hoe wordt een voorgenomen verwerving van een verzekeringsbedrijf of -portefeuille prudentieel beoordeeld? Welke criteria spelen een rol en hoe worden deze gewaardeerd als onderdeel van het geheel aan gestelde eisen?

In overweging 74 van richtlijn Solvabiliteit II is een opdracht opgenomen tot het codificeren van deze criteria. *“Het juridische kader bevat tot nog toe noch gedetailleerde criteria voor een prudentiële beoordeling van een voorgenomen verwerving noch een procedure voor de toepassing van deze criteria”*.

Doel van deze codificatie¹⁴⁰⁹ is het waarborgen van de rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot de regels van toepassing op de prudentiële beoordeling, het beoordelingsproces en het resultaat ervan.

Volgens art. 30 van richtlijn Solvabiliteit II valt het controleren van de solvabiliteit van de onderneming, van de samenstelling van de technische voorzieningen en van het aanwezige eigen vermogen onder het financiële toezicht op de verzekeraars. Reeds bij de Richtlijn 2007/44/EG¹⁴¹⁰ waren er criteria voor het financiële toezicht en procedures ingevoerd. Voor wat betreft de procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en het vergroten van de deelnemingen in de (her)verzekeringsondernemingen dienen de bepalingen van deze richtlijn te worden verwerkt in Richtlijn Solvabiliteit II. In dit kader is het interessant om stil te staan bij overweging 2 van de Richtlijn 2007/44/EG die ook de noodzaak van het vastleggen van criteria en procedures voor de prudentiële beoordeling onderstreepte: *“Dat juridische kader bevat vooralsnog geen gedetailleerde criteria voor een prudentiële beoordeling van de voorgenomen verwerving, noch een procedure voor de toepassing van deze criteria. Om te zorgen voor de nodige rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot het beoordelingsproces en het resultaat ervan dienen de criteria en het proces van prudentiële beoordeling verduidelijkt te worden.”*

Tussen de periode van de totstandkoming van richtlijn 2007/44/EG en richtlijn Solvabiliteit II lijkt weinig te zijn gebeurd ten aanzien van deze doelstelling.

In overweging 75 van Richtlijn Solvabiliteit II wordt alsnog het belang onderstreept van de maximale harmonisatie in de hele interne markt van de criteria en procedures die gelden ten aanzien van de vernoemde prudentiële beoordelingen bij een verwerving.

Over bepalingen betreffende solvabiliteit ingevolge richtlijn Solvabiliteit II heeft de Nederlandse rechter noch het HvJ uitspraak gedaan. Wel heeft het HvJ zich uitgelaten over de vraag of lidstaten verzekeraars kunnen verplichten om hun vrije vermogen in bepaalde categorieën activa te beleggen. Hier ging het om de vraag of de lidstaten verzekeraars mogen verbieden om zonder bijzondere vergunning in hun vrije vermogen aandelen te houden die meer dan 5% van alle stemrechten in een N.V. vertegenwoordigen. Hierbij speelde tevens de vraag of bepalingen uit de schade- en levensrichtlijnen betreffende de beleggingsvrijheid van de verzekeraars voor de nationale rechter tegenover de overheid ingeroepen zouden kunnen worden indien hiermee een nationale regel onverenigbaar is, zoals in de zaak Skandia.¹⁴¹¹ In dit arrest werd door het HvJ geoordeeld dat een verzekeraar binnen de grenzen van haar vrije vermogen¹⁴¹² wel het recht had om aandelen van een vennootschap te houden die geen verzekeringsactiviteiten verrichtte en dat de bepalingen van artikel 18, lid 1 van richtlijn 73/239, zoals gewijzigd bij artikel 26 van richtlijn 92/49, en van artikel 21, lid 1 van richtlijn 79/267, zoals gewijzigd bij artikel 27 van richtlijn 92/96 ingeroepen konden worden tegenover de overheid om een met deze regels onverenigbare regel van het nationaal recht buiten toepassing te laten.

Hier gaat het om de beleggingsvrijheid van de verzekeraar die wordt beschermd. De EU regels gaan over de minimumvereisten voor de door de verzekeraars aan te houden eigen vermogen.

¹⁴⁰⁹ Codificatie betekent het verenigen en vastleggen van verspreide regels, gewoonten en voorschriften in een wetboek.

¹⁴¹⁰ Hier gaat het om de Richtlijn 2007/44 van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector.

¹⁴¹¹ Zie het arrest HvJ EG 20 april 1999, C-241/97 (Försäkringsaktiebolaget Skandia), ECLI:EU:C:1999:179. In deze zaak had het HvJ antwoord gegeven op twee prejudiciële vragen inzake de uitleg van art. 18, lid 1 van de eerste schaderichtlijn (richtlijn 73/239/EEG), zoals gewijzigd bij art. 26 van de derde schaderichtlijn (richtlijn 92/49/EEG) en art. 21, lid 1 van de eerste levensrichtlijn (richtlijn 79/267/EEG) zoals gewijzigd bij art. 27 van de derde levensrichtlijn (richtlijn 92/96/EEG). Ook van vergelijkbare strekking is het arrest HvJ EG 21 september 2000, C-109/99 (ABBOI), ECLI:EU:C:2000:483.

¹⁴¹² Vrij vermogen is de activa die aanwezig zijn boven de activa die benodigd zijn ter dekking van de technische voorzieningen.

Nationale regels, die bepalingen bevatten betreffende het aanwenden van het eigen vermogen dat boven het minimumvereiste valt of juist het beperken hiervan, zijn niet goed te verenigen met de uitgangspunten van Richtlijn Solvabiliteit II. Deze uitgangspunten bevatten immers, met het oog op de solvabiliteit van de verzekeraars, minimumvereisten voor het eigen vermogen.

In overweging 67 van de richtlijn is bepaald dat uitgaande van een nieuwe risicogeoriënteerde benadering, principieel geen sprake is van het concept van kwantitatieve beleggingsbeperkingen en criteria voor de bepaling van in aanmerking komende activa. Deze regel laat echter wel ruimte toe om “*kwantitatieve beleggingsbeperkingen en criteria vast te stellen om risico's op te vangen die onvoldoende door een onder-module van de standaardformule worden bestreken*”.

In art. 133 van richtlijn Solvabiliteit II is verder bepaald dat de lidstaten wel de beleggingsvrijheid van de (her)verzekeringsondernemingen mogen beperken (lid 3), maar dat in de nationale wetgeving geen bepalingen mogen worden opgenomen inzake enige vorm van voorafgaande goedkeuring of verplichting tot systematische kennisgeving van de beleggingsbeslissingen (lid 2). Het is van belang bij de toepassing van deze regels om naast het Skandia arrest, ook rekening te houden met het arrest van het HvJ inzake de zaak C-109/99¹⁴¹³, waarin is bepaald dat verzekeringsondernemingen een orgaan met eigen rechtspersoonlijkheid mogen oprichten wanneer de inbreng van de verzekeraar in een dergelijk orgaan het bedrag van het vrije vermogen niet overschrijdt en de aansprakelijkheid van de verzekeraar tot de inbreng is beperkt. Beide arresten onderstrepen de eigen keuzemogelijkheden van de verzekeraars om met hun vrije vermogen investeringen te doen.

14.3.6. Toegang verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt

Naast de toegang van de aanbieders van de verzekeringsproducten tot de interne markt is het voor de goede werking van deze markt ook van groot belang dat ook afnemers van deze producten/diensten vrije toegang krijgen tot de op de interne verzekeringsmarkt beschikbare verzekeringsproducten/verzekeringsdiensten. Het HvJ oordeelde immers in het arrest *Betfair*¹⁴¹⁴ dat vrij verrichten van diensten zowel aan de dienstverrichter als de dienstenontvanger ten goede komt.

Om die reden is het van belang dat afnemers van verzekeringen (dienstenontvangers) ook mee kunnen profiteren van de mogelijkheden en positieve aspecten van de interne markt.

Hierbij spelen (i) het eigen belang van de private ondernemingen en (ii) de rechten van de verzekeringnemers op bijvoorbeeld gelijke behandeling een rol.¹⁴¹⁵

Aspirant verzekeringnemers uit een lidstaat zouden vrije toegang moeten krijgen tot de interne markt, teneinde hun keuzemogelijkheden te vergroten en hen te laten gebruikmaken van de door de interne markt geboden mogelijkheden zoals een breder scala van verzekeringsproducten en -diensten en mogelijk betere prijs en voorwaarden als gevolg van een concurrerende interne verzekeringsmarkt.

Deze verzekeringnemers zouden richting verzekeraars aanspraak kunnen maken op het gelijkheidsbeginsel, als hen enkel op basis van hun woonland toegang wordt geweigerd. Het gelijkheidsbeginsel biedt immers in het kader van het Unierecht mogelijkheden voor horizontale toepassing zoals in dit geval tussen twee private partijen, d.w.z. de verzekeraar en kandidaat verzekeringnemer.¹⁴¹⁶

Volgens Jansen¹⁴¹⁷ strekt de anti-discriminatiewetgeving zich tot alle rechtssubjecten uit, tot zowel de overheidssector als private sector. Dit onderstreept de horizontale werking van deze wetgeving.

Aangezien voornoemd Unierecht onder invloed van de rechtspraak van het HvJ¹⁴¹⁸ een recht is geworden waarop iedere burger van de Unie aanspraak kan maken¹⁴¹⁹, zouden de lidstaten ervoor moeten zorgen dat

¹⁴¹³ HvJ EG 21 september 2000, C-109/99 (ABBOI), ECLI:EU:C:2000:483.

¹⁴¹⁴ Zie r.o. 23 van het arrest HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), ECLI:EU:C:2010:307.

¹⁴¹⁵ Zie hierbij ook Thiery 2011, p. 5 over de mogelijk tegenstrijdige belangen tussen economische winstgevendheid van een verzekeraar in relatie tot de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel.

¹⁴¹⁶ Thiery 2011, p. 26. Volgens Jansen (Jansen 2012, p. 149) heeft het gelijkheidsbeginsel in bepaalde domeinen meer horizontale werking. Zie ook Koutrakos & Snell 2017, p. 54 over de horizontale werking van het Unierecht.

¹⁴¹⁷ Jansen 2012, p. 188. Zie ook Van Nuffel 2012, p. 17 over de beroepsmogelijkheden van particulieren op de rechtstreeks werkende EU normen.

¹⁴¹⁸ Zie de arresten: HvJ EG 13 december 1984, C-251/83 (Haug-Adrion), ECLI:EU:C:1984:397, HvJ EG 13 februari 1985, C-293/83 (Gravier/ Ville de Liège), ECLI:EU:C:1985:69 en HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87 (Cowan/ Trésor publiek), ECLI:EU:C:1989:47.

¹⁴¹⁹ Thiery 2011, p. 29.

alle voordelen die hun eigen burgers genieten, ook beschikbaar zijn voor de onderdanen en marktpartijen uit andere lidstaten.

Een bijzondere omstandigheid, die bij dit vraagstuk aan de orde komt, is het feit dat bij het uitsluiten van verzekeringnemers gevestigd of woonachtig in een andere lidstaat niet direct wordt gekeken naar het financiële risico maar dat enkel op basis van een kenmerk, dat dus vaak volledig losstaat van het financiële risico, wordt besloten om het verzoek van een aspirant verzekeringnemer af te wijzen of een verzekeringnemer niet meer te willen verzekeren. De maatstaf voor de acceptatie wordt dus een omstandigheid die los staat van de beoordeling van de ter verzekeren aangeboden risico's.¹⁴²⁰

Voor een verzekeringsonderneming is de precieze reikwijdte van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel in de relatie tussen een (aspirant) verzekeringnemer en verzekeraar van essentieel belang. In overweging 77 van richtlijn Solvabiliteit II is de doelstelling van de Europese wetgever opgenomen ten aanzien van de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt: *“In het kader van een interne markt is het in het belang van verzekeringnemers dat zij toegang hebben tot een zo breed mogelijk gamma van in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten. De lidstaat van het risico of de lidstaat van de verbintenis dient er derhalve op toe te zien dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt kunnen worden gebracht, voor zover dit niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in deze lidstaat gelden en voor zover dit algemeen belang niet door de voorschriften van de lidstaat van herkomst wordt gewaarborgd.”*

Kent deze overweging een rechtstreekse werking? Kunnen aspirant verzekeringnemers een rechtstreeks beroep doen op deze bepaling in het geval dat zij bijvoorbeeld op basis van hun nationaliteit of hun woonplaats geen toegang (meer) krijgen tot een bepaald door hen gewenste verzekeringsproduct?

Het is maar de vraag of deze doelstelling van de wetgever daadwerkelijk is te realiseren en of de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II hiermee een betere toegang van verzekeringnemers tot de interne markt kunnen waarborgen.

De toegang van aspirant verzekeringnemers tot een zo breed mogelijk scala van producten kan de Europese wetgever immers niet afdwingen, aangezien verzekeraars private ondernemingen zijn die zelf hun eigen acceptatievoorwaarden bepalen en in welke lidstaten en aan welke klanten zij hun producten willen aanbieden.

Volgens Jansen¹⁴²¹ is het nog niet met alle zekerheid te stellen dat het algemeen beginsel van het Unierecht betreffende non-discriminatie ook positieve verplichtingen oplegt op private partijen. Hierover zou het HvJ kunnen oordelen. Volgens Vansweelt & Weyts¹⁴²² kan een ongelijke behandeling door de verzekeraars mogelijk gerechtvaardigd worden. Van het discriminatieverbod kan immers worden afgeweken *“wanneer het gemaakte onderscheid objectief kan worden rechtvaardigd door een legitiem doel en wanneer de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn”*.¹⁴²³

In Nederland zijn, behalve ten aanzien van de zorgverzekeraars voor wat betreft de basisverzekering ingevolge de Zvw, geen bepalingen te vinden in de nationale wetgeving die bijvoorbeeld een autoverzekeraar of opstalverzekeraar dwingen om ook buiten Nederland geregistreerde voertuigen of buiten Nederland gelegen onroerende zaken te verzekeren.

Achmea Schade is marktleider in Nederland onder schadeverzekeringen.¹⁴²⁴ De belangrijkste label Centraal Beheer is een van de belangrijkste aanbieders van auto- en woonverzekeringen in Nederland. Om die reden zijn de acceptatievoorwaarden van deze verzekeraar nader onderzocht. Hierbij is gekeken naar de bepalingen van de polisvoorwaarden van Centraal Beheer betreffende de toegang van verzekeringnemers tot de auto- en woonverzekering van deze verzekeraar.

¹⁴²⁰ Thiery 2011, p. 592.

¹⁴²¹ Jansen 2012, p.161. Volgens Jansen zou een particulier een positieve verplichting van het gelijkheidsbeginsel kunnen inroepen indien de volgende omstandigheden zich voldoen: deze persoon zou een beroep kunnen doen op een recht (positieve verplichting van een private wederpartij) dat niet in de nationale omzetting van de anti-discriminatie-richtlijnen aanwezig is en verder zou het moeten gaan om een zaak die binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.

¹⁴²² Zie Vansweelt & Weyts 2016, p. 50 over een mogelijke rechtvaardiging van ongelijke behandeling door verzekeraars.

¹⁴²³ Vansweelt & Weyts 2016, p. 50.

¹⁴²⁴ Verbond, ‘Verzekerd van cijfers 2016’, p. 37. Uit dit rapport blijkt ook dat Achmea Schade de grootste brand- en autoverzekeraar is in Nederland (zie p. 39 t/m 41).

Ten aanzien van de autoverzekering van Centraal Beheer geldt dat een voertuig met niet-Nederlands kenteken¹⁴²⁵ niet wordt verzekerd. Verder wordt een reeds lopende autoverzekering stopgezet indien de verzekeringnemer naar een adres buiten Nederland verhuist.

In de voorwaarden voor woonverzekering van Centraal Beheer¹⁴²⁶ valt op dat er geen expliciete uitsluiting is opgenomen ten aanzien van verzekeringnemers uit andere lidstaten. Wel wordt bepaald dat verblijf voor langere tijd in buitenland gemeld dient te worden en ten aanzien van de dekking *Kostbaarheden buitenhuis* een verhuizing naar buitenland stopzetting van de verzekering met zich meebrengt. Uit deze voorwaarden blijkt echter niet of het sluiten van verzekeringen (anders dan autoverzekering waarvoor een Nederlands kenteken nodig is) open staat voor verzekeringnemers uit andere lidstaten.

Uit een apart onderzoek naar het werkelijke acceptatiegedrag van de verzekeraars zou moeten blijken of ze een aspirant verzekeringnemer uit een andere lidstaat net zo graag accepteren als een aspirant verzekeringnemer uit het eigen land. De site van Centraal Beheer geeft hierover geen informatie. Verder bevat deze site alleen informatie in het Nederlands, wat weer niet uitnodigend is voor buitenlandse aspirant verzekeringnemers om in contact te treden met deze schadeverzekeraar,¹⁴²⁷ ook al zou de door deze verzekeraar aangeboden dienstverlening ze aanspreken.

Gelet op het bovenstaande kan de vraag gesteld worden of de doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II zoals opgenomen in overweging 77 niet puur illusoir zijn. Verder blijkt uit richtlijn Solvabiliteit II niet hoe de aan de lidstaat van het risico of de lidstaat van de verbintenis gegeven opdracht om ervoor te zorgen dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt worden gebracht, zich verhoudt met de doelstelling om *verzekeringnemers toegang te bieden tot een zo breed mogelijk gamma van in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten*.¹⁴²⁸

14.3.7. Assurantiebelasting

De Europese wetgever gaat niet voorbij aan het onderwerp assurantiebelasting en meer specifiek het nationale karakter hiervan, als belemmerende factor voor de interne markt. In overweging 87 van richtlijn Solvabiliteit II worden de verschillen tussen de bestaande regelingen inzake assurantiebelasting en parafiscale heffingen tussen de lidstaten onderkend. Verder is ook vastgelegd dat richtlijn Solvabiliteit II deze verschillen niet kan wegnemen maar dat in ieder geval voorkomen moet worden dat de reeds bestaande verschillen en toekomstige wijzigingen tot ernstige concurrentieverstoring tussen de lidstaten gaan leiden.

De wetgever stelt in richtlijn Solvabiliteit II dat het een opdracht van de lidstaten is om regelingen te treffen teneinde deze heffingen en belastingen te innen. De Europese wetgever lijkt hiermee te willen zeggen dat hij op dit moment enkel de lidstaten kan oproepen om de door de nationale wet gestelde assurantiebelasting en andere heffingen te innen ook in grensoverschrijdende situaties, teneinde concurrentieverstoring op de verzekeringsmarkt te voorkomen.

Duidelijk is dat de realisatie van het ultieme doel van de Europese wetgever om deze belastingen te harmoniseren nog heel ver weg is. Tussentijds zouden toezicht op en effectieve handhaving van de naleving van bestaande regels ervoor moeten zorgen dat concurrentieverstoring op de interne markt wordt voorkomen.

Door de implementatie van de Tweede Schaderichtlijn¹⁴²⁹ in de nationale wetgeving van de lidstaten, is het principe ingevoerd dat verzekeringscontracten onderworpen zijn aan de belasting van de lidstaat waar het risico is gelegen.

De hoogte van de heffing en de beslissing of er assurantiebelasting wordt geheven berust dus bij de lidstaten, met aanzienlijke verschillen per lidstaat als gevolg.¹⁴³⁰ De regeling houdt in dat, indien van toepassing, assurantiebelasting aan de lokale fiscale autoriteiten dient te worden afgedragen.

¹⁴²⁵ Het opgeven van een kentekennummer is verplicht bij het afsluiten van de verzekering.

¹⁴²⁶ Zie polisvoorwaarden van de Woongarant verzekering van Centraal Beheer Achmea, www.centraalbeheer.nl/CB%20Downloads/woongarantverzekering-voorwaarden.pdf.

¹⁴²⁷ www.centraalbeheer.nl/verzekeringen/Paginas/overzicht.aspx?categorie=meest-gekozen.

¹⁴²⁸ Zie overweging 77 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁴²⁹ Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche.

¹⁴³⁰ Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 86 waarbij wordt verwezen naar de grote verschillen tussen de lidstaten voor wat betreft assurantiebelasting en de mogelijke gevolgen van deze verschillen.

Verzekeringsondernemingen, die buiten hun zetland risico's verzekeren, moeten ook bekend zijn met de bepalingen ten aanzien van assurantiebelasting en overige (para)fiscale heffingen¹⁴³¹ van het land waar het verzekerd risico is gelegen. Deze verzekeraars zullen bij de berekening van de buitenlandse assurantiebelasting rekening moeten houden met o.a.:

- het land waar het risico is gelegen;
- de branche waartoe het verzekeringsproduct behoort;
- bepalingen ten aanzien van assurantiebelasting en overige (para)fiscale heffingen ten aanzien van het verzekeringsproduct in het land waar het risico is gelegen;
- hoogte assurantiebelasting;
- hoogte overige (para)fiscale heffingen;
- wijze van afdracht van de assurantiebelasting en overige (para)fiscale heffingen.

In Nederland bevat de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna WBR) de relevante bepalingen ten aanzien van assurantiebelasting voor wat betreft de verzekeringen die dekking bieden voor in Nederland gelegen risico's.

Ingevolge art. 20 WBR wordt onder de naam 'assurantiebelasting' de belasting geheven ter zake van verzekeringen waarvan het risico in Nederland is gelegen en ter zake van daarmee samenhangende diensten.

Art. 21 WBR bevat een nadere uitleg van de in art. 20 WBR opgenomen begrenzing van de heffingsplicht in die zin dat heffing wordt berekend over de verzekeringen waarvan het risico in Nederland is gelegen. Ingevolge lid 1 van dit artikel is het risico van de verzekering in Nederland gelegen indien de verzekeringnemer in Nederland woont of, ingeval de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de vestiging van deze rechtspersoon waarop de verzekering betrekking heeft zich in Nederland bevindt.

Ingevolge lid 2 is tevens het risico van de verzekering in Nederland gelegen, indien lid 1 geen toepassing vindt en de verzekering betrekking heeft op:

- a) in Nederland gelegen onroerende zaken en de daarin bevindende roerende zaken, met uitzondering van voor doorvoer bestemde handelsgoederen;
- b) in Nederland ingeschreven motorrijtuigen;
- c) in Nederland geregistreerde schepen;
- d) in Nederland geregistreerde luchtvaartuigen;
- e) tijdens een reis of vakantie gelopen risico, indien de verzekering ter zake in Nederland is afgesloten en een looptijd van maximaal vier maanden kent.

Lid 1 en lid 2 WBR sluiten naadloos aan bij de definitie 'staat waar het risico is gelegen' uit de Wft.

Gelet op het bovenvermelde staat vast dat indien het verzekerde risico ingevolge de Wft in Nederland is gelegen dan is die ook onderworpen aan de verplichting tot het betalen van de assurantiebelasting ingevolge de WBR. Aangezien deze regeling aansluit bij een Europeesrechtelijke regel geldt voor de hele Unie dat het heffen van assurantiebelasting en eventuele (para)fiscale heffingen in dat land plaatsvindt waar het verzekerde risico is gelegen. Op basis van dit uitgangspunt is er altijd een lidstaat aan te wijzen die bevoegd is om belasting te heffen over de verzekerde risico's.

De wetgeving van de lidstaat waar het risico is gelegen is bepalend voor de maatstaaf van de heffing, tarief en vrijstellingen en de wijze van heffing (waaronder de verantwoordelijkheid voor het afdragen van de assurantiebelasting).

Voor wat betreft de levensverzekeringen bepaalde art. 50 lid 1 van de richtlijn 2002/83¹⁴³² dat elke levensverzekeringsovereenkomst uitsluitend onderworpen was aan de indirecte belastingen en parafiscale

¹⁴³¹ Onder (para)fiscale heffingen vallen o.a. bijdragen aan speciale fondsen, van slachtoffers, brandweer, hulpverlening, waarborgfonds motorrijtuigen, verzekeringsorganisaties.

¹⁴³² Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (*PbEG* L 345, p.1). Deze richtlijn is met ingang van 1 november 2012 ingetrokken en vervangen door 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).

heffingen op verzekeringspremies die bestaan in de lidstaat van de verbintenis.¹⁴³³ Verder was in lid 3 van dit artikel bepaald dat elke lidstaat zijn nationale bepalingen betreffende de maatregelen met het oog op de inning van de verschuldigde indirecte belastingen en parafiscale heffingen in de zin van lid 1, toepast op de verzekeringsondernemingen die op zijn grondgebied verbintenissen aangaan.

In de zaak RVS Levensverzekeringen tegen de Belgische staat¹⁴³⁴ kwam de uitleg van art. 50 van richtlijn 2002/83 aan de orde. In zijn arrest bepaalde het HvJ dat *“artikel 50 van richtlijn 2002/83 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een lidstaat een indirecte taks heft op levensverzekeringpremies die zijn betaald door verzekeringnemers die natuurlijke personen zijn en hun gewone verblijfplaats in deze lidstaat hebben, wanneer de betrokken verzekeringsovereenkomsten zijn afgesloten in een andere lidstaat waarin deze verzekeringnemers op de datum van het afsluiten van de overeenkomst hun gewone verblijfplaats hadden”*.

Hierbij gaf het HvJ voorkeur aan de statische uitleg van de bepaling.

*“de conclusie dat zowel het doel van voorkoming van dubbele belasting en niet-belasting als de vrijwaring van de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheden van verkeer van de verzekeringnemer pleit voor een statische uitlegging.”*¹⁴³⁵

Bij een dergelijke statische uitleg dient een verzekeringsonderneming de belastingregeling van een andere lidstaat alleen dan te eerbiedigen wanneer zij doelbewust beslist om een levensverzekering af te sluiten met een persoon wiens gewone verblijfplaats in die andere lidstaat is gelegen. In dat geval moet gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst evenwel alleen die belastingregeling worden toegepast.

Hierboven is toegelicht dat op het Gemeenschapsniveau duidelijke regels zijn gesteld ten aanzien van het land waar het risico is gelegen en wiens bepalingen inzake assurantiebelaasting gelden en waar deze belasting betaald dient te worden. Voor een verzekeraar, die de wet respecteert, zullen deze bepalingen geen extra moeilijkheid met zich meebrengen, omdat dezelfde verzekeraar eerder al bij de acceptatie het onderzoek naar de staat waar het risico is gelegen heeft uitgevoerd. Indien deze verzekeraar risico's verzekert, die buiten Nederland zijn gelegen, dan zal hij zich moeten verdiepen in de wetgeving inzake assurantiebelaasting en (eventuele) (para)fiscale heffingen van de lidstaat waar het risico is gelegen.

Uit het jaarlijkse overzicht van Insurance Europe inzake assurantiebelaasting in de EER zal hij een basis-kennis ter zake van deze regelingen kunnen verwerven.¹⁴³⁶

Hieronder wordt beknopt ingegaan op de verschillen van de wetgeving van de afzonderlijke lidstaten betreffende assurantiebelaasting. Deze verschillen zijn groot, mede gelet op verschillende historische ontwikkelingen die deze landen ten aanzien van belastingen hebben meegemaakt en hoe deze lidstaten tegen dit middel als onderdeel van hun nationale belastingstelsel en bron van overheidsinkomsten aankijken.¹⁴³⁷

Voornoemde historische ontwikkelingen zijn voornamelijk terug te vinden in het complexe systeem van parafiscale heffingen, die landen zoals België, Frankrijk, Spanje, Portugal kennen, maar ook in de afwezigheid van heffingen in enkele landen van Centraal -Oost Europa, die na de WOII een andere ontwikkeling van de verzekeringen en daaraan gerelateerd belastingheffing hebben gekend, dan lidstaten waar private ondernemingen onafgebroken hun activiteiten bleven uitvoeren na de WOII. Uit een vergelijking van de verschillende regelingen ten aanzien van de assurantiebelaasting in de EER landen blijkt dat Nederland een eenvoudig systeem van assurantiebelaasting kent. Ter illustratie volgt hieronder een toelichting over enkele kenmerken van dit systeem. Waar relevant wordt een afwijkend voorbeeld uit de wetgeving¹⁴³⁸ van een andere lidstaat toegelicht.

¹⁴³³ In de richtlijn werd onder de lidstaat van verbintenis verstaan: *“de lidstaat waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de lidstaat waar zich de vestiging van deze rechtspersoon bevindt waarop de overeenkomst betrekking heeft”*.

¹⁴³⁴ Zie het arrest HvJ EU 21 februari 2013, C-243/11 (RVS Levensverzekeringen), ECLI:EU:C:2013:85.

¹⁴³⁵ HvJ EU 21 februari 2013, C-243/11 (RVS Levensverzekeringen), ECLI:EU:C:2013:85.

¹⁴³⁶ Zie hiervoor het jaarlijks gepubliceerde document van Insurance Europe ‘Insurance taxation on insurance contracts in Europe’, www.insuranceeurope.eu/indirect-taxation-insurance-contracts-europe-2017. Sinds 2017 is de publicatie niet meer gratis toegankelijk.

¹⁴³⁷ Zie hierbij de ontwikkelingen van de assurantiebelaasting in Nederland de afgelopen 10 jaar, waarbij zelden naar de belangen van de verzekeringnemer en de maatschappelijke rol van het verzekeren is gekeken, maar uitgegaan is van de behoeften van de staatskas.

¹⁴³⁸ Als bron voor de voorbeelden uit de wetgeving uit de overige lidstaten wordt gebruik gemaakt van de informatie afkomstig van het document van Insurance Europe, ‘Insurance taxation on insurance contracts in Europe 2016’.

In art. 22 WBR zijn bepalingen opgenomen betreffende de maatstaf van de heffing.

Ingevolge lid 1 wordt de belasting berekend over de premie¹⁴³⁹, evenals over de vergoeding van de diensten die met de verzekering samenhangen. In andere lidstaten bestaan bepalingen op basis waarvan niet de premie maar de verzekerde som de maatstaf van de heffing vormt.¹⁴⁴⁰ Verder kan de waarde van de verzekerde goederen¹⁴⁴¹ of de premie vermeerderd met een andere belasting¹⁴⁴² de maatstaf vormen voor de heffing of er wordt simpelweg per aantal afgesloten verzekeringsovereenkomsten belasting betaald, ongeacht de hoogte van de premie of de waarde van verzekerde goederen.¹⁴⁴³

In Nederland is in art. 23 WBR bepaald dat de assurantiebelasting 21% van de premie bedraagt. Dit tarief geldt voor alle verzekeringen die niet vrijgesteld zijn van de assurantiebelasting.

Een vergelijking van het Nederlandse tarief voor de assurantiebelasting met de bestaande regelingen inzake het tarief van de assurantiebelasting uit andere lidstaten doet concluderen dat:

1. het systeem van één standaard tarief voor alle typen verzekeringen is eerder uitzondering dan regel.
2. het tarief is vrij hoog ten opzichte van de tarieven uit meerdere lidstaten, maar is zeker niet de hoogste binnen de EER landen.

Hierna worden de voornoemde conclusies kort onderbouwd.

Ad.1. In Nederland geldt een standaard tarief voor alle niet vrijgestelde verzekeringsproducten, ongeacht de hoogte van de verzekerde som en/of van het aantal verzekerden op een polis. In de overige lidstaten zien we verschillende systemen ten aanzien van de tariefstelling van de niet vrijgestelde verzekeringen:

- Verschillen in percentage assurantiebelasting per verzekeringsproducten, zoals in Oostenrijk, België, Kroatië, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, Portugal, Roemenië en Verenigd Koninkrijk.
- Ingewikkelde berekeningswijze zoals in Duitsland betreffende brandverzekeringen waarbij voor de assurantiebelasting 22% van 60% van de premie wordt berekend en daarnaast nog een parafiscale heffing voor de brandweer die 22% van 40% van de premie bedraagt.
- Verschillende indeling in productgroepen per land waardoor het voor een verzekeraar die in meerdere landen risico's verzekert, niet eenvoudig is te bepalen welke classificatie men kan volgen teneinde de verzekeringsproducten efficiënt, volgens de in de fiscale wetgeving opgenomen verdeling, te groeperen.
- Verschillende soorten belastingen per product waardoor het berekenen en afdragen van deze bedragen complexer worden dan in Nederland. In België worden over meerdere categorieën verzekeringsproducten vier verschillende soorten belastingen berekend en afgedragen, vaak ook aan verschillende instanties. In Portugal dient de verzekeraar, die een verzekering ter dekking van bedrijfsongevallen en WA motorrijtuigen sluit, zelfs met 5 afzonderlijke belastingen rekening te houden.

Ad 2. Het Nederlandse tarief van 21 percent is vrij hoog binnen de EER. In andere landen kan per product het percentage verschillen. Over enkele producten wordt dan een lager percentage berekend, over andere producten een veel hoger. Verder dient niet alleen naar het percentage assurantiebelasting gekeken te worden maar ook naar de optelsom van alle fiscale heffingen per product.

Voor de overzichtelijkheid worden de EER landen in de volgende categorieën verdeeld:

1. landen waarbij het hoogste totale percentage aan assurantiebelasting en overige heffingen de 10% niet overstijgt;

¹⁴³⁹ Ingevolge art. 22, lid 2 WBR wordt onder premie verstaan het totale bedrag dat in verband met de verzekering in rekening is gebracht, exclusief de assurantiebelasting. Indien de tegenprestatie bij een verzekering niet in een geldsom bestaat, dan wordt onder premie verstaan de totale waarde van de tegenprestatie die in verband met de verzekering in rekening is gebracht.

¹⁴⁴⁰ Zie hiervoor Oostenrijk, Duitsland ten aanzien van hall, Denemarken ten aanzien van yacht hull, Iceland ten aanzien van brandverzekeringen.

¹⁴⁴¹ Zoals in het Verenigd Koninkrijk bij brandverzekeringen.

¹⁴⁴² Zoals bij Oostenrijk bij de WAM verzekering.

¹⁴⁴³ Zie hiervoor Cyprus in de vorm van stamp duty, Frankrijk voor medische aansprakelijkheid waarbij per verzekerd persoon wordt belasting betaald, Ierland stamp duty per schadeverzekeringsovereenkomst.

2. landen waarbij het hoogste totale percentage aan assurantiebelasting en overige heffingen de 20 % niet overstijgt;
3. landen waarbij het hoogste totale percentage aan assurantiebelasting en overige heffingen de 30 % niet overstijgt;
4. landen waarbij in ieder geval ten aanzien van enkele producten het percentage aan assurantiebelasting en overige heffingen de 30 % overstijgt;

Voor de indeling in deze categorieën en de hiernavolgende toelichting zijn de voor 2016 geldende tarieven gebruikt.

Categorie 1

In deze categorie vallen de volgende landen: Cyprus, Tsjechische Republiek, IJsland, Ierland, Liechtenstein, Polen, Roemenië, Slowakije en Zwitserland. Binnen deze categorie zijn er ook grote verschillen voornamelijk tussen Polen, dat slechts ten aanzien van één verzekeringsproduct assurantiebelasting kent, Roemenië, dat per product zeer lage (tussen 0,25 en 2) percentages aan belastingen kent en landen zoals Luxemburg en Liechtenstein, die naast lagere percentages enkele uitschieters tot 10% kennen, en verder ook veel producten vrijgesteld hebben van assurantiebelasting.

Categorie 2

In deze categorie vallen de volgende landen: Oostenrijk, Kroatië, Malta, Slovenië, Spanje en het Verenigd Koninkrijk. In deze categorie zijn veel uitschieters voor afzonderlijke producten, ingewikkelde berekeningsmethodiek en ook een stabiel beeld met een standaard percentage van 11% en vrijgestelde verzekeringsproducten zoals in Malta.

Categorie 3

In deze categorie vallen de volgende landen: België, Finland, Duitsland, Griekenland, Italië, Nederland en Portugal. De tarieven variëren tussen 21% in Nederland en voor enkele producten geldende totaalbelasting van 27,10% in België en 27,25% in Italië.

Categorie 4

In deze categorie vallen de volgende landen: Denemarken, Hongarije, Frankrijk en Zweden. Ook in deze categorie is het beeld gemengd, variërend van uitschieters tot boven 30% naast overige lagere percentages (zoals Denemarken en Hongarije), een vrij hoog totaal percentage assurantiebelasting in Zweden voor enkele producten (32% autoverzekering en 45% van 95% van de premie bij levensverzekeringen) naast een vrijstelling voor alle overige verzekeringsproducten.

Frankrijk vertoont een combinatie van uitschieters zoals 35% bij WA-auto, naast lagere percentages voor andere producten, veel vrijstellingen en een ingewikkeld (zeker in vergelijking met Nederland) systeem van het berekenen en afdragen van de assurantiebelasting en overige heffingen.¹⁴⁴⁴

Art. 24 WBR bevat bepalingen inzake de vrijstellingen die gelden ten aanzien van de assurantiebelasting. Deze vrijstellingen zijn van toepassing op de in de wet limitatief benoemde verzekeringsproducten die betrekking hebben op in Nederland gelegen risico's.

In Nederland zijn de volgende verzekeringsproducten van assurantiebelasting vrijgesteld: transport-, her- en exportkredietverzekeringen, ziektekostenverzekeringen waaronder zorgverzekeringen als bedoeld in de Zvw, levens-, ongevallen-, invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, werkloosheidsverzekeringen, verzekeringen van zeeschepen, met uitzondering van pleziervaartuigen, alsmede verzekeringen van luchtvaartuigen welke hoofdzakelijk als openbaar vervoermiddel in het internationale verkeer worden ingezet.

Zodra een verzekeringsovereenkomst betrekking heeft op een van de vrijgestelde producten en het risico is in Nederland gelegen, dan zal er geen assurantiebelasting over de verzekeringspremie berekend moeten worden. In lid 2 van art. 24 WBR is verder bepaald dat indien een samengestelde verzekering (zie ook een pakketverzekering) een of meer vrijgestelde verzekeringsproducten omvat, de vrijstelling wordt toegepast op het deel van de verzekeringspremie dat aan de vrijgestelde verzekeringsproducten is toe te rekenen.

Vrijstelling van een verzekeringsproduct van assurantiebelasting en of van andere (para)fiscale heffingen is niet alleen een Nederlands fenomeen. In bijna alle lidstaten bestaat een systeem waarin een variërend aantal

¹⁴⁴⁴ Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 86.

verzekeringsproducten is vrijgesteld van assurantiebelasting. Vrijstelling heeft verschillende redenen: kan verband houden met het sociaal karakter van een bepaald verzekeringsproduct, met het maatschappelijk belang dat wordt toegekend aan een bepaald verzekeringsproduct¹⁴⁴⁵, maar ook met internationale gewoontes die een land wil respecteren teneinde handel te (blijven) bevorderen. Landen verschillen in hun vrijstellingsregelingen, dus een product kan in een lidstaat vrijgesteld zijn van assurantiebelasting terwijl in andere lidstaat wel onder de heffing valt.

Uit het overzicht 2016¹⁴⁴⁶ van Insurance Europe blijken grote verschillen tussen de lidstaten. Voor wat betreft de zorgverzekeringen, uitgaande van de kwalificatie schadeverzekering in Branche 2 en zonder onderscheid te maken tussen de verzekeringen, die voortvloeien uit het sociale zekerheid systeem van een lidstaat, en overige verzekeringsproducten gericht op de zorgkosten, gelden uiteenlopende regelingen in de lidstaten. Waar in Nederland de basis- en aanvullende zorgverzekeringen vrijgesteld zijn van de assurantiebelasting kennen de volgende lidstaten wel assurantiebelasting of andere heffingen ten aanzien van deze verzekering: Oostenrijk, België, Kroatië, Cyprus, Frankrijk, Griekenland, Italië, Portugal, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk. De overige lidstaten kennen een met Nederland vergelijkbare vrijstelling ten aanzien van de zorgverzekering.

In dit proefschrift is eerder het voorbeeld van de Nederlandse zorgverzekeraars aan de orde gebracht. Deze verzekeraars kennen een acceptatieplicht ten aanzien van verplicht verzekerde personen, waarvan een deel ingevolge de bepaling uit de Wft ten aanzien van de staat waar het risico is gelegen, als buiten Nederland gelegen risico beschouwd kan worden. Zorgverzekeringen in Nederland zijn vrijgesteld van assurantiebelasting. Zorgverzekeraars, die deze producten aanbieden in Nederland, zijn gewend aan deze vrijstelling. Echter, wanneer ze buiten Nederland gelegen risico's verzekeren, moeten ze ook nagaan waar het risico is gelegen en wat de regels zijn ten aanzien van assurantiebelasting in de lidstaat waar het desbetreffende risico is gelegen.

De Nederlandse acceptatieplicht ten aanzien van zorgverzekeringen is geen standaard regel. In de meeste gevallen kunnen zorgverzekeraars uit andere lidstaten wel een keuze maken tussen wel of niet verzekeren van een buiten hun zetland gelegen risico en ze zijn dan ook niet verbonden aan de acceptatieplicht ten aanzien van bepaalde groepen. Indien deze zorgverzekeraars uit andere lidstaten, middels de vrijheid van vestiging of vrije dienstverrichting Nederlandse zorgverzekeringen willen aanbieden, zullen zij ook rekening moeten houden met het feit dat door het aanbieden hiervan zij ook onderworpen zijn aan de acceptatieplicht waarmee zij ook buiten Nederland gelegen risico's zullen moeten verzekeren. Hierbij is voor deze verzekeraar niet voldoende om te weten dat in Nederland de zorgverzekering vrijgesteld is van de assurantiebelasting. Ook zou hij bekend moeten zijn met de regels ten aanzien van assurantiebelasting uit andere lidstaten.

Uiteraard geldt voor deze verzekeraar dat door het verzekeren van risico's gelegen in landen waar de zorgverzekering niet is vrijgesteld van assurantiebelasting, hij automatisch assurantiebelasting verschuldigd is en dat het desbetreffende land ook heffingsbevoegdheid heeft ter zake van deze belastingen. Duidelijk is dat verzekeraars, die risico's verzekeren gelegen in een lidstaat waar het verzekeringsproduct niet vrijgesteld is van assurantiebelasting, deze verplichting om assurantiebelasting af te dragen moeten naleven.

Maar wie controleert deze verzekeraars op de naleving van deze regels? En wie houdt rekening met de risico's verbonden aan niet-naleving? Hoe kan voorkomen worden dat een ongelijk speelveld ontstaat tussen de verzekeraars die de regels keurig naleven en verzekeraars die in grensoverschrijdende situaties de regels negeren? Wat betekent in deze situatie een mogelijk gebrek aan monitoring en handhaving van de naleving van deze voorschriften?

Een ander belangrijk aspect bij het onderwerp assurantiebelasting op de interne verzekeringsmarkt is de wijze van heffing. Wie is verantwoordelijk voor het berekenen en het afdragen van de assurantiebelasting?

In art. 25 WBR is inzake de heffing een uitgebreide regeling opgenomen van toepassing op Nederlandse risico's. Overige lidstaten hebben eveneens soortgelijke regelingen, maar deze wijken vaak af van elkaar.

¹⁴⁴⁵ Duijkersloot 1995, p. 17 stelt dat de verzekeraar, met de verschaffing van het verzekeringsproduct, een bijdrage levert in de vervulling van een van de meest fundamentele behoeften van de mens, de behoefte aan zekerheid en veiligheid.

¹⁴⁴⁶ Zie het document van Insurance Europe, 'Insurance taxation on insurance contracts in Europe 2016'.

Een relevant voorbeeld heeft betrekking op de aansprakelijkheid voor het afdragen van de assurantiebelasting.

In art. 25 leden 1 t/m 4 WBR is bepaald bij wie de assurantiebelasting wordt geheven. Ingevolge lid 1 van dit artikel wordt bij een verzekering gesloten door tussenkomst van een bemiddelaar, de assurantiebelasting door die bemiddelaar geheven indien hij ter zake van de verzekering de premie int of doet innen en wanneer er sprake is van een verzekering gesloten bij een gevolmachtigd agent of het risico van de verzekering krachtens een polis wordt gedragen door tenminste twee verzekeraars (zie co-assurantie) of de bemiddelaar jegens de verzekeraar aansprakelijk is voor de verschuldigde premie of wanneer de polis of het aanhangsel van de polis niet door de verzekeraar is of wordt opgemaakt.

Ingevolge lid 2 wordt de assurantiebelasting over verzekeringen welke zijn gesloten bij een gevolmachtigd agent, steeds geheven bij die agent, tenzij het hierboven toegelichte lid 1 van toepassing is. Ingevolge lid 3 wordt de assurantiebelasting geheven bij de bemiddelaar, indien en voor zover deze de vergoeding ontvangt van een ander dan de verzekeraar die in Nederland is gevestigd. Voor het geval dat er geen sprake is van een situatie zoals geregeld in de leden 1 t/m 3, wordt ingevolge lid 4 bepaald dat de belasting geheven wordt door de verzekeraar, mits deze in Nederland is gevestigd. Hier kan men denken aan de situatie van een direct writer waar zonder tussenkomst van een bemiddelaar of gevolmachtigd agent, door de verzekeraar een verzekeringsovereenkomst wordt gesloten met de verzekeringnemer.

Uit de beoordeling van de soortgelijke regelingen uit de overige lidstaten¹⁴⁴⁷ blijkt dat ook ten aanzien van de verantwoordelijkheid voor het innen en afdragen van de assurantiebelasting en overige (para)fiscale heffingen verschillen per lidstaat bestaan. Voor wat betreft de soortgelijke regelingen beperkt dit onderzoek zich tot de bepalingen, die betrekking hebben op de verzekeringen, die door in dezelfde lidstaat gesloten verzekeraars zijn gesloten met of zonder tussenkomst van een bemiddelaar of broker. Hierbij geldt de hoofdregel dat de verzekeraar verantwoordelijk is voor het innen en afdragen van de assurantiebelasting en overige heffingen. In verschillende landen komen nog aanvullingen op deze hoofdregel. Zoals in België, waar de in dat land gevestigde brokers of makelaar verantwoordelijk is voor de assurantiebelasting, mits deze betrokken is bij contracten betreffende risico's die in België zijn gelegen. In alle overige gevallen zijn de in België gevestigde verzekeraars verantwoordelijk voor de assurantiebelasting.

In Duitsland is de verzekeraar verantwoordelijk voor het innen en betalen van de brandweertaks. Ten aanzien van de assurantiebelasting geldt echter de verantwoordelijkheid van de verzekeringnemer. Echter, wanneer de verzekeraar zijn hoofdkantoor of bijkantoor heeft in Duitsland, dan dient die deze de bedragen zelf te declareren aan de belastingdienst en te betalen namens de verzekeringnemer. In Oostenrijk blijft de verzekeraar steeds hoofdelijk aansprakelijk naast de bemiddelaar indien de verzekeringsovereenkomst door de tussenkomst van deze laatste tot stand is gekomen.

In het Verenigd Koninkrijk wordt de assurantiebelasting betaald door de verzekeraar of door de afdrachtplichtige tussenpersoon. In Denemarken is de verzekeraar verantwoordelijk voor alle fiscale heffingen. Voor een deel hiervan (assurantiebelasting van 1,1% ten aanzien van brandverzekeringen) geldt echter de medeaansprakelijkheid van de verzekerde.

Naast de hierboven toegelichte regelingen verbonden met het berekenen, innen en afdragen van de assurantiebelasting zijn nog talloze bepalingen van toepassing op de assurantiebelasting. Voorbeelden hiervan zijn het tijdstip waarop de assurantiebelasting betaald moet worden, periodiciteit van de betalingen, aanstellen van de fiscale vertegenwoordiger, regelingen bij het uitblijven van de betaling van de assurantiebelasting, mogelijkheden tot het terugvorderen van de assurantiebelasting, regels ten aanzien van (para)fiscale heffingen en de bevoegdheid voor het heffen van deze bedragen.

Aangezien in dit proefschrift deze regelingen enkel als toelichting betreffende de aard van de assurantiebelasting en de uiteenlopende regelingen in de verschillende lidstaten dienen, en dus niet bedoeld zijn om een uitputtende behandeling van de assurantiebelasting weer te geven, worden ze niet nader behandeld.

De toelichting hierboven inzake het systeem van assurantiebelasting, vrijstelling en wijze van heffing is opgesteld om te illustreren hoe ingewikkeld een eventuele harmonisatiepoging van deze nationale regels zou kunnen worden. Tevens dient deze toelichting om aan te tonen dat zelfs de beperkte doelstelling, die de

¹⁴⁴⁷ Zie hiervoor het document van Insurance Europe, 'Insurance taxation on insurance contracts in Europe'.

Europese wetgever in overweging 87 van richtlijn Solvabiliteit II stelde, vrij ambitieus of zelfs onrealistisch is.

Gelet op de hierboven beschreven regelgeving en de handhavingsmogelijkheden van het innen van de assurantiebelasting bij grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten bevat overweging 87 verder een onduidelijke opdracht. In deze overweging wordt immers gesteld dat het voorkomen moet worden dat de bestaande verschillen tussen de lidstaten ten aanzien van de regels betreffende de assurantiebelasting ernstige concurrentievervalsing tussen de lidstaten op het gebied van verzekeringsdiensten met zich brengen.¹⁴⁴⁸ De wetgever geeft verder aan dat in afwachting van een latere harmonisatie, de toepassing van de belastingregelingen en de andere heffingen van de lidstaten waar de verzekerde risico's zich bevinden of waar de verbintenissen zijn aangegaan, het probleem kan verhelpen. Tevens is het aan de lidstaten om regelingen te treffen opdat deze heffingen en belastingen worden geïnd.¹⁴⁴⁹

Uit de formulering "*het is aan de lidstaten om regelingen te treffen*" volgt de conclusie dat het innen van de heffingen en belastingen, die verband houden met de verzekeringsovereenkomsten, een nationale aangelegenheid is. De nationale belastingautoriteiten van de afzonderlijke lidstaten zouden zich moeten inspannen om assurantiebelasting te innen over verzekeringsovereenkomsten die door verzekeraars met zetel in een andere lidstaat worden gesloten en die betrekking hebben op risico's gelegen in het land van de bevoegde belastingautoriteit. Duidelijk is dat de meeste belastingautoriteiten weinig aandacht hebben voor de assurantiebelasting en als die er is dan zijn ze vooral gericht op de verzekeraars met zetel in hun eigen land of gevestigd in hun eigen land.¹⁴⁵⁰ Verder beschikken de belastingautoriteiten over onvoldoende informatie over de via bijkantoor of via vrije dienstverrichting gesloten verzekeringsovereenkomsten.

De belastingautoriteiten zouden speciaal aandacht moeten hebben voor de assurantiebelasting bij grensoverschrijdende verzekeringen en de bedrijfsprocessen zodanig inrichten dat de nodige informatie voor belastingheffing voorhanden is.

Mogelijk zullen de belastingautoriteiten pas in actie komen wanneer ze een aanzienlijk deel van de assurantiebelasting, waarop ze op basis van historische gegevens rekenen, niet meer zullen ontvangen. Tot die tijd is er onvoldoende aandacht, capaciteit en instrumentarium om daadwerkelijk te voldoen aan de eis om in het eigen land te zorgen voor het innen van de verschuldigde assurantiebelasting en overige heffingen. En zelfs in dat geval is het maar de vraag of er voldoende wil zal zijn om de situatie grondig te onderzoeken en adequaat te handhaven in plaats van het opnieuw verhogen van het percentage van assurantiebelasting om hiermee het door het onvoldoende toezicht en handhaving gecreëerde gat te dichten. Dit zou het negatieve effect op de concurrentiepositie van de verschillende verzekeraars verder vergroten.

Gelet op het feit dat het monitoren en handhaven van de regels betreffende de assurantiebelasting onvoldoende gewaarborgd zijn, kunnen verzekeraars mogelijk zich permitteren om bij het sluiten van een grensoverschrijdende verzekering geen assurantiebelasting te rekenen en/of af te dragen. Hiermee wordt de concurrentie tussen deze ondernemingen en de verzekeraars, die de regels correct naleven, mogelijk ernstig verstoord, aangezien, zoals in de toelichting hierboven is uiteengezet, de assurantiebelasting inclusief (para)fiscale heffingen meer dan 30% van de premie kan betekenen.

Onduidelijk is wat de Europese wetgever doet teneinde de mogelijke verschillen en het gebrek van een effectieve handhaving van het afdragen van de assurantiebelasting te voorkomen. Tot dit probleem is opgelost is er mogelijk sprake van concurrentievervalsing tussen de verschillende verzekeraars op de interne

¹⁴⁴⁸ Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 91 over mogelijke verplaatsting van risico's als reactie op de grote verschillen tussen de lidstaten.

¹⁴⁴⁹ Zie Lambert-Faivre & Leveneur 2011, p. 88 met verwijzing naar gebrek aan harmonisatie van deze regelingen binnen de interne markt.

¹⁴⁵⁰ Uit mijn eigen jarenlange ervaring met het berekenen en afdragen van buitenlandse assurantiebelasting concludeer ik dat enkele lidstaten zich wel voldoende inspannen voor het heffen van de assurantiebelasting bij buitenlandse verzekeraars. Zelfs bij deze autoriteiten gaat de aandacht voornamelijk uit naar de zakelijke verzekeringen, aangezien op basis van de boeken van verzekerde bedrijven voldoende informatie gehaald kan worden over de verzekeringen van deze bedrijven. Dat betekent ook dat op basis van de gegevens over de verzekeringen kan in het systeem van de belastingautoriteit gecontroleerd worden of over de premie behorend bij een specifieke verzekeringsovereenkomst assurantiebelasting is afgedragen. Voor wat betreft consumenten heeft de belastingautoriteit uit het woonland van de consument zelden informatie op basis waarvan zou kunnen veronderstellen dat over de premie van een bepaalde verzekeringsovereenkomst gesloten tussen een consument-verzekeringnemer en verzekeraar geen assurantiebelasting is afgedragen.

verzekeringmarkt. Dat betekent dat er onvoldoende waarborgen bestaan voor een gelijk speelveld op de interne verzekeringmarkt.

14.3.8. Toepassing artikel 7 Verordening Rome I

In overweging 88 van richtlijn Solvabiliteit II is het belang van verordening Rome I onderstreept:

‘De lidstaten waar Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) niet van toepassing is, dienen, overeenkomstig deze richtlijn, de bepalingen van die verordening toe te passen om te bepalen welk recht van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten die binnen de werkingssfeer van artikel 7 van genoemde verordening vallen.’

Deze bepaling gaat specifiek over de verzekeringsovereenkomsten die binnen de werkingssfeer van art. 7 Rome I vallen.

In hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.2 van dit proefschrift is verordening Rome I uitvoerig behandeld. Verder zijn in hoofdstuk 9, paragraaf 9.4. e.v. de artikelen uit Rome I, die relevant zijn voor de rechtskeuze bij een verzekeringsovereenkomst, uitgebreid toegelicht. Duidelijk is dat de wetgever middels de voornoemde overweging van richtlijn Solvabiliteit II wenste te benadrukken dat Rome I zelfs in de lidstaten waar Rome I en meer specifiek art. 7 niet standaard wordt toegepast en dus ook ten aanzien van bijkantoren van verzekeraars met zetel buiten de EER-landen in een van de lidstaten, toepassing zal vinden op alle verzekeringsovereenkomsten die gesloten worden ten aanzien van risico's gelegen in de lidstaten. Dit brengt met zich mee dat overal in de Gemeenschap gelijke, objectieve verwijzingsregels gelden ten aanzien van de rechtskeuze bij verzekeringsovereenkomsten die betrekking hebben op risico's die buiten de categorie grote risico's vallen.

Deze zorg is begrijpelijk aangezien Rome I niet verbindend, noch van toepassing is in Denemarken. Het Verenigd Koninkrijk heeft op 24 juli 2008, na een periode van onzekerheid, zijn voornemen bekend gemaakt¹⁴⁵¹ om gebruik te maken van het recht van ‘opt-in’¹⁴⁵², waardoor de verordening ook in het Verenigd Koninkrijk van toepassing is.¹⁴⁵³ Verder kent de verordening geen rechtstreekse toepassing voor de landen die geen lidstaat zijn.

In overweging 32 van de preambule bij de Rome I is de wens van de Europese wetgever opgenomen om voor bepaalde overeenkomsten en de contractpartijen bij deze overeenkomsten (passagiers en polishouders) een uitzonderings situatie te creëren ten aanzien van het toepasselijk recht. De vrijheid om een willekeurig rechtsstelsel te kiezen die van toepassing is op deze overeenkomsten, is beperkt met als doel om ‘*een adequaat beschermingsniveau*’ voor passagiers en polishouders te waarborgen, voor wat betreft de in art. 5 lid 2 en art. 7 lid 3 Rome I bedoelde vervoers- en verzekeringsovereenkomsten. Hier is verder niet toegelicht waarom een bijzonder beschermingsniveau noodzakelijk is ten aanzien van voornoemde categorie contractpartijen. Wel is het duidelijk dat de wetgever hiermee enerzijds een bepaald groep passagiers/verzekeringnemers wil beschermen, die vaak kiezen op basis van de hoogte van de prijs/premie en bij het sluiten van de overeenkomst meestal niet bewust/geïnteresseerd zijn in het op de overeenkomst toepasselijke recht. Anderzijds, voor het geval van verzekeringsovereenkomsten, beoogt deze beperking van de partijautonomie ook een bepaalde investering/voorbereiding van de verzekeraar, die bij het verzekeren van buiten zijn zeteland gelegen risico's, bewust zou moeten zijn van de regels die er gelden in het ontvangstland.

Maar kunnen dwingendrechtelijke bepalingen van een lidstaat art. 7 van Rome I opzij zetten?

Hierover heeft het HvJ zich nog niet uitgesproken. Wel heeft het HvJ op 18 oktober 2016 in de zaak Nikiforidis¹⁴⁵⁴ een voor de toepassing van art. 7 Rome I relevante uitspraak gedaan door te bepalen dat art. 9 Rome I aldus moet worden uitgelegd dat het uitsluit dat de aangezochte rechter kan bepalen dat andere bepalingen van bijzonder dwingend recht dan die van de forumstaat of de staat waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, kunnen worden toegepast. Wel oordeelde het HvJ, dat art. 9 Rome I niet in de weg staat en dat met de voornoemde bepalingen van

¹⁴⁵¹ Zie 2007/0282 (COD), 12143/08, Raad van de Europese Unie, opt-in regeling Verenigd Koninkrijk.

¹⁴⁵² Opt-in regeling in overeenstemming met art. 3 van het protocol betreffende het Verenigd Koninkrijk en Ierland, dat aan het Verdrag betreffende de EU en aan het Verdrag tot oprichting van de EG is gehecht, zie Van Wechem & Pontier 2008, p. 5.

¹⁴⁵³ Voor de positie van het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en de EFTA landen zie Lando & Nielsen 2007, p. 29.

¹⁴⁵⁴ Zie het arrest HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15 (Nikiforidis), ECLI:EU:C:2016:774.

dwingend recht rekening wordt gehouden voor zover daarin voorzien is in een materiële regel van het recht dat krachtens de bepalingen van deze verordening op de overeenkomst van toepassing is. Reden hiervoor is gelegen in het feit dat Rome I collisieregels betreffende de verbintenissen uit overeenkomst harmoniseert en niet de regels van het materiële verbintenissenrecht¹⁴⁵⁵.

Indien aan een nationale rechter zou worden toegestaan bepalingen van bijzonder dwingend recht uit de jurisdictie van een lidstaat toe te passen, zonder dat die jurisdictie van toepassing is op de overeenkomst, zouden de doelstellingen van verordening Rome I, die ingevolge overweging 16 van de verordening, het zorgen voor rechtszekerheid in de Europese rechtsruimte is, in gevaar worden gebracht.

Toepassen van art. 7 Rome I op alle partijen, die actief zijn op de interne markt, levert een bijdrage in het gelijke speelveld en rechtsbescherming van een deel van de verzekeringnemers die volgens de Europese wetgever deze bescherming nodig hebben.

14.3.9. Gelijke behandeling verzekeringnemers en begunstigden

In paragraaf 14.3 van dit hoofdstuk is kort ingegaan op de doelstelling van de wetgever zoals die is verwoord in overweging 105 van richtlijn Solvabiliteit II betreffende de gelijke behandeling van alle verzekeringnemers en begunstigden, ongeacht hun woonplaats of nationaliteit.

“Alle verzekeringnemers en begunstigden moeten een gelijke behandeling krijgen, ongeacht hun nationaliteit of woonplaats. Daartoe moeten de lidstaten ervoor zorgen dat alle maatregelen die een toezichthoudende autoriteit op grond van haar nationale mandaat neemt, niet strijdig worden geacht met de belangen van die lidstaat of van de verzekeringnemers en begunstigden in die lidstaat. [...]”

Burgers van de Unie hebben recht op gelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel wordt, aldus Thiery, *“als de hoeksteen van de Europese economische integratie”* gezien.¹⁴⁵⁶ Dit recht is verankerd in artikelen 18 en 19 VWEU.¹⁴⁵⁷ Hierin is bepaald dat binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden.¹⁴⁵⁸ Tevens is aan de Raad de bevoegdheid gegeven om op voorstel van de Commissie en na goedkeuring van het EP passende maatregelen te nemen tegen discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.¹⁴⁵⁹

Het HvJ heeft in zijn arrest Haug-Adrion¹⁴⁶⁰ van 13 december 1984 duidelijk gemaakt dat het in art. 18 VWEU opgenomen verdragsrechtelijk verbod van discriminatie naar nationaliteit ingeroepen mag worden binnen een horizontale relatie zoals tussen een verzekeraar en verzekeringnemer binnen de Unie.¹⁴⁶¹ Dit verbod heeft dus een directe werking, niet alleen tegenover de overheid maar ook ten opzichte van andere rechtssubjecten.¹⁴⁶²

Gelet op dit verdragsrecht zouden in het kader van vrij verkeer van diensten, kapitaal en personen ook verzekeringnemers en begunstigden gelijke rechten moeten hebben ongeacht hun nationaliteit of woonplaats. Het onderwerp discriminatie op de interne markt is nog steeds actueel en op dit moment kan zeker niet gesteld worden dat verzekeringnemers als afnemers van verzekeringsproducten, over gelijke rechten beschikken.

Hieronder wordt het onderwerp discriminatie binnen het Unierecht nader toegelicht en worden een aantal relevante arresten van het HvJ behandeld. Het hierdoor verkregen overzicht schept de kaders waarbinnen het discriminatieverbod betreffende verzekeringnemers en begunstigden geplaatst en nader beoordeeld kan worden. Daarna wordt ingegaan op de beoordeling van doelstelling van richtlijn Solvabiliteit II ten aanzien van dit onderwerp.

¹⁴⁵⁵ Zie r.o. 52 van het arrest HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15 (Nikiforidis), ECLI:EU:C:2016:774.

¹⁴⁵⁶ Thiery 2011, p. 23, Tobler 2005, p. 35.

¹⁴⁵⁷ Van Ooik & Wessel 2009, p. 104 ev.

¹⁴⁵⁸ Art. 18 VWEU.

¹⁴⁵⁹ Art. 19 lid 1 VWEU.

¹⁴⁶⁰ HvJ EG 13 december 1984, C-251/83 (Haug-Adrion), ECLI:EU:C:1984:397.

¹⁴⁶¹ Voor wat betreft horizontale werking van het discriminatieverbod zie ook het arrest van HvJ, HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group), ECLI:EU:C:1990:209 inzake discriminatieverbod op basis van het geslacht inzake beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers.

¹⁴⁶² Thiery 2011, p. 7.

Volgens Davis: “*Non-discrimination is central to building the peaceful and open Europe envisaged in the EC and EC Treaties*”.¹⁴⁶³

Het discriminatieverbod op grond van nationaliteit is het hart van de EU recht en strekt zich uit tot alle gevallen waarop het Unierecht toepassing vindt.

Uit historisch oogpunt blijkt dit streven ook een hele strijdbare, rekening houdend met het feit dat sinds de geboorte van de idee van gelijke rechten in Europa deze rechten nooit voor lange periode gehandhaafd werden en bovendien steeds bedreigd werden door racisme, nationalisme en/of totalitaire regimes.¹⁴⁶⁴

Biedt de huidige EU voldoende stabiliteit om het discriminatieverbod nu wel bestendig in de Europese rechtsstelsels en in het daadwerkelijk handelen van een ieder in te bouwen en te handhaven?

Het gelijkheidsbeginsel gaat uit van gelijke behandeling van gelijke gevallen. Discriminatie en gelijkheid zijn twee tegenovergestelde termen. Degene die discrimineert verkracht het gelijkheidsbeginsel. Davis stelt dat discriminatie een kwestie van keuze is.¹⁴⁶⁵

In het recht wordt het discriminatieverbod meestal gebruikt voor het aanduiden van een mogelijke keuze op basis van criteria die niet toegestaan zijn voor het maken van die keuze. Discriminatie is dan verboden tenzij er een rechtvaardiging (geschreven of ongeschreven) voor bestaat.

Discriminatie kan direct of expliciet zijn, maar kan ook een indirecte vorm aannemen.¹⁴⁶⁶ Bij directe discriminatie sluit een bepaalde regel een groep expliciet uit van de toepassing van de regel.¹⁴⁶⁷ Bij indirecte discriminatie daarentegen is de regel formeel niet discriminerend, maar toepassing heeft verschillende gevolgen voor verschillende groepen. Van indirecte discriminatie is bijvoorbeeld sprake wanneer een regel een bepaalde kwalificatie-eis stelt die enkel in het desbetreffende land beschikbaar is. Deze regel heeft dan, zonder een formele uitsluiting van beroepsbeoefenaren uit andere landen, toch een vergelijkbaar effect met een regel van directe discriminatie.¹⁴⁶⁸ Voor het vaststellen van indirecte discriminatie wordt eerst naar de effecten van de maatregel gekeken; potentieel nadelig effect is hiertoe, volgens de rechtspraak van het HvJ¹⁴⁶⁹, reeds voldoende.¹⁴⁷⁰

In het arrest Landtová oordeelde het HvJ dat: “*als indirect discriminerend worden beschouwd de voorwaarden van nationaal recht die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, hoofdzakelijk of in de meeste gevallen migrerende werknemers treffen, alsook de zonder onderscheid van toepassing zijnde voorwaarden waaraan nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers, of die in het bijzonder voor laatstgenoemden nadelig kunnen uitvallen*”.

In de zaak C-154/89, Commissie tegen Frankrijk¹⁴⁷¹ werd het HvJ verzocht om te oordelen over een eventueel in strijd met art. 59 EEG-Verdrag handelen van de Franse Republiek door de dienstverrichting van toeristengidsen, die een groep toeristen uit een andere lidstaat vergezellen, afhankelijk te stellen van het bezit van een ‘*carte professionnelle*’. Een dergelijk document is een bewijs van een bepaalde beroepskwalificatie, in de regel aangetoond door het feit dat de betrokkene voor een examen is geslaagd, wanneer die dienstverrichting bestaat uit het begeleiden van toeristen in bepaalde departementen en gemeenten en anders dan in musea of historische monumenten die alleen onder begeleiding van een gespecialiseerde beroepsgids kunnen worden bezocht.

Het HvJ oordeelde dat “*de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag niet alleen de opheffing verlangen van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar ook de afschaffing van iedere beperking van het vrij verrichten van diensten, die wordt opgelegd op grond dat de dienstverrichter is gevestigd in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst wordt verricht. Inzonderheid mag een Lid-Staat de verrichting van diensten op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle*

¹⁴⁶³ Davis 2003, p. 1.

¹⁴⁶⁴ Davis 2003, p. 2.

¹⁴⁶⁵ Davis 2003, p. 7.

¹⁴⁶⁶ Thiery (Thiery 2011, p. 238) stelt dat discriminatie (directe of indirecte) kan beoogd of onbedoeld zijn en dat in het Unierecht ook een onbedoeld onderscheid discriminatie kan opleveren.

¹⁴⁶⁷ Zie hierbij ook de definitie die door het HvJ is gegeven in HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709.

¹⁴⁶⁸ Davis 2003, p. 11.

¹⁴⁶⁹ Zie o.a. HvJ EG 18 januari 2007, C-332/05 (Celozzi), ECLI:EU:C:2007:35, HvJ EU 22 juni 2011, C-399/09 (Landtová), ECLI:EU:C:2011:415 en HvJ EU 6 februari 2014, C-509/12 (Navileme en Nautizende), ECLI:EU:C:2014:54.

¹⁴⁷⁰ Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 136.

¹⁴⁷¹ Zie het arrest HvJ EG 26 februari 1991, C-154/89 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:1991:76.

voorwaarden die voor vestiging gelden. Daardoor zou immers elk nuttig effect worden ontnomen aan de bepalingen die het vrij verrichten van diensten moeten verzekeren.”

In zijn arrest bepaalde het HvJ dat Frankrijk de op haar rustende verplichting ingevolge artikel 59 EEG-Verdrag niet is nagekomen.

Een ander voorbeeld van indirecte discriminatie werd behandeld in de zaak *Sea Fisheries*¹⁴⁷². Hier ging het om een regel van de Ierse regering die betrekking had op de maten van de boten die in de territoriale wateren van Ierland mochten vissen. Als gevolg van deze regel werden de grotere Nederlandse vissersboten zeer effectief uitgesloten, terwijl de kleinere Ierse vissersboten zonder enige belemmering verder konden vissen.

In deze zaak oordeelde het HvJ dat de regel van de Ierse regering discriminerend was. In zijn arrest bepaalde het HvJ: dat “*ernstig kan worden betwijfeld of de Ierse maatregelen in overeenstemming zijn met de eisen van het gemeenschapsrecht*”.

Het gemeenschapsrecht verbiedt immers niet alleen openlijk discriminerende maatregelen maar ook regels die, toegepast tot een met open (directe) discriminatie, gelijksoortige tweedeling leiden.

In het arrest *UNIS*¹⁴⁷³ oordeelde het HvJ dat ongelijke behandeling van de dienstverrichters uit verschillende lidstaten in de regel indirecte discriminatie op grond van nationaliteit oplevert, wat in beginsel verboden is krachtens onder meer artikel 56 VWEU.¹⁴⁷⁴

In de recentere zaak *Commissie/Hongarije*¹⁴⁷⁵ werd tegen Hongarije een verdragsinbreukprocedure aangespannen door de Commissie¹⁴⁷⁶ wegens bepalingen uit de wetgeving die indirecte discriminatie inhielden tegen buitenlandse ondernemingen die maaltijdcheques en vrijetijdsbonnen wilden uitgeven. Volgens de Commissie werd hierbij inbreuk gemaakt op het bepaalde in art. 14 aanhef en onder de artikelen 30, 15 en 16 van de Dienstenrichtlijn en bovendien zou een bepaling van de regeling ook in strijd zijn met artikelen 49 en 56 VWEU.¹⁴⁷⁷

Het HvJ verklaarde de Hongaarse regel volgens welke dat “*de hoofdvestiging van de dienstverrichter zich op haar grondgebied moet bevinden*” in strijd met art. 14 van de Dienstenrichtlijn. De eis van de Hongaarse regeling dat de ondernemingen, om in aanmerking te komen voor een vergunning, over de rechtsvorm van een nv of bv zouden moeten beschikken werd door het HvJ in strijd met art. 15 lid 2 sub b) van de Dienstenrichtlijn verklaard. Ten aanzien van de voorwaarde van de Hongaarse regeling dat de onderneming naar Hongaars recht moest zijn opgericht, verwees het HvJ naar art. 15 lid 3 sub a) van de Dienstenrichtlijn, waarin de eis dat de statutaire zetel in een bepaalde lidstaat moet zijn gevestigd als discriminerend werd geoordeeld.¹⁴⁷⁸

Voor wat betreft de eisen van de Hongaarse regeling dat (1) de ondernemingen over klantenkantoren moesten beschikken in de grotere Hongaarse gemeenten, (2) reeds een minimumaantal betalingsinstrumenten te hebben uitgegeven en (3) over voldoende ervaring te beschikken met elektronische bonnenkaarten stelde de Commissie dat hier sprake was van inbreuk op art. 15 lid 2 sub d) Dienstenrichtlijn in combinatie met lid 3 van deze richtlijn.

Art. 15 lid 2 sub d) Dienstenrichtlijn heeft betrekking op eisen ‘*die toegang tot de betrokken dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters*’. In deze zaak konden in de praktijk alleen banken en financiële instellingen voldoen aan de gestelde eisen. Volgens het HvJ werd hier niet voldaan aan het non-discriminatie vereiste. Het HvJ oordeelde:

‘Daarentegen moet worden opgemerkt dat de cumulatieve voorwaarden van § 13, onder a) tot en met c), van regeringsdecreet nr. 55/2011 in casu slechts kunnen worden vervuld door banken of financiële instellingen waarvan de statutaire zetel in deze lidstaat is gevestigd, met name gelet op het feit dat § 13, onder a), van dit

¹⁴⁷² Zie het arrest HvJ EG 16 februari 1978, C-61/77 (Commissie/Ierland), ECLI:EU:C:1978:29. In het arrest HvJ EG 12 februari 1974, C-152/73 (Sotgiu/ Deutsche Bundespost), ECLI:EU:C:1973:13 is gesteld dat de “*regels omtrent de gelijkheid van behandeling verbieden niet alleen de zichtbare discriminaties op grond van de nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.*”

¹⁴⁷³ Zie het arrest HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 (UNIS), ECLI:EU:C:2015:821.

¹⁴⁷⁴ Zie hierbij r.o. 17-19 van HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname), ECLI:EU:C:2005:487 en r.o. 37 van HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom), ECLI:EU:C:2013:736. Zie verder het arrest HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04 (Commissie/België), ECLI:EU:C:2007:405, waarin is bepaald dat de aan niet in België gevestigde verzekeraars gestelde eisen strijd opleverden met de vrije dienstverrichting.

¹⁴⁷⁵ HvJ 23 februari 2016, zaak C-179/14 (Commissie/Hongarije), ECLI:EU:C:2016:108.

¹⁴⁷⁶ Van Rijn 2016, p. 357 ev.

¹⁴⁷⁷ Zie inzake met bepalingen in strijd met art. 49 en 56 VWEU ook HvJ 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15 (Promoimpresa e.a.), ECLI:EU:C:2016:558.

¹⁴⁷⁸ Van Rijn 2016, p. 359.

regeringsdecreet bepaalt dat de uitgever van SZÉP-kaarten in elke gemeente van Hongarije met een bevolking van meer dan 35 000 inwoners over een klantenkantoor moet beschikken. Dit wordt bevestigd door de in punt 73 van dit arrest genoemde vaststelling van de Commissie, die door de Hongaarse regering niet wordt betwist. Hoewel deze voorwaarden gebaseerd zijn op andere criteria dan het bestaan van een statutaire zetel in de betrokken lidstaat, kunnen zij dus in feite tot hetzelfde resultaat leiden als een dergelijke voorwaarde, zodat zij, zoals met name blijkt uit overweging 65 van richtlijn 2006/123, moeten worden geacht een indirecte discriminatie in de zin van artikel 15, lid 3, onder a), van deze richtlijn op te leveren.¹⁴⁷⁹

Discriminatie kan formeel of materieel zijn. Bij formele discriminatie geldt dat gelijke gevallen niet ongelijk mogen worden behandeld.¹⁴⁸⁰ In het geval van materiële discriminatie mogen ongelijke gevallen niet gelijk worden behandeld.¹⁴⁸¹

Voor wat betreft het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht houden de relevante artikelen van het VWEU geen expliciet discriminatieverbod in. In art. 49 VWEU is het recht van bedrijven uit andere lidstaten bevestigd om zich te vestigen onder gelijke condities als bedrijven uit het eigen land. Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn dus verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agent-schappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

In art. 50 VWEU zijn de formele bevoegdheden van het EP, de Raad en de Commissie opgenomen teneinde de vrijheid van vestiging te verwezenlijken, belemmeringen van juridische en procedurele aard weg te nemen en te zorgen dat de voorwaarden van vestiging niet worden vervalst als gevolg van steunmaatregelen van de lidstaten.

De verdragsbepalingen betreffende vrij verkeer van diensten, kapitaal en vestiging maken gebruik van een vergelijkbaar formaat, d.w.z. verbieden van beperkingen bij grensoverschrijdend dienstenverkeer, bij het vestigen in een ander land dan het thuisland en het verkeer van kapitaal tussen de lidstaten of tussen de lidstaten en derde landen. Wat precies onder deze beperkingen valt is echter vaak moeilijk te bepalen.

Het HvJ heeft in meerdere zaken uitspraak gedaan over voorwaarden die volgens de klager het vrij verkeer duidelijk moeilijker maakten.¹⁴⁸² Een goed voorbeeld van een dergelijke casus is de zaak Van Binsbergen. In deze zaak werd de heer Van Binsbergen in een geschil tegen het bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid ter zake van toepassing van de Werkloosheidwet vertegenwoordigd door mr. Kortmann, van Nederlandse nationaliteit en wonende in Nederland. De Centrale Raad van Beroep informeerde mr. Kortmann dat hij niet langer bevoegd was om als gemachtigde of raadsman van Van Binsbergen op te treden. Volgens artikel 48 Beroepswet¹⁴⁸³ konden immers alleen in Nederland gevestigde personen als gemachtigden of raadslid optreden. Aangezien in de loop van de procedure mr. Kortmann van woonplaats veranderde en naar België verhuisde voldeed hij niet meer aan de eisen van de voornoemde Beroepswet.

Mr. Kortmann beriep zich voor de Centrale Raad van Beroep op artikel 59 EEG-Verdrag, dat voorzorg in de geleidelijke opheffing van de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap en stelde dat deze bepaling de toepassing van artikel 48 Beroepswet verhindert.

Het HvJ bepaalde in deze zaak dat:

“de artikelen 59, eerste alinea, en 60, derde alinea, EEG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat een nationale wettelijke regeling de dienstverrichting door personen die op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn gevestigd, niet onmogelijk mag maken door het vereiste van vestiging op het eigen grondgebied, wanneer die dienstverrichting door de toepasselijke nationale wetgeving aan geen enkele bijzondere voorwaarde is onderworpen;” en *“de artikelen 59, eerste alinea, en 60, derde alinea, hebben rechtstreekse*

¹⁴⁷⁹ HvJ 23 februari 2016, zaak C-179/14 (Commissie/Hongarije), ECLI:EU:C:2016:108, r.o. 87-88.

¹⁴⁸⁰ Zie HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.), ECLI:EU:C:2008:728 en HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09 (Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop vzw e.a.), ECLI:EU:C:2011:100.

¹⁴⁸¹ HvJ EU 5 juli 2017, C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2017:513

¹⁴⁸² Zie de arresten HvJ EG 3 december 1974, C-33/74 (Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de metaalnijverheid), ECLI:EU:C:1974:131, HvJ EG 17 december 1981, C-279/80 (Webb), ECLI:EU:C:1981:314, HvJ EG 14 december 1995, C-163/94 (Sanz de Lera e.a.), ECLI:EU:C:1995:451.

¹⁴⁸³ Wet van 2 februari 1955, houdende nieuwe regeling van de organisatie en procedure van de Centrale Raad van Beroep en de raden van beroep.

werking en kunnen mitsdien voor de nationale rechterlijke instanties worden ingeroepen, in elk geval voor zover zij strekken tot opheffing van alle discriminaties ten opzichte van degene die diensten verricht, op grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij woont in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst moet worden verricht.”

Ten aanzien van mogelijke rechtvaardiging van beperkingen betreffende het uitoefenen van bepaalde beroepen in een lidstaat kwam het HvJ tot het oordeel dat dergelijke regels gerechtvaardigd moeten worden op basis van objectief vast te stellen criteria en tevens proportioneel moeten zijn met het belang die ze dienen te beschermen.

In de zaak Klopp¹⁴⁸⁴ ging het om de aanklacht van de Duitse jurist Klopp die zich als advocaat wilde vestigen in Parijs. Volgens de regels van de Franse Orde van Advocaten was een dergelijke vestiging slechts mogelijk als hij kantoor had in de regio waar hij zich wenste te vestigen. De heer Klopp was echter niet van plan om zijn kantoor in Düsseldorf op te geven. Het HvJ vond de beperking van de Franse Orde van Advocaten in strijd met het Unierecht aangezien het onnodig was om deze eis te stellen in de tijd van digitale communicatie.

In de zaak Gullung¹⁴⁸⁵ ging het ook om een Duitse jurist die voor het vestigen in Frankrijk niet voldeed aan de regels van betrouwbaarheid van de Franse Orde van Advocaten. In deze zaak werd geoordeeld dat de regels van de Franse Orde van Advocaten wel toegestaan waren, aangezien ze op ieder van toepassing waren teneinde de betrouwbaarheid van de bij de orde geregistreerde advocaten te waarborgen. In deze zaak werd dus de klacht van discriminatoire regels afgewezen door het HvJ.

Davis stelt dat discriminatie vaak gaat over het belemmeren van de toegang van de gebruikers van producten of diensten tot producten of diensten die in een ander land beschikbaar zijn.¹⁴⁸⁶ Voor wat betreft het recht van de afnemers van diensten zijn de arresten Smits & Peerbooms en Vanbraeckel van groot belang geweest.¹⁴⁸⁷

In het arrest Smits & Peerbooms oordeelde het HvJ over eventuele belemmering van het vrij verkeer van diensten bij de weigering van vergoeding van de kosten van ziekenhuisopname in het buitenland onder de oude Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekering.¹⁴⁸⁸

In deze zaak waren mevrouw Gareats-Smits en de heer Peerbooms voor hun ziektekosten verzekerd bij een Nederlands Ziekenfonds. Deze verzekeringnemers kregen medische behandeling in het buitenland¹⁴⁸⁹, maar het Ziekenfonds weigerde de vergoeding van de gemaakte kosten.¹⁴⁹⁰ De verzekerden dienden klachten in tegen het handelen van het Ziekenfonds dat in strijd zou zijn met het vrij verkeer van diensten. Het HvJ overwoog dat het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van de lidstaten om hun sociale zekerheidsstelsels in te richten onverlet laat. Echter, bij de uitoefening van deze bevoegdheid dient het gemeenschapsrecht te worden geëerbiedigd. De door het Nederlandse stelsel vereiste voorafgaande toestemming voor behandeling in een niet-gecontracteerde instelling vormde een belemmering van het vrij verkeer van diensten. Volgens het HvJ vielen medische werkzaamheden immers onder de werkingssfeer van het beginsel van vrij verkeer.¹⁴⁹¹ In dit arrest oordeelde het HvJ dat een stelsel van voorafgaande administratieve toestemming enkel gerechtvaardigd kan zijn indien gebaseerd is op objectieve criteria die vooraf kenbaar en niet-discriminerend zijn. In dat geval kan immers willekeurig voorkomen worden en wordt bovendien een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten.

Het arrest Smits & Peerbooms is relevant voor de verplichtingen van verzekeraars tegenover hun verzekerden en begunstigden. Het zou immers niet moeten uitmaken hoe en door wie de schade is hersteld of de behandeling is uitgevoerd, teneinde voor vergoeding in aanmerkingen te komen. Stelt de verzekeraar regels ten aanzien van de uitkering van schade indien bij herstel of behandeling niet gecontracteerde

¹⁴⁸⁴ HvJ EG 12 juli 1984, C-107/83 (Ordre des Avocats au Bureau de Paris/ Klopp), ECLI:EU:C:1984:270.

¹⁴⁸⁵ HvJ EG 19 januari 1988, C- 292/86 (Gullung/Conseils de l'Ordre des Avocats du Barreau de Colmar et de Saverne), ECLI:EU:C:1988:15.

¹⁴⁸⁶ Davis 2003, p. 77.

¹⁴⁸⁷ Davis 2003, p. 172.

¹⁴⁸⁸ www.arsaequi.nl/data/downloadables/download/file/AAK20014321.pdf inzake het Europese recht.

¹⁴⁸⁹ Mevrouw Smits is in een kliniek in Duitsland behandeld voor de ziekte van Parkinson. De heer Peerbooms is na een verkeersongeval in coma geraakt en daarna in Oostenrijk behandeld.

¹⁴⁹⁰ Zie HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99 (Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen), ECLI:EU:C:2001:404.

¹⁴⁹¹ HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99 (Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen), ECLI:EU:C:2001:404.

dienstverleners zijn betrokken, dan dienen deze voorwaarden objectieve criteria in te houden, vooraf bekend te zijn, proportioneel van aard en niet discriminerend.

Eerder op de dag van de uitspraak in het arrest *Smits & Peerbooms* bevestigde het HvJ in de zaak *Vanbraeckel*¹⁴⁹² dat Verordening nr. 1408/71 een sociaalverzekerde, die toestemming heeft gekregen voor de vergoeding van de gemaakte zorgkosten, verzekert overeenkomstig de wetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan de behandeling heeft plaatsgevonden. Tevens erkende het HvJ dat op basis van het beginsel van vrij verkeer van diensten de verzekerde recht heeft op een aanvullende vergoeding door de lidstaat van aansluiting indien de wetgeving van die lidstaat in die vergoeding voorziet.

Voor wat betreft verzekeringen zou een verzekeraar zijn afnemers (verzekeringnemers of verzekerden) en de begunstigden van de verzekeringsovereenkomsten onderling gelijk moeten behandelen.¹⁴⁹³

Richtlijn Solvabiliteit II gaat in overweging 105 ervan uit dat “*alle verzekeringnemers en begunstigden*” gelijke behandeling moeten krijgen, “*ongeacht hun nationaliteit of woonplaats*”. Door gebruik te maken van de begrippen verzekeringnemers en begunstigden lijkt de wetgever bij deze bepaling uit te gaan van een situatie waarbij een verzekeringsovereenkomst reeds bestaat. Uit overweging 105 of andere bepalingen van de richtlijn blijkt niet of de wetgever hierbij ook een aspirant verzekeringnemer bedoelde. Het is immers maar een halve maatregel om het verbod van discriminatie ten aanzien van verzekeringnemers en begunstigden uit een verzekeringsovereenkomst te laten gelden en geen oog te hebben voor een volledig vrije toegang van aspirant verzekeringnemers tot een verzekeringsovereenkomst. Dit zou immers betekenen dat het nog steeds mogelijk is dat natuurlijke personen of bedrijven gediscrimineerd worden op basis van hun nationaliteit en/of woonplaats/vestigingsplaats met als gevolg dat enkel op basis van deze kenmerken geen verzekeringsovereenkomst met ze wordt afgesloten. Op basis van Europees verdragsrecht zou een dergelijke discriminatie verboden moeten worden, voorzover niet gerechtvaardigd is uit het oogpunt van het algemeen belang.

Het blijft opmerkelijk dat in richtlijn Solvabiliteit II hier geen aandacht is besteed.

Het is eenvoudiger om verzekeringnemers en begunstigden gelijk te behandelen indien deze reeds geselecteerd zijn door het feit dat bij het acceptatieproces enkel een bepaalde groep van aspirant verzekeringnemers/verzekerden in aanmerking komt voor een verzekering. Richtlijn Solvabiliteit II zou voor een daadwerkelijk gelijke behandeling reeds betrekking moeten hebben op aspirant verzekeringnemers/verzekerden. Dat zou betekenen dat iedere consument of bedrijf ongeacht woonplaats, nationaliteit of land van vestiging op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden toegang kan krijgen tot verzekeringsproducten van verzekeraars. Zie hiervoor ook paragraaf 14.3.6 van dit hoofdstuk. Dat impliceert dat verzekeraars in hun polisvoorwaarden geen discriminerende beperkingen zouden mogen stellen ten aanzien van de aspirant verzekeringnemers/verzekerden.

Gelet op de eisen, die gesteld worden aan verzekeraars, die grensoverschrijdend producten aanbieden, is het echter wel begrijpelijk dat richtlijn Solvabiliteit II niet zover kon gaan in het stellen van non-discriminatoire maatregelen. Aangezien deze eisen een grote inspanning van de verzekeraar vragen bij het aanbieden van een verzekeringsproduct in een ander lidstaat dan haar zeteland, is het maar de vraag of het redelijk zou zijn om deze verzekeraars het recht om acceptatievoorwaarden inzake woonland/vestigingsland van de verzekeringnemer/verzekerde te stellen te ontzeggen.

Dat deze verplichting wel mogelijk is en kennelijk niet onredelijk, blijkt uit de wederzijdse rechten en verplichtingen die ten aanzien van de zorgverzekeraars in Nederland gelden. De verzekeraars, die een zorgverzekering ingevolge de Zvw aanbieden, worden volgens de Nederlandse wetgeving verplicht om verzekerden, ongeacht woonplaats en nationaliteit te accepteren, mits ze ingevolge de Wlz verplicht verzekerd zijn. Impliciet is in deze acceptatieplicht ook de verplichting opgenomen om buiten Nederland gelegen risico's te verzekeren.

¹⁴⁹² HvJ EG 12 juli 2001, C-368/98 (*Vanbraeckel e.a.*), ECLI:EU:C:2001:400.

¹⁴⁹³ Zie hierbij de eisen van vergelijkbare behandeling door de verzekeraars van slachtoffers van verkeersongevallen zoals uit arresten HvJ EU 9 juni 2011, C-409/09 (*Ambrósio Lavrador en Olival Ferreira Bonifácio*), ECLI:EU:C:2011:371, r.o. 23, HvJ EU 23 oktober 2012, C-300/10 (*Marques Almeida*), ECLI:EU:C:2012:656, r.o. 26 en HvJ EU 7 september 2017, C-506/16 (*Neto de Sousa*), ECLI:EU:C:2017:642, r.o. 26.

In deze paragraaf is aangetoond dat volgens de rechtspraak van het HvJ onder het verbod van art. 49 en 56 VWEU niet alleen nationale maatregelen vallen, die direct of indirect discrimineren, maar ook alle nationale maatregelen, die de uitoefening van de verdragsvrijheden, d.w.z. vrijheid van vestiging (artikelen 49-55 VWEU) en vrij verkeer van diensten (artikelen 56-62 VWEU) kunnen belemmeren, verbieden of simpelweg minder aantrekkelijk maken.¹⁴⁹⁴

14.3.10. Rechtskader voor sanering en liquidatie verzekeraars

De Europese wetgever onderkende in richtlijn Solvabiliteit II het gebrek van juridische harmonisatie van het relevante rechtskader voor sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen met zetel in de verschillende lidstaten. Deze feitelijke situatie staat haaks op de conclusie betreffende de gewenste situatie op dit terrein van de EIOPA:

“A harmonised European framework for the recovery and resolution of (re)insurers is another important step towards a more robust and stable insurance market for the benefit of policyholders”.¹⁴⁹⁵

Het bestaan van afzonderlijke en van elkaar afwijkende nationale rechtskaders voor wat betreft dit onderwerp kan ertoe leiden dat de positie van de verzekeringnemers, verzekerden en/of begunstigen afhangt van de nationale wetgeving van het zeteland van de verzekeraar met wie een verzekeringsovereenkomst is gesloten en of op basis waarvan de begunstigen rechten kunnen ontleen. Verder wordt de sanering en liquidatie van internationale verzekeringsgroepen met vergunning van de moedermaatschappij en dochtermaatschappijen in verschillende lidstaten volgens afwijkende wettelijk kader uitgevoerd.

Ook relevant voor voornoemd rechtskader is het standpunt van de EIOPA zoals opgenomen in haar document uit 5 juli 2017 inzake harmonisatie en sanering (her)verzekeraars binnen de interne markt¹⁴⁹⁶:

“EIOPA is of the view that a minimum degree of harmonisation on the field of recovery and resolution for insurers would contribute to achieving policyholder protection, as well as maintaining financial stability in the EU.”

De EIOPA roept middels haar Opinie de Commissie, het EP en de Raad op om het verschillende nationale herstel- en resolutieraamwerken van verzekeraars te harmoniseren.¹⁴⁹⁷ Naast een belangrijke bijdrage aan de bescherming van polishouders en het bewaren van de financiële stabiliteit zou harmonisatie van de sanerings- en liquidatieregels voor (her)verzekeraars volgens de EIOPA ook bijdragen aan het gelijke speelveld binnen de verzekeringssector en aan het versterken van de interne markt.¹⁴⁹⁸

Een geharmoniseerd rechtskader voor herstel en resolutie zou volgens de EIOPA in ieder geval de volgende elementen moeten inhouden:

- Vereisten voor de ontwikkeling van crisis- en afwikkelplannen;
- Nieuwe bevoegdheden aan de nationale toezichthouders om tijdig in te kunnen grijpen bij de onder toezicht staande (her)verzekeraars;
- Vereisten voor de aanstelling van een resolutieautoriteit;
- Bevoegdheden voor de resolutieautoriteiten;
- Ontwikkeling van *crisis management groups* voor de verzekeringsgroepen.

¹⁴⁹⁴ Zie r.o. 32 van HvJ EG 17 juli 2008, C-500/06 (Corporation Dermoestetica), ECLI:EU:C:2008:42, r.o. 22 van HvJ EG 30 maart 2006, C-439/99 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2002:14, r.o. 48 van HvJ EG 13 maart 2008, C-65/05 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:2006:673 en r.o. 21 van HvJ EG 13 maart 2008, C-248/06 (Commissie/ Spanje), ECLI:EU:C:2008:161.

¹⁴⁹⁵ Zie persbericht van de EIOPA van 5 juli 2017 ‘EIOPA calls for a European recovery and resolution framework for (re)insurers’, <https://eiopa.europa.eu/Publications/Press%20Releases/EIOPA%20calls%20for%20a%20European%20recovery%20and%20resolution%20framework%20for%20re%29insurers.pdf>.

¹⁴⁹⁶ Zie ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, EIOPA-BoS/17-148, 5 juli 2017, <https://eiopa.europa.eu/Pages/Consultations/EIOPA-CP-16-009-Discussion-Paper-on-Potential-Harmonisation-of-Recovery-and-Resolution-Frameworks-for-Insurers.aspx>.

¹⁴⁹⁷ De Opinie bevat het niet-bindende advies van de EIOPA. Het is aan de Commissie om te beslissen of het advies gaat opvolgen.

¹⁴⁹⁸ Zie ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, EIOPA, p. 14. Uit het onderzoek van de EIOPA bij diverse stakeholders blijkt dat naast de argumenten voor harmonisatie van het rechtskader er ook tegengeluiden zijn met als boodschap dat (1) richtlijn Solvabiliteit II al voldoende beschermingsmaatregelen bevat, (2) regels van faillissementswet voldoende geschikt zijn, (3) onvoldoende bewijs dat de bestaande bevoegdheden inefficiënt zijn in alle lidstaten, (4) nationale rechtskader de specifieke nationale karakter beter tot uitdrukking brengen en (5) harmonisatie extra administratieve lasten en kosten voor de verzekeraars en nationale toezichthouders zou betekenen. Zie hiervoor p. 47 van het document ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’.

In richtlijn Solvabiliteit II wordt aangegeven hoe de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures behandeld zouden moeten worden in het kader van de interne verzekeringsmarkt. In overweging 117 van de richtlijn is de volgende zienswijze van de wetgever betreffende het rechtskader voor sanering en liquidatie van (her)verzekeringsondernemingen opgenomen:

“Aangezien de nationale wetgeving betreffende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures nog niet is geharmoniseerd, dienen in het kader van de interne markt de wederzijdse erkenning van in de lidstaten geldende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen en de noodzakelijke samenwerking te worden gewaarborgd, waarbij rekening wordt gehouden met de voor dergelijke maatregelen geldende beginselen van eenheid, universaliteit, coördinatie en openbaarmaking, en met de gelijke behandeling en bescherming van verzekeringsschuldeisers.”

Deze overweging heeft een hoog ambitieniveau ten aanzien van herstel, sanering en afwikkeling van (her)verzekeringsondernemingen, ondanks het gebrek aan harmonisatie van de relevante nationale wet- en regelgeving van de lidstaten. Onduidelijk blijft echter in hoeverre wederzijdse erkenning van nationale bepalingen de voornoemde sanering en liquidatie van (her)verzekeringsondernemingen kan beïnvloeden. Tevens wordt niet verhelderd welke type samenwerking de wetgever voor ogen had in deze overweging.¹⁴⁹⁹ Verder geeft deze overweging ook geen duidelijkheid over wie over de voornoemde noodzakelijke samenwerking zou moeten waken.

Anders dan de richtlijn stelt de EIOPA wel dat haar doel ingevolge art. 21 lid 1 van de EIOPA Regulation (reglement van de EIOPA) gericht is op *“to contribute to promoting and monitoring the efficient, effective and consistent functioning of cross-border supervisory cooperation through the colleges of supervisors [...] and has a leading role in ensuring the consistent and coherent functioning of these colleges for cross-border institutions across the EU.”*¹⁵⁰⁰

In de hierboven behandelde overweging 117 van richtlijn Solvabiliteit II wordt onderstreept de noodzaak om rekening te houden met de voor herstel, sanering en liquidatie geldende beginselen bij het stellen van maatregelen.

Hier gaat het om de volgende beginselen:

- eenheid;
- universaliteit;
- coördinatie;
- en openbaarmaking.

Blijft onduidelijk in hoeverre deze verwijzing naar de geldende beginselen ook bijdraagt aan het ontwikkelen van een gemeenschappelijk rechtskader. De wetgever lijkt te bedoelen dat deze beginselen door wederzijdse erkenning van de maatregelen en samenwerking tussen de lidstaten bereikt kunnen worden. Verder zal rekening gehouden moeten worden met de gelijke behandeling en bescherming van de verzekeringsschuldeisers. Deze kunnen verzekeringnemers, begunstigden, autoriteiten, werknemers, kredietverleners of leveranciers zijn. Voor wat betreft verzekeringnemers zou hun bescherming niet mogen afhangen van de regelgeving van de lidstaat waar de verzekeraar haar zetel heeft. Dat zou binnen de interne markt onwenselijk zijn. Een dergelijke situatie immers zou betekenen dat verzekeringnemers uit verschillende lidstaten, die een verzekeringsovereenkomst hebben gesloten met eenzelfde verzekeraar, verschillend behandeld worden bij sanering/afwikkeling van deze verzekeraar, enkel wegens de verschillen in de nationale wetgeving die van toepassing zijn op de afzonderlijke verzekeringsovereenkomsten.

¹⁴⁹⁹ In haar document ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, stelt de EIOPA dat *“arrangements for cross-border cooperation and coordination, including the exchange of information, should be established between foreign national authorities to effectively deal with crisis situations involving cross-border insurance groups [...] as currently exist for global systematically important insurers”*.

¹⁵⁰⁰ Zie ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, EIOPA, p. 33.

De MvT bij het Nederlandse wetsvoorstel Wet herstel en Afwikkeling verzekeraars geeft weer de doelstellingen van de wetgever voor wat betreft afwikkeling (resolutie) van de verzekeraars).¹⁵⁰¹ Bij dit wetsvoorstel is o.a. inspiratie opgedaan bij de zogenoemde *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* ('Key Attributes' of KA) van de Financial Stability Board van de G20 (hierna: FSB). De KA bevatten de hoofdelementen die volgens de FSB nodig zijn voor een effectief resolutieregime. Het doel van een dergelijk regime is om resolutie van een verzekeraar uitvoerbaar te maken zonder ernstige systeemverstoringen. Verder is het bij de resolutie van groot belang dat belastingbetalers niet voor de verliezen opdraaien. Ingevolge de FSB KA zou ieder land over een resolutieautoriteit moeten beschikken met de in de wet vastgelegde doelstellingen, taken en operationele onafhankelijkheid.¹⁵⁰²

Speciaal voor de verzekeraars geldt dat het resolutieregime ook de bescherming van de polishouders moet waarborgen. Overigens dit betekent niet dat polishouders onder alle omstandigheden op volledige bescherming moeten kunnen rekenen. Om die reden sluit een resolutieregime voor de verzekeraars de mogelijkheid dat de polishouders ook verliezen leiden niet volledig uit.

Ingevolge de MvT van het wetsvoorstel *Herstel en afwikkeling verzekeraars* moet een resolutie regime voor verzekeraars:

- de polishouders beschermen;
- verliezen toedelen aan de eigenaren (aandeelhouders) en crediteuren op een manier die de rangorde van vorderingen in faillissement respecteert;
- niet afhankelijk zijn van publieke middelen;
- onnodige vernietiging van waarde voorkomen, door het minimaliseren van de kosten van resolutie;
- zorgen voor snelheid, transparantie en voorspelbaarheid;
- mandaat creëren voor samenwerking, informatie-uitwisseling;
- coördinatie voor en tijdens resolutie, zowel nationaal als internationaal;
- zorgen dat bedrijven zonder overlevingskansen de markt ordentelijk kunnen verlaten;
- geloofwaardig zijn om zo marktdiscipline te versterken en prikkels te geven voor oplossingen vanuit de markt;
- en de continuïteit garanderen van de belangrijke financiële diensten voor het systeem.

In deze KA's is net als in overweging 117 richtlijn Solvabiliteit II o.a. het belang van de informatie-uitwisseling, coördinatie en samenwerking onderstreept.

Naast de FSB heeft ook de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) aanbevelingen uitgebracht in de vorm van een opinie ('Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs')¹⁵⁰³. Deze opinie bevat enkele aanbevelingen specifiek gericht op het herstel en afwikkeling van verzekeraars. Deze aanbevelingen komen voor een belangrijk deel overeen met de aanbevelingen van de FSB.

Ingevolge deze aanbevelingen dienen de verzekeraars herstelplannen op te stellen. In deze herstelplannen worden de mogelijkheden geïdentificeerd waarmee de verzekeraar zijn financiële positie kan verbeteren in tijden van stress.

De door de nationale wetgeving aangewezen autoriteit kan richtsnoeren uitbrengen of aanbevelingen doen voor het opstellen van deze plannen.

De EIOPA beschrijft een proces van opeenvolgende fasen voordat afwikkeling overwogen dient te worden, namelijk van crisispreventie-toezicht-herstelafwikkeling. Onderstreept wordt het belang van een gevarieerde set van maatregelen die ter beschikking van de toezichthouder staat teneinde de toezichthouder in staat te

¹⁵⁰¹ MvT Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars (Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars), <https://www.internetconsultatie.nl/afwikkelingverzekeraars/details>

¹⁵⁰² Zie 'Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states', EIOPA, p. 39.

¹⁵⁰³ Zie Crisis prevention van EIOPA, <https://eiopa.europa.eu/financial-stability-crisis-prevention/crisis-prevention>. Verder zie voor het document 'Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs', Opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority of 24 November 2014 on 'Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs', EIOPA-BoS-14/120 van 24 November 2014, https://eiopa.europa.eu/Publications/Opinions/EIOPA_Opinion_on_Sound_Principles_Crisis_Prevention_Management_and_Reso.pdf.

stellen om een verzekeraar af te kunnen wikkelen, zonder ernstige verstoringen van het financiële systeem of het inzetten van publieke middelen (belastinggeld) met waarborg voor de bescherming van belangrijke economische functies. In het opiniestuk van de EIOPA komen nationale aanbevelingen en richtsnoeren naar voren die de nationale autoriteit kan uitbrengen voor wat betreft het opstellen van de herstelplannen door de verzekeraar.

Op dit moment is het onduidelijk wat er gebeurt indien deze nationale aanbevelingen van elkaar afwijken. In haar document inzake harmonisatie en sanering (her)verzekeraars binnen de interne markt¹⁵⁰⁴ stelt de EIOPA dat:

“It is essential that Member States have a consistent framework and that national authorities are equipped with the necessary powers and tools to manage crisis situations effectively.”

Verder is het nog niet duidelijk wanneer een begin wordt gemaakt met de harmonisatie van de regeling herstel en afwikkeling van verzekeraars op het Europees niveau. Het zou immers wenselijk zijn dat deze maatregelen op het Europees niveau vast te leggen, zodat toepassing daarvan op een gelijke wijze plaatsvindt in de hele EU.¹⁵⁰⁵ Aan de andere kant wordt de harmonisatie op het Europees niveau bemoeilijkt door de binding van de herstel- en afwikkelingsregels met de op het nationaal niveau vastgestelde regels ten aanzien van insolventie, faillissement, ondernemingsrecht en verzekeringsrecht. Vooral nog lijkt er draagvlak te zijn voor de aanbeveling uit overweging 117 op het nationaal niveau, maar er is onduidelijkheid over de wijze van uitvoering.¹⁵⁰⁶

In overweging 118 van richtlijn Solvabiliteit II wordt de opdracht opgenomen voor het bieden van de garantie dat de maatregelen van de bevoegde autoriteiten in een lidstaat ter waarborging van de financiële soliditeit van een verzekeringsonderneming volle effect sorteert in de hele Gemeenschap:

“Er moet worden gegarandeerd dat de door de bevoegde instantie van een lidstaat vastgestelde saneringsmaatregelen die tot doel hebben de financiële soliditeit van een verzekeringsonderneming in stand te houden of te herstellen en liquidatie zoveel mogelijk te voorkomen, ten volle effect sorteren in heel de Gemeenschap”.

Hieruit blijkt het bewustzijn van de Europese wetgever dat maatregelen ter voorkoming van saneringsmaatregelen niet bij de landsgrenzen moeten stoppen maar voor voldoende effect desnoods in de hele Gemeenschap van kracht moeten zijn en tot uitvoering gebracht moeten worden. Dit is een eerste stap in de wederzijdse erkenning van elkaars maatregelen tussen de lidstaten en samenwerking in het bereiken van het gestelde doel, namelijk zo veel mogelijk effect voor de maatregelen die de financiële soliditeit van (her)verzekeraars dienen te waarborgen.

Ten aanzien van de bevoegdheden in een liquidatieprocedure staat in de 1^e zin van overweging 123 van richtlijn Solvabiliteit II dat: *“De bevoegde instanties van de lidstaat van herkomst dienen als enige gemachtigd te zijn om beslissingen inzake een liquidatieprocedure ten aanzien van een verzekeringsonderneming te nemen.”*

Voor wat betreft de erkenning van de beslissingen van de bevoegde instantie van een lidstaat in het kader van een liquidatieprocedure is in de 2^e zin van overweging 123 opgenomen dat: *“Deze beslissingen dienen in heel de Gemeenschap effect te sorteren en door alle lidstaten te worden erkend.”*

In de 3^e en 4^e zin van deze overweging wordt ingegaan op de bekendmaking van de beslissingen en het beschikbaar stellen van deze beslissingen aan de belanghebbenden.

¹⁵⁰⁴ Zie ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, EIOPA-BoS/17-148, 5 juli 2017, <https://eiopa.europa.eu/Pages/Consultations/EIOPA-CP-16-009-Discussion-Paper-on-Potential-Harmonisation-of-Recovery-and-Resolution-Frameworks-for-Insurers.aspx>.

¹⁵⁰⁵ Verder stelt de EIOPA dat *“such cooperation and coordination between foreign national authorities would allow for the swift recognition and implementation of resolution actions by authorities outside their jurisdictions”* in ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, p. 78.

¹⁵⁰⁶ Zie hierbij ook de doelstellingen van de EIOPA geformuleerd in het document ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, waarin is aangegeven dat *“EIOPA plans to continue with its work in the field of recovery and resolution and will initiate further work on the two relevant areas [...] (i) potential harmonisation of resolution funding and (ii) the potential harmonisation of IGSs (red. IGSs means insurance guarantee schemes).*

“De beslissingen dienen overeenkomstig de in de lidstaat van herkomst geldende procedures te worden bekendgemaakt, alsook in het Publicatieblad van de Europese Unie. De informatie dient ook beschikbaar te worden gesteld aan bekende, in de Gemeenschap gevestigde schuldeisers, die het recht moeten hebben vorderingen of opmerkingen in te dienen.”

Uit deze bepaling klinkt de wens door om besluiten van de bevoegde autoriteiten binnen de interne markt te verspreiden, zodat de informatie niet beperkt is tot binnen de landsgrenzen en tot bepaalde groepen van mensen en/of bedrijven maar dat er recht wordt gedaan aan mogelijke bestaande grensoverschrijdende overeenkomsten, verbintenissen.

In overweging 125 van richtlijn Solvabiliteit II is een bepaling van het toepasselijk recht op de liquidatieprocedure opgenomen. Hieruit blijkt dat: *“alle voorwaarden voor het openen, het verloop en het beëindigen van een liquidatieprocedure dienen te worden beheerst door het recht van de lidstaat van herkomst.”*

In overweging 126 zijn tevens de voorwaarden opgenomen van een gecoördineerd optreden van de lidstaten bij een liquidatieprocedure van een verzekeringsonderneming: *“Teneinde een gecoördineerd optreden van de lidstaten mogelijk te maken, dienen de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst en van alle andere lidstaten onverwijld op de hoogte te worden gebracht van het openen van een liquidatieprocedure.”*

Ten slotte is in overweging 129 van de richtlijn vastgelegd dat: *“Vorderingen van schuldeisers die in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst zijn gevestigd, dienen op dezelfde wijze te worden behandeld als soortgelijke vorderingen in de lidstaat van herkomst, zonder onderscheid op grond van nationaliteit of verblijfplaats.”*

Dit is een non-discriminatiebepaling (verbod van onderscheid op grond van nationaliteit of verblijfplaats), waaraan voldaan moet worden teneinde gelijke behandeling van de schuldeiser, ongeacht hun land van herkomst te waarborgen.

14.4. Conclusie

In dit hoofdstuk kwam het door richtlijn Solvabiliteit II beoogde doel om waarborgen te bieden voor een veilige en financieel stabiele verzekeringssector uitgebreid aan de orde. Door de risicogebaseerde kapitaal eis, die door de richtlijn is geïntroduceerd, zullen (her)verzekeraars naar verwachting hun risicobeheer verbeteren en hun producten en activiteiten mogelijk heroverwegen.

Een van de tekortkomingen waarop richtlijn Solvabiliteit II een oplossing wil bieden is de verstoring van de werking van de interne markt. Teneinde deze tekortkoming weg te nemen bevat richtlijn Solvabiliteit II verschillende doelstellingen. Deze doelstellingen zijn te vinden in de overwegingen bij de richtlijn en zijn gericht op het waarborgen van de toegang op de interne verzekeringsmarkt, het vaststellen van gecoördineerde voorschriften ten aanzien van (her)verzekeringsondernemingen, teneinde tot een geharmoniseerd rechtskader te komen voor alle aanbieders actief op de interne verzekeringsmarkt. Codificatie van de regels van prudentiële beoordeling is eveneens een belangrijke doelstelling net als het komen tot gecoördineerde regels ten aanzien van de assurantiebelasting, toezicht en handhaving hiervan in grensoverschrijdende situaties. Verder is de toegang van de verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt een belangrijke doelstelling van de richtlijn. Gelijke behandeling van alle verzekeringnemers en begunstigden ongeacht hun nationaliteit en woonplaats, biedt noodzakelijke waarborgen voor de goede werking van de interne verzekeringsmarkt en zou de voordelen van de interne markt ook voor de verzekeringnemers toegankelijk maken. Tenslotte stelt de richtlijn als doelstelling om tot een relevant rechtskader te komen ten aanzien van de sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen en het waarborgen hiervan op het niveau van de Gemeenschap. Kaders waarbinnen dit zou plaatsvinden en de hiervoor relevante beginselen zijn inmiddels door de EIOPA in haar opiniestuk uitgewerkt, met een speciale aandacht voor grensoverschrijdende samenwerking en coördinatie.

Verschillende in dit hoofdstuk behandelde doelstellingen tonen aan dat de Europese wetgever zeer bewust is van de uiteenlopende regels ingebed in de afzonderlijke jurisdicties en verschillende toezichtstructuren van de lidstaten en dat op dit moment harmonisatie van een deel van deze regels niet aan de orde is of kan zijn. Verder zijn doelstellingen ten aanzien van bijvoorbeeld gelijke behandeling van verzekeringnemers en begunstigden en tot het komen van een rechtskader voor herstel en sanering onvoldoende ambitieus om de

bestaande tekortkomingen op de interne markt weg te nemen. Het uitblijven voor adequate maatregelen voor handhaving en toezicht ten aanzien van naleving van de bepalingen ten aanzien van assurantiebelasting en discriminatieverbod hebben een negatieve invloed op de werking van de interne verzekeringsmarkt.

15. Richtlijn Solvabiliteit II getoetst aan de doelstellingen betreffende de interne markt

15.1. Inleiding

In hoofdstuk 14 werden de in richtlijn Solvabiliteit II geformuleerde doelstellingen gerelateerd aan de goede werking van de interne markt geïdentificeerd en toegelicht. Het enkel noemen van de doelstellingen en plannen ter verbetering van de werking van de interne markt is echter zinloos als deze doelstellingen uit de preambule niet worden gerealiseerd middels de bepalingen van de richtlijn.

In dit hoofdstuk wordt beoordeeld of de in hoofdstuk 14 vastgestelde doelstellingen in de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II zijn uitgewerkt en zo ja, hoe is dit gebeurd en welk resultaat valt hiervan te verwachten. Met welke instrumenten beoogt de wetgever de werking van de interne verzekeringsmarkt te waarborgen en hebben deze het beoogde effect?

Doel van deze beoordeling is om te toetsen in hoeverre de door de Europese wetgever gestelde doelen gerealiseerd zijn middels de bepalingen van de richtlijn.

Om deze toets zo concreet mogelijk in te kaderen wordt aan de hand van de volgende doelstellingen een onderzoek uitgevoerd:

- a) betere toegang (her)verzekeraars tot de interne markt;
- b) gecoördineerde voorschriften;
- c) geharmoniseerd rechtskader;
- d) codificatiecriteria betreffende prudentiële beoordeling;
- e) toegang verzekeringnemers tot de interne markt;
- f) toepassing art. 7 verordening Rome I;
- g) gelijke behandeling verzekeringnemers en begunstigden; en
- h) rechtskader voor de sanering en liquidatie verzekeraars.

Andere doelstellingen, zoals totstandbrenging van de interne markt en aan de assurantiebelasting gerelateerde wensen, die in hoofdstuk 14 wel zijn geïdentificeerd en toegelicht, zijn niet als toetscriteria geselecteerd. Reden hiervoor is het feit dat ten aanzien van deze laatste doelstellingen veel meer nodig is dan enkele beoordeling van de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II om bijvoorbeeld te bepalen of de interne markt tot stand is gebracht (zie hiertoe de in paragraaf 14.3.3. van dit proefschrift toegelichte doelstelling). Of de interne markt werkelijk tot stand wordt gebracht zal immers blijken uit het gedrag van de marktgebruikers. Uiteraard kunnen bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II deze marktpartijen belemmeren of juist helpen om volop gebruik te maken van de interne markt.

Assurantiebelasting is buiten deze toetsing gelaten aangezien in de preambule van richtlijn Solvabiliteit II niet de doelstelling is gesteld om verschillen in de assurantiebelasting middels de bepalingen van deze richtlijn te verminderen of weg te nemen. In overweging 87 van richtlijn Solvabiliteit II zijn de verschillen tussen de bestaande assurantiebelasting en parafiscale heffingen tussen de lidstaten onderkend. Verder is ook vastgelegd dat richtlijn Solvabiliteit II deze verschillen niet kan wegnemen.

Aan het einde van dit hoofdstuk worden conclusies geformuleerd voor wat betreft de resultaten van de beoordeling de voornoemde toetscriteria a t/m h aan de bepalingen van de richtlijn.

15.2. Toetscriterium betere toegang (her)verzekeraars tot de interne markt

In deze paragraaf wordt ingegaan op de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II die relevant zijn voor het toetscriterium *betere toegang tot de interne markt*. Hier worden de bepalingen uit deze richtlijn onderzocht die een bijdrage zouden (kunnen) leveren ten behoeve van een betere toegang van verzekeraars en herverzekeraars tot de interne verzekeringsmarkt.

Richtlijn Solvabiliteit II houdt binnen het kader van de zogenoemde Lamfalussy-structuur enkel hoofdlijnen van het toezichtkader in. Om die reden wordt in deze paragraaf naast de bepalingen van de richtlijn (waar relevant) ook verwezen naar de bepalingen van de Gedelegeerde Verordening.

Deze Gedelegeerde Verordening, rechtstreeks van toepassing binnen de interne verzekeringsmarkt, kan gezien worden als de regelgeving binnen het niveau twee van de Lamfalussy-structuur die meer gedetailleerde regels inhoudt.¹⁵⁰⁷ Deze regels zijn door de Commissie opgesteld. Of de in het toetscriterium opgenomen doelstelling gerealiseerd is wordt onderzocht aan de hand van de volgende deelonderwerpen:

- de toegang van de (her)verzekeringsondernemingen tot de interne markt middels één vergunning verkregen in het zetelland (lidstaat);
- de voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor;
- de bepaling inzake het land waar het hoofkantoor van de (her)verzekeraar zich bevindt;
- het beginsel van premievrijheid en het verbod op voorafgaande toestemmingseisen ten aanzien van de verzekeringsvoorwaarden door de lidstaat van ontvangst;
- de uitzonderingen ten behoeve van de bescherming van het algemeen belang;
- de mogelijkheid om reclame te maken in de lidstaat van ontvangst.

15.2.1. Toegang tot de markt middels één vergunning

In art. 14 van richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat de toegang tot het uitoefenen van het (her)verzekeringsbedrijf dat onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt is afhankelijk van het verkrijgen van een vergunning. In art. 15 van de richtlijn is vervolgens bepaald dat een vergunning verkregen ingevolge art. 14 geldt voor de hele Gemeenschap (alle EER-landen). Verder is in art. 17 van de richtlijn bepaald dat een onderneming, die ingevolge het voornoemde art. 14 een vergunning zal aanvragen, één van de in bijlage III vermelde rechtsvormen moet aannemen. Deze bepaling zorgt ervoor dat in de hele Gemeenschap alleen ondernemingen met een bepaalde rechtsvorm een vergunning voor het uitoefenen van verzekerings- of herverzekeringsactiviteiten kunnen krijgen. Tevens is ingevolge art. 18 gewaarborgd dat lidstaten gelijke voorwaarden stellen aan het verlenen van de vergunning aan een onderneming. Ten slotte is in art. 18 van de richtlijn bepaald dat in alle lidstaten een verbod op het nevenbedrijf ten aanzien van een (her)verzekeringsonderneming geldt:

“De lidstaat van herkomst eist dat ondernemingen die een vergunning aanvragen:

- a) als het om verzekeringsondernemingen gaat, hun doel beperken tot het verzekeringsbedrijf en verrichtingen die daaruit rechtstreeks voortvloeien, met uitsluiting van elke andere handelsactiviteit;*
- b) als het om herverzekeringsondernemingen gaat, hun doel beperken tot herverzekeringswerkzaamheden en daarmee samenhangende verrichtingen. Dit vereiste kan tevens de functie van holding omvatten evenals werkzaamheden op het gebied van de financiële sector in de zin van artikel 2, punt 8, van Richtlijn 2002/87/EG.”*

15.2.2. Voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor

In art. 145 van de richtlijn zijn de voorwaarden voor het vestigen van een bijkantoor¹⁵⁰⁸ opgenomen. Iedere verzekeringsonderneming, die een bijkantoor wil vestigen in een andere lidstaat dan haar zetelland, zal de toezichthoudende autoriteit van haar zetelland hierover moeten informeren. Door te bepalen dat de lidstaten deze regels in hun nationale wetgeving moeten opnemen is er waarborg ontstaan voor een gelijke werkwijze binnen de interne markt ten aanzien van het vestigen van bijkantoren. Eveneens geldt er een gelijke definitie van het bijkantoor van een verzekeraar met zetel in een lidstaat binnen de Gemeenschap, zoals gewaarborgd middels art. 145, lid 1 van de richtlijn.¹⁵⁰⁹ Ingevolge art. 145 lid 2 van de richtlijn is ervoor gezorgd dat de eisen gesteld aan de kennisgeving ook geharmoniseerd zijn binnen de lidstaten. Art. 145 lid 1 en 2 bevat geen nieuwe bepalingen ten opzichte de

¹⁵⁰⁷ Zie Consultatie MvT Implementatiewet Solvabiliteit II, p. 2.

¹⁵⁰⁸ Ingevolge art. 145 lid 1 richtlijn Solvabiliteit II wordt met een bijkantoor gelijkgesteld “elke duurzame aanwezigheid van een onderneming op het grondgebied van een lidstaat, ook indien die aanwezigheid niet de vorm heeft van een bijkantoor, maar enkel bestaat uit een bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen”.

¹⁵⁰⁹ Ten aanzien van bijkantoren van verzekeraars met zetel in een derde land geldt ingevolge art. 162 lid 3 richtlijn Solvabiliteit II een afzonderlijke definitie: “een duurzame aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat van een in lid 1 (red. gaat om art. 162) bedoelde onderneming waaraan in die lidstaat vergunning is verleend en die het verzekeringsbedrijf uitoefent”.

voor deze richtlijn reeds bestaande regelgeving, aangezien de hierin opgenomen regels afkomstig zijn uit eerdere richtlijnen:

- de bepaling uit art. 145 lid 1, eerste alinea is afkomstig uit art. 10, lid 1 van de richtlijn 73/239/EEG;¹⁵¹⁰
- de bepaling uit art. 145, lid 1, tweede alinea is afkomstig uit art. 3 richtlijn 88/357/EEG;¹⁵¹¹
- de bepaling uit art. 145 lid 2 is afkomstig uit art. 10, lid 2 eerste alinea van de richtlijn 73/239/EEG.¹⁵¹²

Ingevolge art. 146 van de richtlijn zijn criteria vastgesteld waaraan de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst de notificatie van de verzekeringsonderneming, die een bijkantoor wil vestigen in een andere lidstaat, gaat beoordelen. Lid 1 van art. 146 somt deze relevante aspecten op:

- deugdelijkheid van het governancestelsel;
- financiële positie van de verzekeringsonderneming;
- betrouwbaarheids- en deskundigheidseisen van de algemene gevolmachtigde.

Indien de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst geen twijfel heeft over de voornoemde aspecten en tevens verklaart dat de verzekeringsonderneming voldoet aan het solvabiliteitskapitaalvereiste en minimumkapitaalvereiste, dan stuurt deze hierover een berichtgeving aan de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van ontvangst (de lidstaat waar het bijkantoor wordt gevestigd). Na ontvangst van de informatie deelt de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van ontvangst, binnen twee maanden aan de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst de voorwaarden mede waaronder de werkzaamheden van het bijkantoor in de lidstaat van ontvangst moeten worden uitgeoefend. Deze voorwaarden houden verband met de bepalingen van algemeen belang zoals die vastgesteld zijn in de lidstaat van ontvangst. De toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst geeft deze informatie door aan de betrokken verzekeringsonderneming.

Ingevolge lid 3 art. 146 kan de verzekeringsonderneming met de werkzaamheden van het bijkantoor beginnen vanaf de datum waarop de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst voornoemde mededeling heeft ontvangen of, indien zo'n mededeling niet werd ontvangen, bij het verstrekken van de termijn van twee maanden waarbinnen de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van ontvangst zou moeten reageren.

Voornoemde bepalingen geven aan dat het vestigen van een bijkantoor van een verzekeraar met zetel in een lidstaat op de hele interne markt, aan gelijke voorwaarden is verbonden en volgens een goed beschreven proces plaatsvindt. Overigens is de bepaling uit art. 146 niet nieuw in richtlijn Solvabiliteit II maar afkomstig uit art. 10, lid 3 van de richtlijn 73/239/EEG.¹⁵¹³ Verder is met richtlijn Solvabiliteit II geen enkele nieuwe bepaling of voorwaarde toegevoegd aan het eerder bestaande rechtskader betreffende het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten zoals opgenomen in Hoofdstuk VIII, titel I van de richtlijn.

15.2.3. Plaats hoofdkantoor (her)verzekeraars

Ingevolge art. 20 richtlijn Solvabiliteit II¹⁵¹⁴ eisen de lidstaten dat het hoofdkantoor van een verzekerings- en/of herverzekeringsonderneming in die lidstaat bevindt waar de onderneming haar statutaire zetel heeft. Deze bepaling is van belang voor het vaststellen van de lidstaat van herkomst en het vaststellen van de bevoegde toezichthouder ingevolge het home country control systeem. Het is van wezenlijk belang dat het uitgangspunt betreffende de vaststelling van het land waar het hoofdkantoor zich bevindt in alle lidstaten gelijk is. Hiermee kan mogelijk voorkomen worden dat ondernemingen hun hoofdkantoor verplaatsen indien de wet- en regelgeving in een bepaald land voor hen een gunstiger ondernemingsklimaat waarborgen.

Voor wat betreft het verplaatsen van een hoofdkantoor is het wel van belang dat het ondernemingsrecht in de verschillende lidstaten afwijkende bepalingen kent inzake de voorwaarden waaronder een vennootschap haar

¹⁵¹⁰ Zie ook art. 32 lid 1 van de richtlijn 92/49/EEG en art. 40, lid 1 van de richtlijn 2002/83/EG.

¹⁵¹¹ Zie ook art. 1, onder b), tweede zin van richtlijn 2002/83/EG.

¹⁵¹² Zie ook art. 32, lid 2, eerste alinea van de richtlijn 92/49/EEG en art. 40, lid 2 van de richtlijn 2002/83/EG.

¹⁵¹³ Zie ook art. 32, lid 3 van de richtlijn 92/49/EEG en art. 40, lid 3, van de richtlijn 2002/83/EG.

¹⁵¹⁴ De bepaling uit art. 20 richtlijn Solvabiliteit II is afkomstig uit art. 8, lid 1 bis van de richtlijn 73/239/EEG, art. 6 punt 3 richtlijn 2002/83/EG en art. 8 richtlijn 2005/68/EG.

bestuurszetel naar een ander lidstaat kan verplaatsen. De mogelijkheden voor het verplaatsen van de bestuurszetel hangen af van de aanknopingsleer die de lidstaat van herkomst kent.¹⁵¹⁵

In het geval dat de desbetreffende lidstaat uitgaat van de incorporatieleer¹⁵¹⁶ zal de verplaatsing van de werkelijke zetel van de onderneming mogelijk zijn. Indien de lidstaat van de werkelijke zetelleer¹⁵¹⁷ uitgaat dan zal de scheiding van de werkelijke en statutaire zetel niet mogelijk zijn.

Het HvJ oordeelde in zijn Daily Mail-arrest¹⁵¹⁸ dat de voorwaarden waaronder een onderneming haar bestuurszetel naar een andere lidstaat kan verplaatsen, afhangen van het nationale recht van de staat waar zij is opgericht en van waaruit zij zich gaat vestigen.

Art. 20 richtlijn Solvabiliteit II biedt waarborgen van rechtszekerheid, maar ondanks de ferme taal inzake de eis gerelateerd aan het hoofdkantoor, kan mogelijk niet voorkomen dat verzekeraars en herverzekeraars, afhankelijk van hun nationale vennootschapsrechtelijke regels, hun hoofdkantoor kunnen verplaatsen.

“De lidstaten eisen dat het hoofdkantoor van een verzekerings- en herverzekeringsonderneming zich bevindt in de lidstaat waar de statutaire zetel is gevestigd.

Deze bepaling is niet nieuw in de Richtlijn en geldt sinds de richtlijn 73/239/EEG (art. 8, lid 1 bis).

15.2.4. Het beginsel van premievrijheid en verbod op voorafgaande goedkeuringseisen

Belangrijk onderdeel van het waarborgen van een betere toegang tot de interne markt is een gebrek aan inmenging van de lidstaten voor wat betreft de relevante elementen van de verzekeringsovereenkomst en de hoogte van de verzekeringspremies.

In art. 21 richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat de lidstaten geen voorafgaande goedkeuring wensen van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten. Verder wordt ook geen voorafgaand goedkeuringsvereiste toegepast ten aanzien van de tarieven (verzekeringspremie). Hieronder vallen de berekening van de tarieven en de voor de technische voorzieningen gehanteerde technische grondslagen en de formulieren. Tevens bevat dit artikel ook een bepaling die de kring van de van voorafgaande goedkeuring vrijgestelde documenten uitbreidt naar overige documenten waarvan de onderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers of cederende of retrocederende ondernemingen. In lid 2 van art. 21 is bepaald dat de lidstaten niet zullen vasthouden aan bestaande voorafgaande kennisgeving of goedkeuring van voorgenomen tariefverhoging uit hun nationale wetgeving. Tevens is in dit artikellid bepaald dat de lidstaten eveneens geen dergelijke maatregelen zullen opnemen in hun nationale wetgeving. Dit betekent dat eventuele belemmeringen, die een voorafgaand goedkeuringsvereiste inhouden ten aanzien van de verzekeringsvoorwaarden en premie, worden afgeschaft en dat in de toekomst geen nieuwe voorafgaande goedkeuringseisen zullen worden opgenomen in de nationale wetgeving. Ten aanzien van de voornoemde hoofdregel, die uitgaat van het beginsel dat de lidstaten van ontvangst geen voorafgaande goedkeuring van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, verzekeringspremie, tarieven en formulieren alsmede andere documenten waarvan een verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers eisen, zijn in richtlijn Solvabiliteit II wel uitzonderingen opgenomen.

Het in art. 21 opgenomen beginsel van premievrijheid is een belangrijk onderdeel van de toegang tot de interne markt. Toegang mag niet afhangen van enige voorafgaande beoordeling van activiteiten indien een verzekeraar reeds een vergunning heeft verkregen in een van de lidstaten en via een notificatieprocedure kenbaar heeft gemaakt actief te willen zijn in een andere lidstaat via een bijkantoor of vrije dienstverrichting. De lidstaten mogen verder de verzekeringspremies ook niet aan voorafgaande goedkeuring onderwerpen.

¹⁵¹⁵ Wuisman 2011, p. 46.

¹⁵¹⁶ De incorporatieleer knoopt aan bij het recht van het land volgens welk de vennootschap is opgericht. Dit zal in veel gevallen overeenkomen met het land waar de statutaire zetel is gevestigd, maar dat is niet noodzakelijk. Nederland, Engeland, Ierland en de Scandinavische landen kennen deze leer in hun vennootschapsrecht.

¹⁵¹⁷ Het werkelijke zetelleer gaat bij de bepaling van het toepasselijke recht op een vennootschap uit van het recht van het land waarmee de vennootschap feitelijk de sterkste maatschappelijke en economische band heeft. Dit is het land waar de werkelijke zetel van deze vennootschap zich bevindt. De werkelijke zetel is derhalve een sterk feitelijk begrip en wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. De werkelijke zetelleer is gericht op het recht van het land waar de werkelijke zetel is gevestigd. Duitsland, Frankrijk, België, Spanje, Italië, Luxemburg, Oostenrijk en Portugal kennen deze leer in hun vennootschapsrecht.

¹⁵¹⁸ Arrest HvJ EG 27 september 1988, C-81/87 (The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC), ECLI:EU:C:1988:456.

Uitgaande van het arrest in de zaak DKV Belgium/VZW¹⁵¹⁹ zou dit verbod ook in moeten houden dat de verzekeringspremie niet door de lidstaat gemaximeerd zou kunnen worden, maar dat het mogelijk blijft om een premieverhoging of wijziging van de verzekeringsvoorwaarden aan een bepaalde nationale regeling te binden. In deze zaak is aan het HvJ een prejudiciële vraag gesteld over de uitleg van de artikelen 29 en 39, leden 2 en 3 van de richtlijn 92/49/EEG¹⁵²⁰, alsmede de artikelen 49 en 56 VWEU. Het verzoek was ingediend in het kader van een geding tussen DKV Belgium NV (hierna: “DKV”) en de Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop VZW (hierna: “VZW”) over de tariefverhoging van de verzekeringspremies betreffende de aanvullende hospitalisatieverzekering.

Artikel 29 van de richtlijn 92/49 bepaalde:

“De lidstaten stellen geen bepalingen vast waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geëist van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven, en de formulieren en andere documenten waarvan een verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers. Voor het toezicht op de naleving van de nationale bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomsten, kunnen zij alleen een niet-systematische mededeling van deze voorwaarden en andere documenten eisen, zonder dat dit vereiste voor de verzekeringsonderneming een voorwaarde vooraf voor de uitoefening van haar werkzaamheden mag vormen. De lidstaten kunnen de voorafgaande kennisgeving of de goedkeuring van voorgestelde tariefverhogingen alleen als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem handhaven of invoeren.”

Voor wat betreft art. 39, leden 2 en 3, van de richtlijn 92/49, hierin waren de volgende bepalingen opgenomen:

“2. De lidstaat van het bijkantoor of de lidstaat van dienstverrichting stelt geen bepalingen vast waarin de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling wordt geëist van de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolissen, de tarieven, en de formulieren en andere documenten waarvan een verzekeringsonderneming gebruik wil maken in haar betrekkingen met de verzekeringnemers. Voor het toezicht op de naleving van zijn nationale bepalingen betreffende verzekeringsovereenkomsten kan hij van een verzekeringsonderneming die op zijn grondgebied in het kader van het recht van vestiging of in het kader van het vrij verrichten van diensten het verzekeringsbedrijf wenst uit te oefenen, slechts een niet-systematische mededeling eisen van deze voorwaarden of andere documenten waarvan zij gebruik wenst te maken, zonder dat dit vereiste voor de verzekeringsonderneming een voorwaarde vooraf voor de uitoefening van haar werkzaamheden mag vormen.

3. De lidstaat van het bijkantoor of de lidstaat van dienstverrichting kan de voorafgaande kennisgeving of de goedkeuring van voorgestelde tariefverhogingen alleen als onderdeel van een algemeen prijscontrolesysteem handhaven of invoeren.”

DKV (een verzekeringsonderneming in de sector ziekteverzekeringen) had in december 2009 haar verzekerden geïnformeerd over de verhoging van de premie voor de aanvullende hospitalisatieverzekering eenpersoonskamer na de hoofdvervaldag met een percentage van 7,84%. Gebleken is dat DKV de CBFA¹⁵²¹ ter zake om toestemming heeft verzocht, maar geen toestemming voor de verhoging van de tarieven heeft gekregen. DKV voerde de verhoging desondanks door. VZW vroeg de rechter om de premieverhoging ongedaan te maken.

DKV stelde dat een bepaling op basis waarvan voorafgaande goedkeuring nodig is voor een tariefverhoging onverenigbaar is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting van de verzekeringsonderneming die in een andere lidstaat dan het Koninkrijk België is gevestigd en in België ziekteverzekeringsovereenkomsten wenst te sluiten.

Tijdens de behandeling bleek uit de zienswijze van de Commissie dat ze van oordeel waren dat de in hoofdgeding aangehaalde regeling strijdig was met het beginsel van tariefvrijheid.

Het HvJ bepaalde dat de artikelen 29 en 39, leden 2 en 3, van richtlijn 92/49/EEG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat, die in het kader van andere dan

¹⁵¹⁹ Zie HvJ EU 7 maart 2013, C-577/11 (DKV Belgium/VZW), ECLI: EU:C:2013:146.

¹⁵²⁰ 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 L 228, p. 1),

¹⁵²¹ Hier gaat het om de Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA) die op 1 april 2011 van naam wijzigde als gevolg van haar aangepast opdrachtenpakket, inzonderheid haar exclusieve bevoegdheden inzake het toezicht op de gedragsregels. De Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) is de opvolger van de CBFA.

beroepsgebonden ziektekostenverzekeringsovereenkomsten, bepalingen vaststelt krachtens welke de premie, de vrijstelling en de prestatie op de jaarlijkse premievervaldag enkel onder bepaalde voorwaarden mogen worden aangepast. Verder bepaalde het HvJ dat de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling zoals hierboven weergegeven ten aanzien van de aanpassing van de premie, eigen risico en voorwaarde van de verzekeringsovereenkomst, voor zover er geen minder ingrijpende maatregel bestaat waarmee onder dezelfde voorwaarden het doel van de bescherming van de consument tegen aanzienlijke en onverwachte verhogingen van de verzekeringspremie kan worden verwezenlijkt. Aangezien art. 21 van richtlijn Solvabiliteit II voor het relevante deel maar weinig afwijkt van de bewoording van artikelen 29 van de richtlijn 92/49/EEG stel ik vast dat voornoemde oordeel van het HvJ ook stand zou houden onder richtlijn Solvabiliteit II.

Voor het beginsel van tarievenvrijheid is ook de zaak Commissie tegen Italië¹⁵²² van belang. In deze zaak werd een wettelijke maatregel van Italië bestreden. Op grond van deze maatregel mochten de tarieven van de motorrijtuigverzekering niet verhoogd worden.

Het HvJ oordeelde dat een bevrozing van de tarieven van een verzekering, die onder art. 29 van de Derde Schaderichtlijn¹⁵²³ viel, niet geoorloofd was en dat een exceptie van algemeen belang ingevolge art. 28 Derde Schaderichtlijn¹⁵²⁴, geen afbreuk kon doen aan de tarievenvrijheid. Hierbij is relevant om te weten dat de tarievenvrijheid ingevolge de Derde Schaderichtlijn, die inmiddels vervangen is door richtlijn Solvabiliteit II, niet absoluut was. In het geval dat een lidstaat een technisch kader instelde, aan de hand waarvan de verzekeraars de hoogte van hun premie moesten berekenen, bestond geen strijd met de tarievenvrijheid. De verzekeraar bleef immers vrij om zijn basispremie te berekenen.

In het arrest Commissie tegen Italië¹⁵²⁵ oordeelde het HvJ dat de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest om het beginsel van tarievenvrijheid te waarborgen in de schadeverzekeringsbranche. Onder dit beginsel vallen ook de verplichte verzekeringen zoals de wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen. Het HvJ oordeelde derhalve dat het beginsel van tarievenvrijheid betekent dat ieder stelsel van voorafgaande of systematische mededeling en goedkeuring van de tarieven, die een verzekeringsmaatschappij voornemens is in haar betrekkingen met de verzekeringnemers te hanteren, is verboden.

Volgens het HvJ de enige, op dit beginsel toegelaten uitzondering heeft betrekking op de voorafgaande mededeling en de goedkeuring van ‘tariefverhogingen’ in het kader van een “*algemeen voor alle contracten voor wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor prijscontrolesysteem*”.¹⁵²⁶

In deze zaak handelde de Italiaanse Republiek in strijd met richtlijn 92/49/EEG door een systeem in te voeren tot bevrozing van de tarieven motorvoertuigen. Deze bevrozing gold voor alle in Italië gelegen risico’s (d.w.z. in Italië geregistreerde motorrijtuigen), zonder onderscheid tussen in Italië gevestigde verzekeringsmaatschappijen en die welke aldaar hun activiteiten uitoefenen via bijkantoren dan wel in het kader van het vrij verrichten van diensten.

In het arrest van HvJ in de zaak C-347/02 Commissie tegen Frankrijk vormde het Franse bonus-malussysteem het onderwerp van geschil. Volgens het HvJ verschilt dit systeem van de Italiaanse regeling uit de zaak C-59/01 voor wat betreft het effect van het systeem op de tarieven van de verzekeringsmaatschappijen. Dit Franse systeem had weliswaar gevolgen voor de ontwikkeling van de verzekeringspremies, maar leidde niet tot een rechtstreekse vaststelling van de tarieven door de staat, aangezien aan de verzekeringsmaatschappijen de vrijheid werd behouden om de hoogte van de basispremies vast te stellen. Onder deze omstandigheden kon het Franse bonus-malussysteem volgens het HvJ niet gelijk worden gesteld met een systeem van goedkeuring van tarieven dat in strijd is met het beginsel van tarievenvrijheid. Van een volledige tariefharmonisatie ter zake van schadeverzekerings, met uitsluiting van iedere nationale maatregel, die gevolgen voor de tarieven kan hebben, kan immers geen sprake zijn zolang de gemeenschapswetgever zijn wil daartoe niet duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht.¹⁵²⁷ De Commissie is in

¹⁵²² Arrest HvJ EG 25 februari 2003, C-59/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:102.

¹⁵²³ Deze art. 29 uit de Derde Schaderichtlijn is opgenomen in art. 21 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁵²⁴ Deze art. 28 uit de Derde Schaderichtlijn is te vinden in art. 180 van richtlijn Solvabiliteit II.

¹⁵²⁵ Zie r.o. 27 uit het arrest HvJ EG 25 februari 2003, C-59/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:102.

¹⁵²⁶ Zie hierbij ook het arrest HvJ EG 7 september 2004, C-347/02 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:2004:486.

¹⁵²⁷ HvJ EG 7 september 2004, C-347/02 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:2004:486.

deze zaak in ongelijke gesteld, net als in de zaak Commissie/Luxemburg waar het HvJ over het bonusmalussysteem in Luxemburg oordeelde.¹⁵²⁸

Gelet op het bovenstaande ligt het beginsel van tariefvrijheid vast in richtlijn Solvabiliteit II. Deze bepaling, zoals opgenomen in art. 21 van richtlijn Solvabiliteit II, houdt geen absoluut verbod in. Middels deze bepaling zijn immers niet alle nationale bepalingen, die gevolgen voor de verzekeringspremies kunnen hebben, uitgesloten, zolang de gemeenschapswetgever zijn wil daartoe niet duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht. Het HvJ¹⁵²⁹ heeft op basis van eerdere soortgelijke bepalingen uit de richtlijnen meerdere gevallen behandeld (zie voornoemde arresten) en steeds een verduidelijking toegevoegd aan het beoordelingskader dat van toepassing is op eventuele maatregelen van de lidstaten gericht op de verzekeringspremies.

Het in art. 21 richtlijn Solvabiliteit II opgenomen verbod is ook neergelegd in art. 154 van richtlijn Solvabiliteit II (afdeling ‘Bevoegdheden van toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van ontvangst’). Tevens is een soortgelijke bepaling ten aanzien van schadeverzekeringen opgenomen in art. 181 van de richtlijn en ten aanzien van levensverzekeringen in art. 182 (hier gaat het om de afdeling betreffende de voorwaarden van verzekeringsovereenkomsten en tarifiering). Deze laatste twee artikelen zijn onderdeel van het hoofdstuk dat betrekking heeft op ‘Toepasselijk recht en voorwaarden van directe verzekeringsovereenkomsten’.

Aangezien de in voornoemde artikelen opgenomen bepalingen geen nieuwe elementen zijn in het relevante rechtskader (ze zijn immers met kleine aanpassing overgenomen uit richtlijn 92/49/EEG) is geen sprake van een verbetering ten aanzien van dit onderwerp in richtlijn Solvabiliteit II. Om die reden brengen deze bepalingen ook geen verbetering met zich mee voor wat betreft een betere toegang tot de interne markt en het bevorderen van het vrij verkeer van verzekeringsdiensten.

15.2.5. Uitzonderingsbepalingen ter bescherming van het algemeen belang

In art. 206 van richtlijn Solvabiliteit II (hoofdstuk betreffende het ‘Toepasselijk recht en voorwaarden van directe verzekeringsovereenkomsten’) is een uitzonderingsbepaling opgenomen ten aanzien van verzekeraars die een volksverzekering tegen ziektekosten uitvoeren. Uit deze bepaling volgt de bevoegdheid van de lidstaten, waar deze overeenkomsten worden gesloten, om te bepalen dat deze overeenkomsten aan de door die lidstaat vastgestelde bijzondere wettelijke bepalingen moeten voldoen. Deze bepalingen zijn bedoeld ter bescherming van het algemeen belang, waarop de verzekeringsovereenkomst betrekking heeft, zoals volksgezondheid.

In art. 206 van de richtlijn is tevens het recht van de lidstaat vastgelegd om voorafgaand het gebruik van de verzekeringsovereenkomst (vaak een modelovereenkomst) in kennis te worden gesteld van de algemene en bijzondere voorwaarden van deze overeenkomst. Ingevolge lid 2 van dit artikel kunnen lidstaten voorwaarden stellen aan het beheer van deze ziektekostenverzekeringen. Hierbij kan het beheer plaatsvinden op een met de levensverzekeringen vergelijkbare technische basis waarbij aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de premies worden berekend op basis van ziekteafslagen en andere relevante statistische gegevens van de lidstaat waar het risico is gelegen volgens de bij verzekeringen gehanteerde wiskundige methode;
- er wordt een ouderdomsreserve aangelegd;
- de verzekeraar mag de overeenkomst alleen binnen een door de lidstaat van het risico bepaalde periode sluiten;
- de overeenkomst voorziet in verhoging van de premie en verlaging van de uitkering ook bij lopende overeenkomsten;
- de overeenkomst voorziet in de mogelijkheid van de verzekeringnemer zijn lopende overeenkomst te wijzigen.

¹⁵²⁸ HvJ EG 7 september 2004, C-346/02 (Commissie/Luxemburg), ECLI:EU:C:2004:485.

¹⁵²⁹ Zie de arresten HvJ EG 7 september 2004, C-347/02 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:2004:486, HvJ EG 7 september 2004, C-346/02 (Commissie/Luxemburg), ECLI:EU:C:2004:485, HvJ EG 25 februari 2003, C-59/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:102, HvJ EU 7 maart 2013, C-577/11 (DKV Belgium/VZW), ECLI:EU:C:2013:146 en HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15 (Deutsche Parkinson Vereinigung), ECLI:EU:C:2016:776.

Deze bepalingen, ter bescherming van het algemeen belang, sluit niet vanzelfsprekend aan bij de doelstellingen van richtlijn Solvabiliteit II, meer specifiek het waarborgen van een beter toegang tot de interne markt. Verder, ook al doet de uitzonderingsbepaling uit art. 206 van richtlijn Solvabiliteit II anders vermoeden is het volgens Rijken¹⁵³⁰ hoogst onzeker of die uitzondering toegepast kan worden om het beginsel van premievrijheid opzij te zetten.

Evenals in art. 206 van richtlijn Solvabiliteit II is in art. 207 (hoofdstuk die betrekking heeft op ‘Toepasselijk recht en voorwaarden van directe verzekeringsovereenkomsten’) ook een uitzondering opgenomen ten aanzien van de verplichte arbeidsongevallenverzekering. Dit artikel bevat de mogelijkheid van de lidstaten om van de verzekeraars, die op hun grondgebied voor eigen risico de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering sluiten, te verlangen dat zij specifieke voorschriften naleven. Deze specifieke voorschriften zijn te vinden in de nationale wetgeving van de lidstaten waar het risico is gelegen. Bepalingen betreffende het financieel toezicht zijn nadrukkelijk uitgesloten van deze specifieke voorschriften.

15.2.6. Reclame

Hoofdstuk VIII van richtlijn Solvabiliteit II getiteld: ‘Recht van vestiging en het vrij verkeer van diensten’, afdeling 3 getiteld: ‘Bevoegdheden van de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van ontvangst’ bevat art. 156 inzake de mogelijkheid om reclame te maken in de lidstaat van ontvangst.¹⁵³¹ In dit artikel is bepaald dat verzekeringsondernemingen met hoofdkantoor in een lidstaat gebruik mogen maken van alle in de lidstaat van ontvangst beschikbare communicatiemiddelen om reclame te maken voor hun diensten, mits zij de om redenen van algemeen belang vastgestelde voorschriften inzake vorm en inhoud van deze reclame in acht nemen.

Deze bepaling uit richtlijn Solvabiliteit II is niet nieuw. Een vergelijkbare bepaling was te vinden in art. 41 van de Derde Schaderichtlijn en art. 41 van de Derde Levensrichtlijn. Doel van de bepaling is het vergemakkelijken van vrije vestiging en dienstverrichting in andere lidstaten. De bepaling dient bij te dragen aan de betere toegang van verzekeraars tot de interne markt en het creëren van naamsbekendheid in andere lidstaten.

15.2.7. Deelconclusie

In richtlijn Solvabiliteit II is bepaald dat door het verkrijgen van een vergunning in één van de lidstaten een (her)verzekeringsonderneming toegang krijgt tot het uitoefenen van het (her)verzekeringsbedrijf¹⁵³² in de gehele Gemeenschap. Voor het verkrijgen van de vergunning gelden gelijke voorwaarden in alle lidstaten, net als voor het vestigen van een bijkantoor van een (her)verzekeringsonderneming met zetel in een lidstaat in een andere lidstaat. Deze bepalingen ten aanzien van toegang tot de interne verzekeringsmarkt, evenals de in art. 156 van de richtlijn opgenomen waarborgen voor het maken van reclame in de lidstaat van ontvangst, zijn een voortzetting van al bestaande regelingen en brengen geen nieuwe waarborg ten aanzien van een betere toegang tot de interne markt met zich mee.

Ingevolge art. 20 biedt richtlijn Solvabiliteit II waarborgen ter voorkoming van zetelverplaatsing van (her)verzekeringsondernemingen. Hiermee lijkt deze bepaling de verschillende nationale regelingen te overstijgen, ook al is sprake van een voortzetting van een reeds bestaande regeling ten behoeve van de werking van de interne markt.

Het waarborgen van de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten zonder voorafgaande kennisgeving aan en goedkeuring van de verzekeringsvoorwaarden en tarieven door de lidstaten van ontvangst, als garantie voor betere toegang tot de interne verzekeringsmarkt, is in richtlijn Solvabiliteit II niet uitgebreid. Bovendien is het in art. 21 opgenomen verbod ten aanzien van de bemoeienis van de lidstaten inzake de verzekeringspremies is, mede gelet op de jurisprudentie van het HvJ, niet absoluut. De uitzonderingen op art. 21 van de richtlijn ten aanzien van de ziektekosten- en arbeidsongevallenverzekeringen (zoals opgenomen in art. 206

¹⁵³⁰ Rijken 2017, p. 140.

¹⁵³¹ Naar Nederlands recht moeten reclame-uitingen van de verzekeraars voldoen aan de vereisten van art. 4:19 Wft. Definitie van de reclame-uiting is te vinden in art. 1:1 Wft. Informatie, die uitsluitend tot doel heeft om de naamsbekendheid van de financiële dienstverlener te bewerkstelligen of te vergroten, valt niet onder reclame-uiting. Zie Boomsma 2010, p. 70 en *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 507, nr. 3.

¹⁵³² Hier gaat het specifiek om de activiteiten waarvoor de (her)verzekeraar in zijn herkomstland vergunning heeft ontvangen.

en 207 van de richtlijn) passen tevens niet bij de doelstellingen van de richtlijn om betere toegang tot de interne markt te waarborgen.

15.3. Toetscriterium gecoördineerde voorschriften

Overweging 3 van richtlijn Solvabiliteit II stelt:

“Voor de goede werking van de interne markt is het dienstig dat gecoördineerde voorschriften voor het toezicht op verzekeringsgroepen en, met het oog op de bescherming van schuldeisers, voor de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen worden vastgesteld.”

Welke voorschriften zijn in richtlijn Solvabiliteit II opgenomen ten aanzien van het toezicht op de verzekeringsgroepen? Zijn deze voorschriften gecoördineerd? Wat betekent een gecoördineerd voorschrift? Zijn deze voorschriften dienstig voor de goede werking van de interne markt? Welke voorschriften zijn in richtlijn Solvabiliteit II opgenomen met betrekking tot de saneringsmaatregelen¹⁵³³ en liquidatie-procedures¹⁵³⁴ met betrekking tot de verzekeringsondernemingen? Zijn deze voorschriften gecoördineerd? Brengen deze voorschriften waarborgen mee ter bescherming van de schuldeisers?

Hierna worden op basis van voornoemde vragen de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II nader behandeld.

15.3.1. Voorschriften betreffende toezicht op verzekeringsgroepen

Titel III van richtlijn Solvabiliteit II heeft betrekking op het toezicht op de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in een groep.

Deze titel bevat vijf hoofdstukken:

- hoofdstuk I gaat over de definities, toepassing, bereik en niveaus van het groepstoezicht;
- hoofdstuk II behandelt het onderwerp financiële positie;
- hoofdstuk III gaat in op de maatregelen die genomen worden ter vergemakkelijking van het groepstoezicht;
- hoofdstuk IV gaat in op de derde landen;
- hoofdstuk V bevat bepalingen inzake gemengde verzekeringsholding.

Voor wat betreft hoofdstuk I en II gaat het voornamelijk om regels die, zodra op basis van de maximale harmonisatieregels geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaat, een geharmoniseerd wetskader bieden waarbinnen toezicht op de verzekeringsgroepen zal/kan plaatsvinden.

In art. 213 van de richtlijn is bepaald:

“De lidstaten stellen overeenkomstig deze titel toezicht op groepsniveau in op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen die deel uitmaken van een groep.

De bepalingen van deze richtlijn, waarin de voorschriften voor het toezicht op individuele verzekerings- en herverzekeringsondernemingen zijn vastgelegd, blijven op deze ondernemingen van toepassing, behalve wanneer in deze titel anders is bepaald.”

Dit artikel bevat een belangrijke waarborg voor een gelijke toepassing van de regels betreffende het toezicht op de groepen binnen de lidstaten.

Ondanks de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II middels de methode van maximum harmonisatie in de nationale wetgeving van de lidstaten, zullen de verschillen per lidstaat betreffende het in de praktijk brengen van enkele bepalingen uit de richtlijn en meer specifiek voornoemde twee hoofdstukken niet te vermijden zijn. Deze hoofdstukken bevatten immers een aantal bepalingen waarin aan de bevoegde autoriteiten of aan de groepstoezichthouder een keuze is gelaten voor toepassing van bepalingen of wijziging

¹⁵³³ Ingevolge art. 268 lid 1 onder c) richtlijn Solvabiliteit II worden onder saneringsmaatregelen verstaan: *“maatregelen die enigerlei optreden van de bevoegde instanties behelzen en bestemd zijn om de financiële positie van een verzekeringsonderneming in stand te houden of te herstellen, en van dien aard zijn dat ze de bestaande rechten van andere partijen dan de verzekeringsonderneming zelf aantasten; daartoe behoren onder meer doch niet uitsluitend maatregelen die opschorting van de betalingen, opschorting van executiemaatregelen of verlaging van de schuldvorderingen kunnen behelzen.”*

¹⁵³⁴ Ingevolge art. 268 lid 1 onder d) richtlijn Solvabiliteit II worden onder liquidatieprocedure verstaan: *“een collectieve procedure die het te gelde maken van de activa van een verzekeringsonderneming en het op toepasselijke wijze verdelen van de opbrengst onder de schuldeisers, aandeelhouders of leden behelst, en die noodzakelijkerwijs een optreden van de bevoegde instanties behelst, ook wanneer de collectieve procedure wordt afgesloten met een gerechtelijk akkoord of een andere maatregel van dezelfde strekking, ongeacht of de procedure op insolventie berust en of de procedure vrijwillig dan wel verplicht is.”*

van de deze bepalingen van de richtlijn. Zie hiervoor bijvoorbeeld de artikelen 214 lid 2¹⁵³⁵, 215¹⁵³⁶, 219 lid 2¹⁵³⁷, 221 lid 1¹⁵³⁸ voor wat betreft deze keuzemogelijkheid van de groepstoezichthouder en bijvoorbeeld de artikelen 35 lid 6¹⁵³⁹, 216 lid 2 en 4¹⁵⁴⁰, 231 lid 7¹⁵⁴¹, 238 lid 2 en 3¹⁵⁴² en art. 308 quinquies¹⁵⁴³ voor wat betreft de keuzemogelijkheden van de toezichthoudende autoriteiten.

Deze keuzemogelijkheden geven de ruimte om af te wijken van de maximale harmonisatie, eigen beleidsregels op te stellen en eigen afweging toe te passen. Dit heeft mogelijk negatieve gevolgen voor het harmonisatieproces van de voorschriften die gelden voor de verzekeringsgroepen. Overigens hoeven deze keuzemogelijkheden niet nadelig zijn voor het gelijk speelveld indien samenwerking tussen de toezichthouders en het hanteren van standaard beoordelingscriteria het ontstaan van ongelijke regels van toepassing op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen kunnen voorkomen.

In hoofdstuk III van de titel, die over het groepstoezicht gaat, worden maatregelen opgenomen die het groepstoezicht beogen te vergemakkelijken.

Richtlijn Solvabiliteit II introduceert een groepstoezichthouder en kent bevoegdheden toe aan de groepstoezichthouder. Deze bevoegdheden, die vergelijkbaar zijn met die van de solotoezichthouder, worden aangevuld met voor groepstoezicht specifieke bevoegdheden.

Ingevolge art. 248 van de richtlijn is de groepstoezichthouder verantwoordelijk voor de belangrijkste aspecten van het groepstoezicht (solvabiliteit van de groep, intragroepstransacties, risicotransacties, risico-beheer, governancestelsel van de groep, geschiktheid en betrouwbaarheid beleidsbepalers en interne controles) en de coördinatie (waaronder begrepen het coördineren van vergaderingen en verspreiding van de relevante informatie) daarvan. Verder kunnen ook andere taken, het nemen van maatregelen en het maken van besluiten onder het takenpakket van de groepstoezichthouder vallen. Voorbeeld hiervan is het leiden van het in de artikelen 231 en 233 vastgelegde validatieproces van een intern model op het groepsniveau.

Ter vergemakkelijking van het groepstoezicht zijn de ‘colleges van toezichthouders’ ingesteld. Ingevolge art. 248 lid 2 van de richtlijn zorgt het college van toezichthouders *“ervoor dat de samenwerking, de informatie-uitwisseling en de onderlinge raadpleging tussen de toezichthoudende autoriteiten van het college effectief hun beslag krijgen overeenkomstig titel III, ten einde de convergentie van hun besluiten en activiteiten te bevorderen”*.

Ingevolge art. 248 lid 3¹⁵⁴⁴ van de richtlijn zijn de groepstoezichthouder, de toezichthoudende autoriteiten van alle lidstaten waar de zetel van alle dochterondernemingen gevestigd zijn en de EIOPA, lid van het college van toezichthouders.

Via deze colleges wordt beoogd om de coördinatie van het groepstoezicht en uitwisseling van informatie te verbeteren. Tevens is veel aandacht voor het optimaliseren van de samenwerking tussen de betrokken toezichthouders.¹⁵⁴⁵ Goede samenwerking tussen de toezichthouders is immers van groot belang voor het effectief toezicht op de internationale verzekeringsgroepen.

Verzekeringsgroepen, die verschillende dochtermaatschappijen hebben in verschillende lidstaten, moeten weten dat als elders bij een van de dochtermaatschappijen een wijziging van de situatie (relevante gebeurtenis) plaatsvindt dan zal de groepstoezichthouder van deze gebeurtenis op de hoogte geraken en meewegen in de beoordeling van de hele groep. Dergelijke relevante gebeurtenissen zullen ook besproken

¹⁵³⁵ Art. 214, lid 2 van de richtlijn gaat over het bepalen door de groepstoezichthouders van de reikwijdte van de groep waarop groepstoezicht wordt uitgeoefend.

¹⁵³⁶ Art. 215 van de richtlijn houdt de mogelijkheid in voor de groepstoezichthouder om te besluiten om toezicht op risicoconcentraties en/of toezicht op intragroepstransacties niet uit te oefenen op het niveau van deze uiteindelijke moederonderneming of vennootschap.

¹⁵³⁷ Art. 219 lid 2 van de richtlijn houdt keuzemogelijkheden in ten aanzien van de berekeningsfrequentie van de solvabiliteitskapitaalvereiste (SCR) in.

¹⁵³⁸ Art. 201, lid 1 van de richtlijn heeft betrekking op het opnemen van een proportioneel deel dat de deelnemende verzekeringsonderneming in met haar verbonden verzekeringsonderneming bezit, bij de berekening van de groepssolvabiliteit.

¹⁵³⁹ Art. 35 lid 6 van de richtlijn heeft betrekking op de mogelijkheden van toezichthoudende autoriteiten om frequentie van de rapportages te beperken.

¹⁵⁴⁰ Art. 216 van de richtlijn heeft betrekking op het bepalen van de uiteindelijke moederonderneming op nationaal niveau.

¹⁵⁴¹ Art. 231 lid 7 van de richtlijn heeft betrekking op de mogelijkheid om een opslagfactor toe te passen op de op basis van een intern model berekende solvabiliteitsvereiste van de onderneming.

¹⁵⁴² Art. 238 lid 2 en 3 van de richtlijn hebben betrekking op het solvabiliteitsvereiste van de dochterondernemingen.

¹⁵⁴³ Art. 308 quinquies van de richtlijn heeft betrekking op de overgangsmaatregelen ten aanzien van de technische voorzieningen.

¹⁵⁴⁴ Lid 3 van art. 248 van richtlijn Solvabiliteit II bevat een verwijzing naar art. 21 van Verordening (EU) nr. 1094/2010.

¹⁵⁴⁵ MvT implementatie Solvabiliteit II.

worden binnen het college van toezichthouders. Het streven van de wetgever voor een effectief toezicht op de verzekeringsgroepen is onderstreept in overweging 104 van de richtlijn:

“Deze richtlijn houdt een innoverend toezichtsmodel in, waarin een sleutelrol is weggelegd voor de groeps-toezichthouder, terwijl voor de solotoezichthouder een belangrijke rol erkend wordt en behouden blijft. De bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de toezichthouders gaan hand in hand met hun verantwoordingsplicht.”

In Nederland zijn sinds 2000 en zeker na 2010 steeds meer dochtermaatschappijen met zetel en een vergunning tot het uitoefenen van (her)verzekeringsactiviteiten in Nederland, omgevormd tot bijkantoren.¹⁵⁴⁶ Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat bijkantoren buiten het groepstoezicht vallen en anders dan dochtermaatschappijen met zetel en vergunning in een andere lidstaat dan de moedermaatschappij, op basis van het home country control systeem slechts onder het toezicht van de toezichthoudende autoriteit van het zeteland vallen.

De voornoemde maatregelen betreffende gecoördineerde voorschriften hebben dan geen betrekking op deze verzekeraars. Tevens is het voor de toezichthouders in de lidstaten waar enkel een bijkantoor van deze verzekeraar is gevestigd, moeilijker geworden om informatie uit te wisselen met de hometoezichthouder, wegens het gebrek aan voldoende formele bevoegdheden hiertoe. Dit brengt met zich mee dat ondanks de verbeterde wetgeving voor wat betreft de maatregelen betreffende het toezicht op de verzekeringsgroepen het feitelijk resultaat teleurstellend is, doordat verzekeraars hun dochterondernemingen met zelfstandige vergunning in een van de lidstaten omzetten tot bijkantoor. Hierdoor zal enkel één toezichthouder, die van het zeteland, overblijven en deze zal niet meer hoeven samen te werken binnen een college. Hier gaat het dan om een duidelijk voorbeeld van regelgeving, die van goede bedoelingen getuigt, maar door de praktijk is achterhaald.

Klaarblijkelijk heeft richtlijn Solvabiliteit II geen rekening gehouden met deze trend, en dus ook geen slagvaardige voorziening getroffen voor de uitwisseling van de voor het toezicht relevante informatie tussen de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten waar een verzekeringsgroep (die enkel over één vergunning in haar zeteland beschikt) zijn activiteiten uitvoert.

Weliswaar kunnen toezichthouders van lidstaten waar zich belangrijke bijkantoren van verzekeraars bevinden deel uitmaken van het college van toezichthouders omwille van de informatie-uitwisseling, echter deze deelname is slechts gereserveerd voor de toezichthouders van de lidstaten waar deze verzekeraars een aanzienlijk deel van hun totale omzet halen.¹⁵⁴⁷ Hiervan is sprake indien ten minste 5% van de bruto premie van de groep of van de lokale markt geschreven wordt.¹⁵⁴⁸ Wanneer een bijkantoor aan een van de voorwaarden van art. 354 lid 1 onder a) en b) van de Gedelegeerde verordening voldoet, *“nodigt de groepstoezichthouder, op eigen initiatief of naar aanleiding van een met redenen omkleed verzoek van de toezichthoudende autoriteit die voor het toezicht op het bijkantoor verantwoordelijk is, de betrokken*

¹⁵⁴⁶ Zie voorbeelden gebaseerd op de register van DNB (www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/de-consument-en-toezicht/registers/index.jsp?naam=Statutaire+naam+%2F+Handelsnaam): Amlin Insurance SE (omzetting vergunning dochter naar bijkantoor per 5-08-2015), ACE Europe Life Limited (bijkantoor sinds 1-05-2007), COFACE (bijkantoor sinds 22-10-2012), het onderbrengen van AllSecur BV, Allianz Nederland Schade N.V. en London verzekeringen N.V. bij de in België gevestigde risicodragers Allianz Benelux SA (bijkantoor sinds 11-06-2014), AWP P&C S.A. (bijkantoor sinds 1-02-2010), AIG Europe Limited (bijkantoor sinds 24-08-2012), Zurich Insurance Plc (bijkantoor sinds 10-07-2006), AXA Art Versicherung AG (bijkantoor sinds 06-01-2014), Credit Life (bijkantoor sinds 28-08-2014), Euler Hermes Europe S.A. (bijkantoor sinds 22-12-2011), Markel International Insurance Company (bijkantoor sinds 7-10-2011), MSIG Insurance Europe AG (bijkantoor sinds 23-12-2014), Rheinland Versicherung AG (bijkantoor sinds 28-08-2014), RSA Insurance Plc (bijkantoor sinds 21-12-2011). Deze trend is ook in andere lidstaten waar te nemen, zoals in Hongarije, waar AIG Europe, Metlife Europe en QBE Insurance de vergunning van hun verzekeraarsdochters hebben ingeleverd en op dit moment via een bijkantoor op de Hongaarse verzekeringsmarkt opereren, zie Magyar Biztosítók Évkönyve 2016 te raadplegen via www.mabisz.hu/hu/piaci-adatok-jelentesek.html, zie ook Magyar Biztosítók Évkönyve 2017, p.15, te raadplegen via www.mabisz.hu/images/stories/docs/publikaciok/evkonyv-2017-magyar.pdf.

¹⁵⁴⁷ Ingevolge art. 248 lid 8 richtlijn Solvabiliteit II stelt de Commissie overeenkomstig art. 301 bis gedelegeerde handelingen vast met betrekking tot de definitie van ‘belangrijk bijkantoor’.

¹⁵⁴⁸ Voor de toepassing van artikel 248, lid 3, van Richtlijn 2009/138/EG wordt ingevolge art. 354 lid 1 gedelegeerde verordening, onder ‘belangrijk bijkantoor’ van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming een bijkantoor van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming verstaan waarvoor aan ten minste één van de volgende voorwaarden is voldaan: (a) de jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten van het bijkantoor bedragen meer dan 5 % van de jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten van de groep, gemeten op basis van de laatst beschikbare geconsolideerde jaarrekening van de groep; (b) de jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten van het bijkantoor bedragen meer dan 5 % van de totale jaarlijkse bruto geboekte premie-inkomsten voor het levensverzekeringsbedrijf, het schadeverzekeringsbedrijf, of beide in de lidstaat waar het risico zich bevindt, gemeten op basis van de laatst beschikbare jaarrekening.

toezichthoudende autoriteit uit om aan een relevante activiteit van het college van toezichthouders deel te nemen”.¹⁵⁴⁹ Indien deze toezichthouders aan het college deelnemen, dan mogen ze niet meebeslissen.

Voor wat betreft de samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst en van de lidstaat waar via een bijkantoor activiteiten worden uitgeoefend bepaalt art. 33 van de richtlijn hoe toezicht op in een andere lidstaat gevestigde bijkantoor zal plaatsvinden. Ingevolge dit artikel zullen de lidstaten bepalen dat de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst zelf of door een gemachtigde ter plaatse bij het bijkantoor de voor het financiële toezicht noodzakelijke gegevens kan verifiëren. Hierbij is verder bepaald dat de toezichthoudende autoriteit van het herkomstland zodra informatie krijgt over de uitoefening van activiteiten door middel van een bijkantoor in een andere lidstaat, de toezichthoudende autoriteit van de betrokken lidstaat van ontvangst in kennis stelt.

De voornoemde gecoördineerde voorschriften kunnen ertoe bijdragen dat de betrokken toezichthoudende autoriteiten in goed overleg tot een besluit komen die ten aanzien van ieder vergunninghoudende entiteit geldt. Informatie-uitwisseling is daardoor beter en incidenten blijven niet alleen bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit, maar worden gedeeld binnen het college van toezichthouders en dus tussen de betrokken toezichthouders.

In hoofdstuk 4 van dit proefschrift is toegelicht dat de interne markt zich voornamelijk via vrije vestiging (dus via bijkantoren) en vrije dienstverrichting ontwikkelt. Voornoemde gecoördineerde voorschriften houden onvoldoende rekening met deze stand van zaken. Ze bieden, behalve de deelname van een zeer beperkte deel van toezichthouders van de landen waar omvangrijke bijkantoren zijn gevestigd, geen oplossing voor de samenwerking tussen toezichthouders van het herkomstland en ontvangsland. Dit betekent dat de gecoördineerde voorschriften inzake groepstoezicht maar een beperkte bijdrage leveren aan de goede werking van de interne markt.

15.3.2. Voorschriften over saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures

In titel IV van richtlijn Solvabiliteit II zijn de bepalingen opgenomen betreffende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen. Deze titel is van toepassing op verzekeringsondernemingen met zetel in een lidstaat en bijkantoren van verzekeringsondernemingen met zetel in een derde land. Dat betekent dat bijkantoren van verzekeringsondernemingen met zetel in een lidstaat niet onder het toepassingsgebied van deze titel vallen.

In overweging 120 van richtlijn Solvabiliteit II is verder bepaald dat voor wat betreft de bijkantoren van een onderneming met zetel in een lidstaat de wetgeving van de lidstaat van herkomst bepalend dient te zijn. *“Voor de wijze waarop de activa en passiva, die worden beheerd door onafhankelijke personen die duurzaam gemachtigd zijn om namens de verzekeringsonderneming te handelen als waren zij een agentschap, bij de liquidatie van deze verzekeringsonderneming worden behandeld”*.

In art. 269 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat alleen de toezichthoudende autoriteit uit de lidstaat van herkomst (zeteland) van de verzekeraar is bevoegd om te beslissen over ten uitvoer leggen van saneringsmaatregelen ten aanzien van de verzekeringsonderneming (bijkantoren van deze onderneming in andere lidstaten inbegrepen). Deze bepaling sluit aan bij het home country control systeem en biedt duidelijkheid over de bevoegdheden van de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten. Verder biedt art. 268 lid 3 van de richtlijn duidelijkheid over de toepasselijkheid van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en procedures van de lidstaat van herkomst, tenzij in de richtlijn anders is bepaald. Tevens is het van groot belang dat de in de lijn met de nationale wet- en regelgeving van de lidstaat van herkomst vastgestelde saneringsmaatregelen in art. 268 lid 4 van de richtlijn van overeenkomstige toepassing worden verklaard in de gehele gemeenschap.

Deze regels worden ook jegens derden in andere lidstaten toegepast, zelfs in het geval dat in die lidstaten geldende nationale wetgeving niet in deze maatregelen voorziet of deze afhankelijk stelt van bepaalde voorwaarde die in de gegeven situatie niet zijn vervuld.

Ingevolge art. 268 lid 5 van de richtlijn hebben de voornoemde saneringsmaatregelen rechtswerving in de hele Gemeenschap, zodra ze deze rechtswerving in het land van herkomst hebben. Hier gaat het om een belangrijke bepaling voor wat betreft gecoördineerde voorschriften en bescherming van de belangen van verzekerden en begunstigden. Door art. 268 van richtlijn Solvabiliteit II wordt de wet- en regelgeving van de

¹⁵⁴⁹ Zie art. 354 lid 1 Gedelegeerde verordening.

lidstaat van herkomst van toepassing verklaard binnen de hele Gemeenschap. Hiermee wordt voorkomen dat de toezichthoudende autoriteit uit de lidstaat van herkomst onnodig wordt beperkt in het doorvoeren van saneringsmaatregelen ten aanzien van een onderneming die ook actief is in andere lidstaten.

Naast slagvaardigheid van het proces worden ook waarborgen gecreëerd om voor wat betreft de uitvoering van de saneringsmaatregelen verzekerden en begunstigten ongeacht hun woonplaats gelijk te behandelen. De behandeling wordt immers gebaseerd op een wettelijk kader dat van toepassing is de hele Gemeenschap en daarmee op alle verzekerden en begunstigten, ongeacht hun woonplaats of lidstaat van verbintenis.

Ingevolge art. 270 van de richtlijn worden de toezichthoudende autoriteiten van de andere lidstaten geïnformeerd door de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst over de saneringsmaatregelen die zijn opgelegd ten aanzien van een verzekeringsonderneming.

De regels uit art. 272 van de richtlijn zijn opgenomen om ervoor te zorgen dat alle mogelijke schuldeisers geïnformeerd worden over de aan de verzekeraar opgelegde saneringsmaatregelen. Deze regels bepalen dat de bevoegde instanties van de lidstaat van herkomst of de bewindvoerder de bekende schuldeiser uit andere lidstaten informeren over de volgens het recht van de lidstaat van herkomst toepasselijke regels voor het instellen van een erkende vordering. Ingevolge lid 2 worden de schuldeisers afkomstig uit het zetland van de verzekeraar gelijk gesteld met de schuldeisers uit andere lidstaten:

“Indien het recht van de lidstaat van herkomst bepaalt dat schuldeisers met gewone verblijfplaats, woonplaats of hoofdkantoor in die lidstaat het recht hebben vorderingen in te dienen of opmerkingen met betrekking tot hun vorderingen te maken, geldt dit recht ook voor schuldeisers met gewone verblijfplaats, woonplaats of hoofdkantoor in de andere lidstaten, overeenkomstig het bepaalde in artikel 282 en artikel 283, lid 2.”

De artikelen 273 t/m 284 van de richtlijn bevatten bepalingen betreffende de liquidatieprocedure.

In art. 273 (net als in art. 268 ten aanzien van de saneringsmaatregelen) zijn bepalingen opgenomen over de bevoegdheid voor het instellen van de liquidatieprocedure en het toepasselijke recht. De bevoegdheid ligt bij de toezichthoudende autoriteit uit het zetland. Het toepasselijk recht is het recht van de lidstaat van herkomst en dit recht wordt ten aanzien van de desbetreffende liquidatieprocedure van overeenkomstige toepassing geacht in de hele Gemeenschap.

De regels uit art. 273 inzake het toepasselijk recht zijn verder in art. 274 van de richtlijn nader uitgewerkt. Verder bevat dit artikel de regels ten aanzien van de informatie-uitwisseling: de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst informeert de toezichthoudende autoriteiten uit de andere lidstaten.

Met de bepalingen uit art. 275 van de richtlijn is ervoor gezorgd dat de lidstaten in hun nationale wetgeving moeten opnemen dat vorderingen uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst boven alle andere schuldvorderingen op de verzekeraar worden gerangschikt. Hierbij worden twee mogelijke opties gegeven voor de lidstaten. Deze keuzemogelijkheid levert geen positieve bijdrage aan het geharmoniseerde rechtskader binnen de interne markt, doordat niet gesteld kan worden dat alle lidstaten dezelfde optie kiezen in hun nationale wetgeving. Echter, een dergelijke keuze doet niets af aan het feit dat met deze bepaling een rechtskader wordt gecreëerd waarbinnen de rechtpositie van schuldeiser van een verzekeraar ingevolge een verzekeringsovereenkomst wordt versterkt en hun rechtsbescherming beter is gewaarborgd.

Voor een optimale informatie-uitwisseling inzake de beslissing over de opening van een liquidatieprocedure zijn in art. 280 van de richtlijn regels opgenomen over de passende wijze van kennisgeving. Naast de toezichthoudende autoriteiten verdient de kennisgeving over de opening van de liquidatieprocedure aan de schuldeiser veel aandacht. In de richtlijn is in art. 281 bepaald hoe deze kennisgeving zal plaatsvinden. Hiermee heeft de Europese wetgever ervoor willen zorgen dat de kennisgeving niet afhankelijk wordt gesteld van de thans geldende nationale wetgeving, maar dat de in art. 281 van de richtlijn opgenomen regels voldoende waarborg bieden dat de bekende schuldeisers ongeacht hun woonplaats of land van vestiging individueel en schriftelijk in kennis worden gesteld.

De artikelen 282 en 283 van de richtlijn bevatten regels die ervoor moeten zorgen dat schuldeisers uit de verschillende lidstaten gelijk behandeld worden met de schuldeisers vanuit de lidstaat van herkomst van de verzekeraar betrokken in de liquidatieprocedure. Duidelijk is dat de regel inzake de te gebruiken talen uit art. 283 van de richtlijn een geringe discriminatoire karakter kent, doordat de verklaring van indiening van vordering of opmerkingen inzake de vordering een opschrift ‘Indiening van een vordering’ (respectievelijk ‘Indiening van opmerkingen betreffende een vordering’) moeten dragen in een officiële taal van de lidstaat van herkomst. De vordering zelf of opmerkingen betreffende de vordering kunnen opgesteld worden in de officiële taal van de lidstaat waar de schuldeiser gevestigd of woonachtig is. Overigens is het onduidelijk of

de in art. 284 van de richtlijn opgenomen verplichting van de liquidateurs¹⁵⁵⁰ om de schuldeisers regelmatig op passende wijze te informeren over het verloop van de liquidatie, ook betekent dat deze schuldeiser in de taal van hun woonland of land van vestiging moeten worden geïnformeerd.

Voor wat betreft de activiteiten via vrije vestiging is in art. 160 van de richtlijn een bepaling opgenomen ten aanzien van de behandeling van overeenkomsten van bijkantoren die in een liquidatieprocedure verwickeld zijn. Ingevolge dit artikel worden bij de liquidatie van een verzekeringsonderneming de verbintenissen, die voortvloeien uit de verzekeringsovereenkomsten, die door een bijkantoor of in het kader van het vrij verrichten van diensten zijn gesloten, op gelijke wijze nagekomen als de verbintenissen die voortvloeien uit de andere verzekeringsovereenkomsten van de desbetreffende onderneming. Hierbij wordt verder bepaald dat er geen onderscheid wordt gemaakt naar de nationaliteit van de verzekerden en begunstigden. Waar in art. 160 van de richtlijn over de verbintenissen van verzekeringsondernemingen gaat, bepaalt art. 161 dat bij liquidatie van een herverzekeringsonderneming de verbintenissen die voortvloeien uit overeenkomsten, die via bijkantoor of in het kader van het vrij verrichten van diensten zijn gesloten, op dezelfde wijze worden nagekomen als de verbintenissen die voortvloeien uit de andere herverzekeringsovereenkomsten van deze onderneming.

Voornoemde twee bepalingen waarin alle (her)verzekeringsovereenkomsten van een (her)verzekeringsonderneming in een liquidatieproces gelijk worden gesteld zijn van groot belang voor de goede werking van de interne markt. Gelijkstelling van deze (her)verzekeringsovereenkomsten, ongeacht de staat waar het verzekerde risico is gelegen en de wijze van sluiten van deze verzekeringen betekent immers dat er, voor wat betreft het liquidatieproces, geen verschil wordt gemaakt tussen de verzekeringsovereenkomsten gesloten ten aanzien van de risico's gelegen in het zetelland en overeenkomsten betreffende risico's gelegen in het ontvangstland.

Toch is hier nog een adder onder het gras: op de voornoemde verzekeringsovereenkomsten zullen zeer waarschijnlijk verschillende nationale rechtsstelsels en regels van privaatrechtelijke aard betrekking hebben. Deze privaatrechtelijke regels zijn middels richtlijn Solvabiliteit II niet geharmoniseerd. Dat houdt in dat het nationale verbintenissenrecht, verzekeringsrecht en faillissementsrecht uiteindelijk bepalen welke rechten de verzekerden en begunstigden bij de verzekeringsovereenkomst zullen hebben, mits deze niet onder de bepalingen van die richtlijnen, en meer specifiek onder titel IV van deze richtlijn, vallen. Dat betekent dat het niet uitgesloten kan worden dat verzekerden uit verschillende lidstaten, die met dezelfde verzekeraar een verzekeringsovereenkomst hebben gesloten, anders worden behandeld bij een liquidatieprocedure, wegens de verschillen in het nationale privaatrecht, die betrekking hebben op de verzekeringsovereenkomst, met betrekking tot risico's gelegen in verschillende lidstaten. Deze constatering geldt naast de verzekerden via bijkantoren of vrije dienstverrichting ook ten aanzien van verzekerden van een dochteronderneming met zetel in een lidstaat die dan anders behandeld kunnen worden of op ander recht zouden kunnen beroepen dan de verzekerden vanuit het zetelland van de moederonderneming.

De gecoördineerde voorschriften ten aanzien van de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van (her)verzekeringsondernemingen bieden waarborgen, maar zijn niet in staat om gelijke bescherming te bieden voor verzekerden en begunstigden woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten. Dat betekent dat verzekerden van dezelfde verzekeraar woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten, afhankelijk van hun woonland/vestigingsland (voor wat betreft schadeverzekeringen) of het land van verbintenis (voor wat betreft levensverzekeringen) als gevolg van een liquidatie verschillend kunnen worden behandeld, afhankelijk van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Ten aanzien van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht zie paragrafen 2.5 (e.v.) en 9.4 (e.v.) van dit proefschrift. Hierin werd art. 7 van verordening Rome I uitgebreid behandeld. Art. 7 Rome I geeft de regels weer voor het bepalen van het toepasselijk recht op verzekeringsovereenkomsten met een grensoverschrijdend karakter.

¹⁵⁵⁰ Ingevolge art. 268 lid 1 onder f) van richtlijn Solvabiliteit II is een liquidateur “*een persoon of orgaan, aangewezen door de bevoegde instanties of door de bestuursorganen van de verzekeringsonderneming om het beheer over een liquidatieprocedure te voeren*”.

15.3.3. Deelconclusie

Art. 213 van richtlijn Solvabiliteit II bevat een voortzetting van een waarborg uit eerdere richtlijnen betreffende de gelijke toepassing van de toezichtsregels op de (her)verzekeringsgroepen binnen de interne verzekeringsmarkt. Echter deze bepaling laat verschillende keuzemogelijkheden aan de bevoegde autoriteiten en toezichthouders toe voor wat betreft het toepassen van deze waarborg.

Door de binnen de Unie waar te nemen trend van omzetting van dochterondernemingen met een zelfstandige vergunning naar bijkantoren in de lidstaten, zijn de verschillende bepalingen en processen, ontwikkeld voor verbetering van het groepstoezicht, in de praktijk reeds achterhaald. Hierdoor is een gebrek aan slagvaardige mogelijkheden ontstaan voor de uitwisseling van de informatie tussen de lidstaten waar een bepaalde (her)verzekeraar haar activiteiten uitvoert. De gecoördineerde voorschriften van groepstoezicht leveren weliswaar een bijdrage tot betere informatie-uitwisseling tussen de lidstaten en daardoor tot de betere werking van de interne markt, maar houden onvoldoende rekening met de trends op de interne verzekeringsmarkt.

De in de richtlijn opgenomen bevoegdhedenverdeling ten aanzien van de saneringsmaatregelen en het liquidatieproces van de lidstaten zijn gebaseerd op het home country control systeem. De in art. 275 van de richtlijn opgenomen keuzemogelijkheid van de lidstaten levert echter geen positieve bijdrage aan de gecoördineerde voorschriften en geharmoniseerd rechtskader binnen de interne markt. Daartegenover bevat de in art. 281 opgenomen bepaling gecoördineerde voorschriften inzake kennisgeving aan de schuldeisers van de verzekeraars binnen de interne markt.

Gelijkstelling van de overeenkomsten ten aanzien van risico's gelegen in diverse lidstaten gesloten door een (her)verzekeringsonderneming betrokken bij sanering of liquidatie is een positieve bijdrage aan het waarborgen van gecoördineerde voorschriften ten aanzien van liquidatie binnen de interne verzekeringsmarkt. Helaas blijkt richtlijn Solvabiliteit II hierbij geen rekening te houden met de afzonderlijke nationale privaatrechtelijke regels van verbintenissen-, verzekerings- en faillissementsrecht.

Uit het onderzoek naar het toetscriterium voor gecoördineerde voorschriften wordt geconcludeerd dat bijna alle behandelde bepalingen een voortzetting zijn van reeds bestaande regels. Met richtlijn Solvabiliteit II zijn alleen ten aanzien van de groepstoezichthouder nieuwe gecoördineerde voorschriften gekomen (art. 248).

15.4. Toetscriterium geharmoniseerd rechtskader

Eerder werd in paragraaf 14.3.4 geconcludeerd dat de wens van de Europese wetgever om voor een geharmoniseerd rechtskader te zorgen, die van toepassing is op de activiteiten van de (her)verzekeraars, op de hele interne markt door het fenomeen lidstaatopties negatief wordt beïnvloed. Door het toelaten van verschillende lidstaatopties ontstaat immers ruimte voor de lidstaten om afwijkende keuzes te maken bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in hun nationale wetgeving. Tevens bieden de lidstaatopties aan de nationale wetgevers de mogelijkheid om reeds gemaakte keuzes te laten voortbestaan en daarmee een verschil tussen de wetgeving van de afzonderlijk lidstaten te laten voortduren.

Hierna wordt beoordeeld of buiten de lidstaatopties om, richtlijn Solvabiliteit II ook andere mogelijkheden toelaat die het geharmoniseerd rechtskader binnen de interne verzekeringsmarkt negatief of positief beïnvloeden. Tevens wordt onderzocht of middels deze richtlijn ook stappen zijn gezet in de richting van harmonisatie van het rechtskader en zo ja, welke stappen zijn hierbij te onderscheiden.

15.4.1. Waarborgen voor geharmoniseerd rechtskader

De wetgeving volgens de Lamfalussy-structuur bevat waarborgen voor het realiseren van een geharmoniseerd rechtskader. In het geval van richtlijn Solvabiliteit II (niveau 1 regelgeving) is er sprake van maximale harmonisatie, waardoor bijna alle bepalingen (met uitzondering van bijvoorbeeld de lidstaatopties en de keuzemogelijkheden geboden aan de toezichthoudende autoriteiten) van de richtlijn op gelijke wijze zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten. In overweging 75 van richtlijn Solvabiliteit II wordt de noodzaak van maximum harmonisatie van de criteria voor een prudentiële beoordeling van een voorgenomen verwerving onderstreept.

“De bepalingen inzake gekwalificeerde deelnemingen mogen de lidstaten evenwel niet beletten te verlangen dat de toezichthoudende autoriteiten in kennis worden gesteld van deelnemingen die onder de in deze bepalingen vastgestelde drempels liggen, zolang te dien einde ten hoogste één extra drempel van minder dan

10 % door een lidstaat wordt opgelegd. Ook mogen deze bepalingen de toezichthoudende autoriteiten niet beletten met algemene richtsnoeren aan te geven wanneer dergelijke deelnemingen worden beschouwd als resulterend in invloed van betekenis.”

Met volledige harmonisatie van de criteria en procedures wordt de informatie-uitwisseling op gelijke grondslagen beoogd. Deze overweging onderstreept het belang van een geharmoniseerd rechtskader, maar laat verder ook de vrijheid toe aan de lidstaten om algemene richtsnoeren te geven betreffende de invulling van de gestelde norm.

In overweging 82 van de richtlijn wordt bijvoorbeeld de opdracht opgenomen om het nationale recht betreffende rechtsbijstandverzekeringen te harmoniseren. Deze harmonisatie dient dan nadrukkelijk de bescherming van het verzekeren te waarborgen. Door de harmonisatie wordt bereikt dat het belang van de personen met rechtsbijstandverzekering op gelijkwaardige wijze wordt beschermd. Duidelijk is dat een geharmoniseerd rechtskader naast de voltooiing van de interne markt ook van wezenlijk belang is voor de bescherming van de verzekeringnemers/verzekerden.

De Gedelegeerde Verordening (niveau 2) kent een rechtstreekse werking voor de lidstaten, waardoor het een extra waarborg biedt voor het creëren van een geharmoniseerd rechtskader. De op niveau 3 opgestelde richtsnoeren van de EIOPA leveren eveneens een belangrijke bijdrage aan de consequente harmonisatie van het relevante rechtskader binnen de interne verzekeringsmarkt.

In richtlijn Solvabiliteit II is in verschillende artikelen de mogelijkheid opgenomen dat de EIOPA normen kan uitwerken teneinde harmonisatie van beoordeling van de activiteiten en rapportages van de (her)verzekeraars te waarborgen. Hieronder worden een aantal relevante voorbeelden van deze, aan de EIOPA toegekende bevoegdheden uit de richtlijn opgenomen.

In art. 39 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen betreffende de portefeuilleoverdracht van (her)verzekeringsondernemingen. In lid 8 van dit artikel is bepaald: *“Teneinde een consequente harmonisatie van de bepalingen van deze afdeling te waarborgen, kan de EIOPA, [...], ontwerpen van technische reguleringsnormen uitwerken ter vaststelling van een uitputtende lijst van informatie, als bedoeld in artikel 59, lid 4, die door de kandidaat-verwerver bij de kennisgeving moet worden gevoegd.”*

Art. 50 van de richtlijn bevat regels betreffende gedelegeerde handelingen en technische reguleringsnormen. In lid 2 en 3 van dit artikel is de taakstelling van de EIOPA opgenomen om ontwerpen van technische reguleringsnormen op te stellen. Hiermee wordt een consistente harmonisatie van de technische reguleringsnormen beoogd.

Art. 58 van de richtlijn bevat bepalingen inzake de beoordelingsperiode van een kandidaat-verwerver bij een gekwalificeerde deelneming. In lid 8 van dit artikel is bepaald dat de EIOPA, met het oog op een consequente harmonisatie van de op de gekwalificeerde deelnemingen toepasselijke regels, ontwerpen van technische reguleringsnormen kan uitwerken. In deze reguleringsnormen kan een uitputtende lijst van informatie worden opgenomen, als aanvulling op de in art. 59 lid 4 van de richtlijn opgenomen eis. In dit artikellid is tevens de verplichting van de EIOPA opgenomen om technische reguleringsnormen op te stellen ter nadere invulling van de aanpassingen van de criteria van art. 59 lid 1 van de richtlijn.

In art. 75 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen over de waardering van activa en verplichtingen van (her)verzekeringsondernemingen. In lid 3 van dit artikel staat opgenomen dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken tot nadere invulling van waarderingsnormen van activa en passiva. De EIOPA werkt ingevolge art. 86 lid 2 van richtlijn Solvabiliteit II ook ontwerpen van technische reguleringsnormen uit teneinde een consistente harmonisatie van de toe te passen methoden voor de berekening van de technische voorzieningen te waarborgen.

Art. 111 van de richtlijn gaat over de gedelegeerde handelingen, technische reguleringsnormen en technische uitvoeringsnormen met betrekking tot de artikelen 103 t/m 109. Deze artikelen bevatten bepalingen inzake het solvabiliteitsvereiste. In lid 4 van art. 111 is bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken. Deze reguleringsnormen bevatten de kwantitatieve grenzen en criteria voor de in aanmerking komende activa voor het geval dat de risico's niet voldoende worden gedekt door een ondermodule. Met deze ontwerpen van technische reguleringsnormen wordt beoogd een standaard en voor alle lidstaten geldende rechtskader te bieden ten aanzien van beoordeling van risico's.

In art. 135 van de richtlijn zijn regels opgenomen inzake de gedelegeerde handelingen en technische reguleringsnormen met betrekking tot de kwalitatieve vereisten verbonden aan beleggingen. In lid 3 is bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken tot nadere invulling van de methoden voor de berekening van de extra kapitaaleisen teneinde het bepaalde in art. 135 lid 2 onder c) te

waarborgen. Voor het concurrentievermogen van de ondernemingen, waarop deze bepalingen betrekking hebben, is het van groot belang dat deze regels onderdeel zijn van een geharmoniseerd rechtskader binnen de EU en dat het niet van de regels van een bepaald lidstaat afhangt hoe de kwalitatieve eisen worden vastgesteld.

In art. 143 van de richtlijn staan bepalingen inzake de gedelegeerde handelingen en technische reguleringsnormen betreffende art. 138 lid 4. Art. 138 bevat bepalingen inzake het niet naleven van het solvabiliteitskapitaalvereiste. In lid 4 van dit artikel wordt ingegaan op een specifieke situatie betreffende uitzonderlijk ongunstige omstandigheden met gevolg voor de (her)verzekeringsondernemingen. Ten aanzien van deze omstandigheden is in art. 143 lid 2 van de richtlijn bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken tot nadere invulling van de in art. 138 lid 2 bedoelde saneringsplan¹⁵⁵¹, het in art. 139 lid 2 bedoelde financieel plan¹⁵⁵², alsmede met betrekking tot art. 141.

In art. 141 is bepaald dat de toezichthoudende autoriteiten bij een aanhoudende verslechtering van de solvabiliteitspositie van de onderneming de bevoegdheid hebben om alle nodige maatregelen te treffen om, voor wat betreft de verzekeringsovereenkomsten, de belangen van verzekeringnemers te beschermen en, voor wat betreft de herverzekeringen, de verplichtingen uit hoofde van de herverzekeringsovereenkomsten te beschermen. De door de EIOPA op te stellen reguleringsnormen hebben tot doel een consequente harmonisatie van de gelijke toepassing van het bepaalde in de artikelen 138 lid 2, 139 lid 2 en 141 van de richtlijn.

Art. 244 van de richtlijn bevat bepalingen inzake toezicht op risicoconcentratie in het kader van het groepstoezicht. In lid 5 van dit artikel is bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken tot nadere specificatie van de onderkenning van een significante risicoconcentratie. Deze reguleringsnormen dienen een harmonisatie op het niveau van het Gemeenschap te waarborgen voor wat betreft de categorisering van de mate van risicoconcentratie binnen het groepstoezicht. Deze normen zijn van groot belang voor een geharmoniseerd groepstoezicht, die zich vaak over meerdere lidstaten uitstrekt en waarbij meerdere toezichthoudende autoriteiten betrokken zijn en samenwerken in het college van toezichthouders.

In art. 248 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen betreffende de rechten en plichten van de groepstoezichthouder en de andere toezichthouders in het kader van het groepstoezicht en betreffende de samenwerking in het kader van het college van toezichthouders. In lid 6 van dit artikel is bepaald dat de EIOPA richtsnoeren vaststelt *“voor de operationele werking van de colleges van toezichthouders, op basis van integrale evaluaties van de werkzaamheden van de colleges teneinde de mate van onderlinge convergentie te beoordelen.”*

Tevens kan de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen uitwerken om op basis van de voornoemde richtsnoeren voor de operationele werking van de colleges van toezichthouders, nadere invulling te geven aan de operationele werking van deze colleges. In lid 7 van dit artikel is tevens bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen gaat uitwerken tot nadere invulling van de coördinatieafspraken voor het groepstoezicht.

Ten slotte is in art. 249 lid 3 bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen zal uitwerken tot nadere invulling van de afspraken betreffende de coördinatie en uitwisseling van informatie tussen de toezichthoudende autoriteiten in het kader van het groepstoezicht.

Met de voornoemde normen wordt beoogd een harmonisatie van de regels van toepassing op de samenwerking binnen de colleges van toezichthouders en dus ook harmonisatie binnen het toezicht op de (her)verzekeringsgroepen.

15.4.2. Deelconclusie

De Lamfalussy-structuur bevat effectieve waarborgen voor een geharmoniseerd rechtskader door de maximale harmonisatie bij de implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving (niveau 1), de rechtstreekse werking van de Gedelegeerde Verordening voor alle lidstaten (niveau 2) en op het niveau van de Unie opgestelde richtsnoeren van de EIOPA (niveau 3). Verder bevat richtlijn Solvabiliteit II

¹⁵⁵¹ Verplichting tot het opstellen van een saneringsplan geldt zodra een verzekeringsonderneming onder solvabiliteitskapitaalvereiste (SCR) zakt.

¹⁵⁵² Verplichting tot het opstellen van een financieel plan geldt zodra een verzekeringsonderneming onder de minimum-solvabiliteitskapitaalvereiste (MCR) zakt.

verschillende opdrachten aan de EIOPA om geharmoniseerde normen uit te werken ten behoeve van de gelijke beoordeling van de (her)verzekeraars.

Uit de in paragraaf 15.4.1 toegelichte artikelen van de richtlijn blijkt dat de wetgever aan de EIOPA enerzijds een verplichting heeft opgelegd ten aanzien van het opstellen van dergelijke technische reguleringsnormen en anderzijds de ruimte heeft gelaten om dergelijke normen op te stellen. Bij de verplichte normen wordt het opstellen van een geharmoniseerd norm kennelijk van groot belang geacht voor het waarborgen van een geharmoniseerd beoordelingskader.

In beide gevallen komen de opgestelde reguleringsnormen, mits correct nageleefd door de lidstaten en toezichthoudende autoriteiten ten goede van het op de (her)verzekeringsondernemingen toepasselijke rechtskader.

De door de EIOPA uit te werken technische reguleringsnormen hebben ook een belangrijke rol bij het bereiken van een geharmoniseerd rechtskader ten behoeve van het groepstoezicht, dat zich vaak over meerdere lidstaten uitstrekt. Indien een geharmoniseerd rechtskader ontbreekt, kunnen verschillen ontstaan, als gevolg van de op het groepstoezicht toepasselijke uiteenlopende nationale bepalingen. Deze verschillen in het beoordelingskader hebben een mogelijk negatief effect op het gelijke speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

Indien aan de lidstaten zelf de ruimte wordt gelaten om algemene richtsnoeren, normen op te stellen is het risico groot dat dit ten koste van het geharmoniseerd rechtskader gaat. Lidstaatopties en keuzebevoegdheden van de nationale wetgever of toezichthouders brengen het risico met zich mee dat het gelijke speelveld onvoldoende wordt gewaarborgd binnen de interne markt.

15.5. Toetscriterium codificatie betreffende prudentiële beoordeling

Ingevolge overweging 7 van richtlijn Solvabiliteit II zorgt de codificatie van de prudentiële beoordeling voor rechtszekerheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot het beoordelingsproces en het resultaat ervan. Codificatie betekent het op schrift stellen van de criteria van de prudentiële beoordeling.

Voor het voltooien van de interne markt is het van belang dat de prudentiële beoordeling van de (her)verzekeringsondernemingen en eventuele voorgenomen verwerving door deze ondernemingen op basis van heldere criteria gaat plaatsvinden.

Hierna wordt beoordeeld in hoeverre richtlijn Solvabiliteit II heeft bijgedragen aan de codificatie van de criteria voor prudentiële beoordeling. Welke nieuwe regels zijn in de richtlijn opgenomen die de reeds bestaande codificatie hebben aangevuld?

15.5.1. Regels ten behoeve van de prudentiële beoordeling

De richtlijn bevat vele bepalingen betreffende de prudentiële beoordeling. In deze paragraaf wordt de bijdrage onderzocht van richtlijn Solvabiliteit II aan de codificatie van de criteria voor prudentiële beoordeling. In art. 29 lid 4 van de richtlijn is bepaald dat:

“In de door de Commissie vastgestelde gedelegeerde handelingen, technische reguleringsnormen en technische uitvoeringsnormen wordt het evenredigheidsbeginsel in acht genomen, opdat deze richtlijn op evenredige wijze wordt toegepast, met name wat kleine verzekeringsondernemingen betreft.”

Deze bepaling houdt geen codificatie van criteria van prudentiële beoordeling in. Wel wordt in dit artikel bepaald dat bij het opstellen van regulerings- en uitvoeringsnormen (ook codificatie) het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen. Dit beginsel dient bij te dragen aan een evenredige toepassing van de richtlijn die ook rekening houdt met de verschillen tussen de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen.

In art. 36 van de richtlijn zijn de regels opgenomen van toepassing op het toezichtproces (inclusief onderzoeken, evaluaties en beoordelingen).

Art. 37 van de richtlijn bevat de regels betreffende de bevoegdheden van de toezichthoudende autoriteit om in uitzonderlijke omstandigheden een kapitaalopslagfactor vast te stellen ten aanzien van een (her)verzekeringsonderneming. Het van toepassing verklaren van een dergelijke opslagfactor op het kapitaalvereiste dient na een met redenen omkleed besluit plaats te vinden. Conform lid 6 van dit artikel stelt de Commissie gedelegeerde handelingen vast ter nadere invulling van de omstandigheden waaronder een kapitaalopslagfactor wordt toegepast. De Commissie zal ook nadere invulling geven aan de methoden voor de berekening van de kapitaalopslagfactor (ingevolge art. 37 lid 7 van de richtlijn). Verder is in lid 8 van dit

artikel bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische uitvoeringnormen dient uit te werken (uiterlijk tot 3 september 2015) betreffende de te volgen besluitvormingsprocedures ter vaststelling, berekening en opheffing van kapitaalopslagfactor.

Prudentiële beoordeling dient in eerste instantie intern door de onderneming plaats te vinden. In art. 45 van de richtlijn zijn de regels opgenomen ten aanzien van deze interne beoordeling van het eigen risico en solvabiliteit. Ingevolge lid 1 van dit artikel zal deze beoordeling in ieder geval de volgende onderdelen moeten inhouden:

- de algehele solvabiliteitsbehoefte;
- de kapitaalvereisten en de naleving van de vereisten inzake de technische voorzieningen;
- afwijkingen van het risicoprofiel van de aannames die ten grondslag liggen aan het solvabiliteitskapitaalvereiste;

Art. 45 geeft een belangrijke codificatie weer van de wijze waarop de interne prudentiële beoordeling door een verzekerings- of herverzekeringsonderneming dient plaats te vinden. Deze bepaling wordt in art. 46 lid 1 van de richtlijn aangevuld met de regel dat een interne controlesysteem in ieder geval de administratieve en financiële verslagleggingsprocedures, een interne-controlekader, passende rapportageregelingen op alle niveaus en een compliance functie dient te omvatten.

Voor wat betreft de prudentiële beoordeling is in art. 50 van de richtlijn de taakstelling ten aanzien van de Commissie opgenomen om overeenkomstig art. 301 gedelegeerde handelingen vast te stellen. In deze handelingen zullen aanvullende regels worden opgenomen ten aanzien van de verplichtingen gesteld aan de bedrijfsuitoefening zoals die in de artikelen 41 en 44 t/m 48 zijn opgenomen. Verder wordt van de EIOPA verwacht dat zij technische reguleringsnormen uitwerkt tot nadere invulling van de vereisten van art. 42 en de voorwaarden voor uitbesteding, met name waar het om een uitbesteding aan dienstverleners uit derde landen gaat. Tevens werkt de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen uit tot nadere invulling van de beoordeling ter zake van de algehele solvabiliteitsbehoefte zoals die opgenomen in art. 45 lid 1 onder a) van de richtlijn.

In art. 75 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van de waardering van de activa en passiva. De codificatie van deze waarderingsregels bevat de volgende bepalingen ten aanzien van de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen:

- activa worden gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor ze kunnen worden verhandeld tussen ter zake goed geïnformeerde, tot een transactie bereid zijnde partijen die onafhankelijk zijn;
- passiva worden gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor ze kunnen worden overgedragen of afgewikkeld tussen ter zake goed geïnformeerde, tot een transactie bereid zijnde partijen die onafhankelijk zijn;
- bij de waardering van de passiva wordt niet gecorrigeerd voor de eigen kredietwaardigheid van de verzekerings- of herverzekeringsonderneming.

Ingevolge lid 2 van dit artikel stelt de Commissie gedelegeerde handelingen vast ter bepaling van de methoden en aannames die moeten worden gebruikt bij de waardering van de activa en passiva. Verder is in lid 3 van dit artikel bepaald dat de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen uitwerkt ter nadere invulling van de mate waarin de door de Commissie opgestelde gedelegeerde handelingen het gebruik behoeven van internationale boekhoudstandaarden voor jaarrekeningen, rekening houdend met de consistentie van die standaarden met de waarderingsmethoden van de activa en passiva. Tevens werkt de EIOPA ontwerpen van technische reguleringsnormen uit ter nadere invulling van de te gebruiken methoden en aannames indien er geen marktnoteringen voorhanden zijn of de internationale boekhoudstandaarden voor jaarrekeningen inconsistent zijn met de beoogde waardering van de activa en passiva en de methoden en aannames die moeten worden gebruikt bij de waardering van activa en passiva het gebruik van alternatieve waarderingsmethoden toestaan.

Deze nieuwe codificatieregels en opdracht aan de Commissie en de EIOPA leveren een belangrijke bijdrage aan het vaststellen van de criteria van prudentiële beoordeling.

In art. 130 van de richtlijn is bepaald dat de Commissie gedelegeerde handelingen vaststelt ter nadere invulling van de berekening van het minimumkapitaalvereiste. In art. 128 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten de (her)verzekeringsondernemingen verplichten dat ze kernvermogen aanhouden ter dekking van het minimumkapitaalvereiste. De grondslagen voor de berekening van dit minimumkapitaalvereiste zijn opgenomen in art. 129 lid 1 van de richtlijn. Tevens bevat art. 129 overige relevante bepalingen ten aanzien van de verplichting tot aanhouding van het minimumkapitaalvereiste.

In art. 135 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen betreffende de gedelegeerde handelingen en technische reguleringsnormen met betrekking tot de kwalitatieve vereisten bij het onderkennen, meten, bewaken en beheersen van risico's die voortvloeien uit beleggingen. De Commissie stelt gedelegeerde handelingen ter nadere invulling van deze eisen vast. Verder stelt de Commissie gedelegeerde handelingen vast ter bepaling van:

- de vereisten waaraan moet worden voldaan door ondernemingen die leningen herverpakken in verhandelbare effecten en andere financiële instrumenten (initiatoren of sponsors), met inbegrip van vereisten die waarborgen dat de initiator, sponsor of oorspronkelijke kredietverstrekker permanent een netto materieel economisch belang aanhoudt dat in elk geval niet minder bedraagt dan 5%;
- kwalitatieve vereisten waaraan moet worden voldaan bij het beleggen in de voornoemde effecten of instrumenten;
- de specificaties met betrekking tot de omstandigheden waaronder een evenredig extra kapitaalvereiste kan worden opgelegd wanneer een inbreuk is gepleegd op voornoemde vereisten.

In lid 3 van dit artikel is tevens bepaald dat de EIOPA, teneinde consistente harmonisatie te waarborgen, ontwerpen van technische reguleringsnormen dient uit te werken tot nadere invulling van de methoden voor de berekening van het evenredig extra kapitaalvereiste die kan worden opgelegd indien inbreuk is gepleegd op de vereisten waarop de voornoemde gedelegeerde handelingen betrekking hebben.

In art. 303 van de richtlijn zijn de wijzigingen en aanvullende bepalingen opgenomen ten aanzien van de Richtlijn 2003/41 EG. Hier gaat het om:

- de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa (art. 17, lid 2);
- beschikbare solvabiliteitsmarge (art.17 bis);
- vereiste solvabiliteitsmarge (art. 17 ter);
- garantiefonds (art.17 quater);
- de vereiste solvabiliteitsmarge in de zin van artikel 17 ter, lid 3 (art.17 quinquies);
- de aanpassing van het bedrag van het garantiefonds (art. 21 bis).

Art. 304 bevat regels betreffende de ondermodule aandelenrisico op basis van leeftijd. In dit artikel is bepaald dat de lidstaten aan levensverzekeringsondernemingen kunnen toestaan dat ze onder de in lid 1 van dit artikel opgenomen voorwaarden, een ondermodule aandelenrisico van het solvabiliteitskapitaalvereiste toepassen. Deze ondermodule wordt gekalibreerd volgens een Valueat-Risk formule en dient aan aanvullende, in lid 1 van dit artikel opgenomen, voorwaarden voldoen.

15.5.2. Deelconclusie

De in paragraaf 15.5.1 behandelde artikelen uit richtlijn Solvabiliteit II bevatten een breed scala van regels die van toepassing zijn op de prudentiële beoordeling. Alhoewel niet gesteld kan worden dat deze aanvullende codificatie ingevolge deze nieuwe, voor de codificatie van de prudentiële beoordeling relevante, bepalingen een volledige regeling biedt voor alle mogelijke omstandigheden, producten en werkwijze van verzekerings- of herverzekeringsondernemingen, leveren de nieuwe regels uit richtlijn Solvabiliteit II samen met de gedelegeerde handelingen van de Commissie en technische reguleringsnormen van de EIOPA een belangrijke bijdrage aan de codificatie van de prudentiële beoordeling van (her)verzekeringsondernemingen. De belangrijkste nieuwe codificaties hebben betrekking op de wijze van toepassing van een kapitaalopslagfactor, de normen inzake interne prudentiële beoordeling en het interne controlesysteem, de codificatie van de waardering van de activa en passiva (inclusief waarderingmethodes en bepalingen voor het geval dat marktnotering ontbreekt en internationale boekhoudstandaarden onvoldoende houvast bieden), berekening minimumkapitaalvereiste en kwalitatieve vereisten voor het beoordelen van de risico's voortvloeiende uit

beleggingen. Deze regels zijn tevens zodanig opgesteld dat ze de harmonisatie van het relevante rechtskader binnen de interne markt waarborgen.

Ten aanzien van de prudentiële beoordeling geldt verder het evenredigheidsbeginsel dat rekening houdt met de onderlinge verschillen tussen de (her)verzekeringsondernemingen.

15.6. Toetscriterium toegang verzekeringnemers tot de interne markt

Uit overweging 77 van richtlijn Solvabiliteit II blijkt het belang dat de Europese wetgever hecht aan de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt en tot een zo breed mogelijke gamma van verzekeringsproducten die binnen de interne markt worden aangeboden. Om deze doelstelling van de wetgever te realiseren zouden de lidstaten waar het risico is gelegen (voor wat betreft de schadeverzekeringen) of een verbintenis wordt gesloten (voor wat betreft de levensverzekeringen), er op moeten toezien dat alle binnen de interne markt beschikbare producten zonder enige belemmering op hun grondgebied op de markt kunnen worden gebracht. Enige toegelaten belemmering hierbij betreft de situatie waarbij het op markt brengen van voornoemde producten in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang in de lidstaat van ontvangst en indien dit algemeen belang niet door de wet- en regelgeving van de lidstaat van herkomst wordt gewaarborgd.

In paragraaf 14.3.6 van dit proefschrift werden de toegangsmogelijkheden van de verzekeringnemers op de interne markt toegelicht. Tevens is, op basis van de Nederlandse verzekeringspraktijk, ingegaan op de vraag hoe deze mogelijkheden in de praktijk worden gewaarborgd.

Hierna wordt onderzocht of de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II een (beter) toegang van de verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt waarborgen.

15.6.1. Waarborgen toegang verzekeringnemer tot de interne markt

In deze paragraaf worden de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II behandeld die mogelijk een (beter) toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt waarborgen. Deze bepalingen zijn vaak ook in staat om voor de toegang tot een brede scala van verzekeringsproducten te zorgen. Voor wat betreft de hieronder beoordeelde regels wordt onderscheid gemaakt tussen bepalingen die reeds in eerdere richtlijnen waren opgenomen en nieuwe bepalingen die voor het eerst in richtlijn Solvabiliteit II zijn opgenomen. Dit onderscheid is van belang om te beoordelen of met richtlijn Solvabiliteit II een verbetering is gekomen voor wat betreft de waarborgen betreffende de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt.

Bij het beoordelen van de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt is tevens onderscheid gemaakt tussen de volgende twee omstandigheden:

- a) in hoeverre worden verzekeringnemers afkomstig uit een lidstaat geaccepteerd door de verzekeraars met activiteiten in een andere lidstaat, ofwel in hoeverre is het gewaarborgd dat een verzekeringnemer toegang krijgt tot een verzekeringsproduct die in een andere lidstaat wordt aangeboden door een verzekeraar actief in die lidstaat;
- b) in hoeverre kunnen producten uit een lidstaat ook in een andere lidstaat worden aangeboden door een verzekeraar en/of de lidstaat van ontvangst hiervoor belemmerende maatregelen kent waardoor producten uit een lidstaat niet aangeboden kunnen worden in een andere lidstaat.

Aangezien onder b) voornamelijk te maken heeft met onbelemmerde toegang van verzekeraars tot de interne markt, welk onderwerp eerder in dit hoofdstuk is behandeld, wordt in deze paragraaf voornamelijk ingegaan op de in onder a) opgenomen keuzemogelijkheid van de verzekeringnemer.

Toegang van verzekeringnemers tot de interne markt zou verder ook moeten betekenen dat voor herstel of zorg, die op basis van een bestaande overeenkomst verzekerd is, de verzekeringnemer/verzekerde ook toegang heeft tot de interne markt. Een dergelijke toegang zou betekenen dat herstelmogelijkheden (zie schadeverzekeringen) en medische behandelingen (zie ziektekostenverzekeringen) op de hele interne markt zouden mogen plaatsvinden. Dit aspect is echter bewust buiten dit proefschrift gelaten, omdat dit geen direct verband heeft met de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt in de zin van het sluiten van een verzekeringsovereenkomst aangeboden binnen de interne markt.

In art. 180 richtlijn Solvabiliteit II is bepaald:

“Noch de lidstaat van het risico noch de lidstaat van de verbintenis mogen de verzekeringnemer beletten een overeenkomst te sluiten met een verzekeringsonderneming die volgens de voorwaarden van art. 14 een vergunning heeft verkregen voor zover deze sluiting van de overeenkomst niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang die in de lidstaat van het risico of in de lidstaat van de verbintenis gelden.”

Deze bepaling biedt waarborgen voor de verzekeringnemer/verzekerde dat de wetgeving van het zeteland van een verzekeraar geen belemmering zal inhouden die een aspirant verzekeringnemer zou beletten om een overeenkomst te sluiten met een verzekeraar die over een vergunning beschikt voor het aanbieden van verzekeringen. Deze bepaling geldt zowel voor de schade- als voor de levensverzekeringen.

Het tweede deel van de bepaling stelt vast dat dit verbod niet geldt in het geval dat het sluiten van een schade- of levensverzekeringsovereenkomst in strijd zou zijn met een regel van algemeen belang, van toepassing in de lidstaat waar het risico is gelegen of de lidstaat van de verbintenis. Dit brengt met zich mee dat indien het sluiten van een verzekering niet in strijd is met de wettelijke bepalingen van algemeen belang van de lidstaat waar het risico is gelegen of de lidstaat van de verbintenis, de wetgeving van het land geen belemmering mag inhouden voor een verbintenis tussen de (aspirant) verzekeringnemer en een verzekeraar. Hier gaat het dan om een verzekeraar die ingevolge art. 14 van richtlijn Solvabiliteit II een vergunning heeft verkregen. Art. 14 lid 1 van de richtlijn bepaalt immers dat de toegang tot het verzekeringsbedrijf of tot het herverzekeringsbedrijf afhankelijk wordt gesteld van het verkrijgen van een vergunning.

Deze bepaling (art. 180) is geen nieuwe regel in richtlijn Solvabiliteit II en is overgenomen uit richtlijn 92/49/EEG (zie art. 28 van deze richtlijn). Verder kan ook niet gesteld worden dat deze regel een echte waarborg is voor de toegang van de verzekeringnemers tot de interne markt. Het verbieden van een belemmering in de wetgeving van de lidstaten, betekent niet dat hiermee gelijk ook de ruimte wordt gecreëerd voor een verzekeringnemer afkomstig uit lidstaat X om bijvoorbeeld een levensverzekeringsovereenkomst in lidstaat Y te sluiten. Met deze bepaling wordt immers niet gegarandeerd dat een verzekeringsonderneming, die een dergelijk verzoek van een aspirant verzekeringnemer ontvangt, ook bereid is om een verzekeringsovereenkomst aan te bieden aan deze persoon/rechtspersoon of een aanvraag van deze persoon/rechtspersoon tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst te accepteren. Verder is het niet gegarandeerd dat een eigenaar van een pand gelegen in land X een verzekeraar uit land Y bereid zal vinden om dit pand te verzekeren, ook al bestaat verder geen belemmering die de verzekeringnemer belet om deze overeenkomst te sluiten.

Het kan ook gebeuren dat door een samenloop van verschillende wetten een verzekeraar uit land Y verplicht wordt om een verzekeringnemer uit land X te verzekeren, zoals in de situatie waarbij Nederlandse zorgverzekeraars ingevolge de Zvw een acceptatieplicht kennen voor in Nederland verplicht verzekerde personen, ook als deze niet in Nederland woonachtig zijn en dus het risico in staat X is gelegen. Buiten voornoemde situatie waarbij het verzekeren van een bepaald risico via een andere wet is verplicht kan richtlijn Solvabiliteit II en de nationale wetgeving van toepassing op de uitoefening van de verzekeringsactiviteiten een verzekeraar niet verplichten om in een ander land gelegen risico te verzekeren, indien uit dat ander land een aanvraag voor het sluiten van een verzekeringsovereenkomst wordt gedaan. Gevolg hiervan is dat de individuele verzekeringnemer woonachtig of gevestigd in een van de lidstaten geen gegarandeerde toegang heeft tot de interne verzekeringsmarkt en tot een brede scala van producten die deze markt kent.

15.6.2. Deelconclusie

Ten aanzien van de toegang van de verzekeringnemers tot verzekeringsproducten, die beschikbaar zijn binnen de interne verzekeringsmarkt, bestendigt richtlijn Solvabiliteit II het uitgangspunt van onbelemmerde toegang van de verzekeringnemers tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst op de interne markt.

Verbieden van belemmeringen betekent echter nog niet dat er waarborgen zijn gecreëerd op basis waarvan verzekeringnemers beter toegang tot de interne markt krijgen. Dat brengt ook met zich mee dat in de richtlijn geen wens is kenbaar gemaakt tot het creëren van deze waarborgen via de nationale wetgeving of via niveau 2 of 3 regelgeving.

Voornoemde heeft tot gevolg dat richtlijn Solvabiliteit II, ten opzichte van daarvoor geldende relevante rechtskader, niets veranderd of verbeterd heeft aan de toegang van de verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt.

15.7. Toetscriterium toepassing artikel 7 Rome I

In overweging 88 van richtlijn Solvabiliteit II is bepaald:

“De lidstaten waar Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (1) niet van toepassing is, dienen, overeenkomstig deze richtlijn, de bepalingen van die verordening, toe te passen om te bepalen welk recht van toepassing is op verzekeringsovereenkomsten die binnen de werkingssfeer van artikel 7 van genoemde verordening vallen”.

Hieronder wordt beoordeeld in hoeverre de toepassing van Rome I in de richtlijn is uitgewerkt en of deze bepaling bijdraagt aan het realiseren van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt.

15.7.1. Toepassing artikel 7 Rome I

Richtlijn Solvabiliteit II heeft een nieuwe bepaling geïntroduceerd ten aanzien van het toepasselijk recht.

In art. 178 van de richtlijn is opgenomen dat de lidstaten waar verordening Rome I niet van toepassing is de bepalingen van de voornoemde verordening ten aanzien van het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst toch gaan toepassen. Doel van deze nieuwe richtlijn bepaling is het harmoniseren van de regels van toepasselijk recht, die gelden ten aanzien van de verzekeringsovereenkomsten, die binnen de werkingssfeer van art. 7 Rome I vallen.

Rome I is gebaseerd op partijautonomie, maar bevat tevens een limitatieve opsomming van de rechtsstelsels die kunnen worden gekozen bij een overeenkomst tot het vervoer van passagiers¹⁵⁵³ (zie art. 5 lid 2 Rome I) en een verzekeringsovereenkomst ter dekking van overige risico's (hier gaat het dus om alle risico's die geen grote risico's zijn ingevolge art. 5 sub d van de Eerste Richtlijn).¹⁵⁵⁴ De ten aanzien van de verzekeringsovereenkomsten ter dekking van de overige risico's voorgeschreven rechtskeuzeregels brengen een belangrijke beperking van de partijautonomie van de contracterende partijen met zich mee. Deze beperking wordt echter als voordeel voor de zwakkere contractspartij gezien (veelal de consument) die in het kader van het algemeen belang beschermd dient te worden.

Ten aanzien van de overeenkomsten, die overige risico's verzekeren, gesloten door een verzekeraar met zetel in een lidstaat of actief in de lidstaten, geldt art. 7 Rome I. Dit brengt met zich mee dat de wetgever ervan uit kan gaan dat de belangen van de consumenten en overige partijen die deze extra bescherming nodig hebben voldoende is gewaarborgd. Deze bepaling biedt waarborgen voor de situatie dat een verzekeringsonderneming, gevestigd in een lidstaat waarop Rome I niet van toepassing is, de regels betreffende toepasselijk recht uit art. 7 Rome I zou kunnen omzeilen en hiermee verzekeringnemers bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten betreffende overige risico's zou kunnen benadelen. Met deze bepaling wordt in principe ook voorkomen dat een verzekeringsonderneming, gevestigd in een lidstaat waarop Rome I geen toepassing vindt¹⁵⁵⁵, een concurrentievoordeel zou hebben ten opzichte van de verzekeraars uit andere lidstaten die wel aan deze regels gebonden zijn. Rome I is geldig in alle EU lidstaten¹⁵⁵⁶ behalve in Denemarken¹⁵⁵⁷.

Ingevolge art. 183 van richtlijn Solvabiliteit II dienen de verzekeringnemers in kennis te worden gesteld van (a) het recht dat op de verzekeringsovereenkomst van toepassing is, wanneer de partijen geen vrijheid van rechtskeuze hebben (zie art. 7 lid 3 Rome I), maar ook (b) over het feit dat de partijen het toepasselijk recht vrij kunnen kiezen. Lid 2 van dit artikel stelt vast dat de in lid 1 bedoelde verplichting enkel geldt wanneer de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is. Aangezien bij een verzekeringsovereenkomst gesloten met een natuurlijk persoon partijen bijna nooit vrije rechtskeuze hebben zal voornamelijk over art. 183 lid 1 onder a) van de richtlijn worden gecommuniceerd door de schadeverzekeraar. Een soortgelijke bepaling ten

¹⁵⁵³ Partijen bij overeenkomsten tot het vervoer van passagiers kunnen kiezen voor (1) het recht van het land waar de passagier of de vervoerder zijn gewone verblijfplaats heeft, (2) voor het recht van het land waar de vervoerder zijn hoofdvestiging heeft, (3) voor het recht van het land waar het vertrek plaatsvindt of (4) voor het recht van het land waar de aankomst plaatsvindt.

¹⁵⁵⁴ Richtlijn 73/239/EEG maakt onderscheid tussen een groot risico en alle andere risico's.

¹⁵⁵⁵ Zie hierover ook paragraaf 5.5. van dit proefschrift.

¹⁵⁵⁶ Inclusief Ierland en het Verenigd Koninkrijk, zie overweging 44 van de preambule bij Rome I respectievelijk de beschikking van de Commissie van 22 december 2009, 2009/26/EG.

¹⁵⁵⁷ Zie overweging 46 in de preambule bij Rome I, de verordening niet van toepassing op Denemarken. Beckmann 2015, p. 203.

aanzien van het informeren van de verzekeringnemers is te vinden in art. 185 lid 3 onder m) voor wat betreft de levensverzekeringen.

Het toepassen van art. 7 Rome I in alle lidstaten kan ook een beperking opleveren voor een verzekeringnemer, die weliswaar zijn gewone woonplaats heeft in een lidstaat, maar liever het recht van een andere lidstaat op de te sluiten verzekeringsovereenkomst zou willen toepassen.

Deze situatie kan ontstaan in de gevallen dat men in meerdere lidstaten woonachtig is, of vertrouwd met een bepaald rechtssysteem, of van oordeel is dat het rechtssysteem van een lidstaat hem of haar meer bescherming biedt dan het recht van zijn gewone verblijfplaats. Hier gaat het om een duidelijk geval waarbij de behoefte van bescherming aan een grote groep ten koste gaat van de vrijheid en de keuzemogelijkheden van het individu. Desondanks biedt de in art. 7 lid 3 Rome I opgenomen waarborg voor de rechtskeuze een brede bescherming voor alle verzekeringnemers die onder deze bepaling vallen. Tevens waarborgt het een gelijk speelveld tussen de verzekeraars met zetel in de lidstaten, die hiermee aan gelijke regels van rechtskeuze gebonden zijn.

Aangezien Rome I niet alleen relevant is voor het maken van een rechtskeuze bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst maar ook bij het bepalen van het toepasselijk recht op een schadeclaim voortvloeiend uit een verzekeringsovereenkomst, zou de vraag gesteld kunnen worden of deze bepaling ook met terugwerkende kracht geldt ten aanzien van de overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van richtlijn Solvabiliteit II zijn gesloten.

In het arrest van het HvJ Ergo Insurance¹⁵⁵⁸ kwam aan de orde het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), naast het recht dat van toepassing is op regresvorderingen die tussen deze partijen¹⁵⁵⁹ zijn ingediend naar aanleiding van verkeersongevallen die zich in Duitsland hebben voorgedaan. In dit arrest oordeelde het HvJ dat het recht dat van toepassing is op een regresvordering van de verzekeraar van een trekker, die de slachtoffers van een ongeval, dat door de bestuurder van dat voertuig is veroorzaakt, schadeloos heeft gesteld, op de verzekeraar van de aanhanger, die tijdens dit ongeval werd getrokken, volgens art. 7 van verordening nr. 593/2008 (verordening Rome I) wordt bepaald. Voorwaarde hiervoor is dat de regels inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, die op dit ongeval van toepassing zijn, in een verdeling van de verplichting tot schadevergoeding voorzien.

Art. 7 Rome I biedt dan *“het wettelijk kader voor het vaststellen van het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomsten die tussen verzoekers in het hoofdgeding en hun respectieve verzekerde zijn gesloten, om uit te maken of en in welke mate deze verzekeraars bij wege van subrogatie de rechten van het slachtoffer kunnen uitoefenen tegen de verzekeraar van de aanhanger”*, aldus het HvJ¹⁵⁶⁰.

Deze regels zijn, gelet op art. 178 richtlijn Solvabiliteit II, mogelijk ook geldig voor de verzekeraars met zetel in een lidstaat waar verordening Rome I niet van toepassing is, of een verzekeraar uit een derde land die middels een vergunning binnen de EU verzekeringen mag aanbieden. Om die reden heeft art. 178 van richtlijn Solvabiliteit II gevolgen voor het te sluiten verzekeringsovereenkomsten en in geding zijnde vorderingsrechten voortvloeiend uit een verzekeringsovereenkomst die onder de toepassing van verordening Rome I valt.

15.7.2. Deelconclusie

Art. 178 van richtlijn Solvabiliteit II breidt het wettelijk kader uit met een nieuwe bepaling ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 7 Rome I. De toepasselijkheid geldt ingevolge dit artikel ook ten aanzien van de lidstaten waar Rome I niet van toepassing is. Met deze bepaling worden de regels ten aanzien van het toepasselijk recht binnen de EER-landen geharmoniseerd.

Toepassing van art. 7 Rome I brengt een beperking van de partijautonomie met zich mee, maar betekent ook bescherming voor een brede groep van verzekeringnemers bij grensoverschrijdende verzekerings-

¹⁵⁵⁸ Zie het arrest HvJ EU 21 januari 2016, C-359/16 („ERGO Insurance” SE/ „If P&C Insurance” AS/„GjensidigeBaltic” AAS/„PZU Lietuva” UAB DK), ECLI:EU:C:2016:40.

¹⁵⁵⁹ In het arrest HvJ EU 21 januari 2016, C-359/16 („ERGO Insurance” SE/ „If P&C Insurance” AS/„Gjensidige Baltic” AAS/„PZU Lietuva” UAB DK), ECLI:EU:C:2016:40 ging om de gedingen tussen de verzekeringsmaatschappijen „ERGO Insurance” SE en „If P&C Insurance” AS, en „Gjensidige Baltic” AAS en „PZU Lietuva” UAB DK.

¹⁵⁶⁰ Zie r.o. 62 van HvJ EU 21 januari 2016, C-359/16 („ERGO Insurance” SE/ „If P&C Insurance” AS/ „Gjensidige Baltic” AAS/„PZU Lietuva” UAB DK), ECLI:EU:C:2016:40.

overeenkomsten. Met de voornoemde bepaling wordt niet alleen het op de verzekeringsovereenkomsten toepasselijk recht op een gelijke wijze bepaald, maar zullen ook de in geding zijnde vorderingsrechten voortvloeiend uit een verzekeringsovereenkomst onder de toepassing van Rome I vallen. Hiermee levert deze richtlijnbeepaling een bijdrage aan het realiseren van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt.

15.8. Toetscriterium gelijke behandeling verzekeringnemers en begunstigen

In paragraaf 14.3.9. van dit proefschrift werden diverse relevante aspecten van het recht op gelijke behandeling van de EU burgers toegelicht. Hierbij is het discriminatieverbod aan de orde gekomen, evenals de mogelijke rechtvaardigingsgronden van eventuele uitzonderingssituaties, waarbij gelijke behandeling wel beperkt mag worden. Tevens is gesteld dat discriminatie in de eerste instantie bij het acceptatieproces plaatsvindt. Indien de mogelijke discriminatie van de aspirant verzekeringnemer wordt genegeerd en beschermende maatregelen slechts ten aanzien van de verzekeringnemer/verzekerde gelden wordt het gestelde doel van gelijke behandeling maar deels gerealiseerd.

Hieronder wordt de bijdrage van richtlijn Solvabiliteit II onderzocht in de voorkoming van mogelijke ongelijke behandeling in de voornoemde tweede fase en beoordelen of hier om nieuwe wettelijke regels gaat.

15.8.1. Waarborgen van gelijke behandeling

In overweging 105 van de richtlijn is dwingend vastgelegd dat alle verzekeringnemers en begunstigen gelijk behandeld moeten worden, ongeacht hun woonplaats of nationaliteit. Om dit te bereiken hebben de lidstaten de opdracht gekregen om ervoor te zorgen dat *“alle maatregelen die een toezichthoudende autoriteit op grond van haar nationale mandaat neemt, niet strijdig worden geacht met de belangen van die lidstaat of van de verzekeringnemers en begunstigen in die lidstaat”*.

Bij deze overweging is een combinatie gemaakt van enerzijds geen strijd met de belangen van de lidstaat en anderzijds die van de verzekeringnemers en begunstigen in die lidstaat. Dit zou betekenen dat de belangen van de lidstaat niet gelijk gesteld worden met de belangen van de verzekeringnemers en begunstigen in die lidstaat. Verder biedt de overweging geen rangorde tussen deze twee belangen. Mag het belang van de verzekeringnemers en begunstigen wijken indien waarborgen van deze belangen strijd zouden opleveren met de belangen van de lidstaat?

Ook is het onduidelijk of strijd met de belangen van de verzekeringnemers en begunstigen gerechtvaardigd kan worden door het waarborgen van de belangen van een lidstaat. Ten slotte is in overweging 105 van richtlijn Solvabiliteit II opgenomen dat in *“alle omstandigheden van afwikkeling van vorderingen en liquidatie moeten de activa eerlijk worden verdeeld onder alle in aanmerking komende verzekeringnemers, ongeacht hun nationaliteit of woonplaats”*. Vraag is of hier het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht ook een rol speelt, of aangenomen kan worden dat bij de afwikkeling en verdeling van de activa gelijke regels worden toegepast ongeacht nationaliteit en woonplaats van de verzekeringnemers en begunstigen.

De noodzaak om gelijke behandeling en bescherming van de verzekeringsschuldeisers te waarborgen is ook onderstreept in overweging 117 van de richtlijn. Voor wat betreft de activiteiten via vrije vestiging is in art. 160 van richtlijn Solvabiliteit II een bepaling opgenomen ten aanzien van de behandeling van overeenkomsten van bijkantoren die in een liquidatieprocedure verwickeld zijn. Ingevolge dit artikel worden bij de liquidatie van een verzekeringsonderneming de verbintenissen, die voortvloeien uit de verzekeringsovereenkomsten, die door een bijkantoor of in het kader van het vrij verrichten van diensten zijn gesloten, op gelijke wijze nagekomen als de verbintenissen die voortvloeien uit de andere verzekeringsovereenkomsten van deze onderneming. Hierbij wordt verder bepaald dat er geen onderscheid wordt gemaakt naar de nationaliteit van de verzekerden en begunstigen. Deze bepaling is een voortzetting van de regel afkomstig uit richtlijn 92/49/EEG (art. 42 lid 2) en richtlijn 2002/83/EG (art. 48).

In art. 194 van de richtlijn zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van de behandeling van co-assurantieovereenkomsten bij liquidatieprocedures. Hierin is bepaald dat bij de liquidatie van een verzekeringsonderneming verplichtingen, die voortvloeien uit een co-assurantieovereenkomst, op dezelfde wijze worden nagekomen als de verplichtingen die voortvloeien uit andere verzekeringsovereenkomsten van de onderneming. Hierbij is verder geen onderscheid naar de nationaliteit van verzekerden en begunstigen toegestaan. Het gaat hier om een bepaling die juist een mogelijk onderscheid in rechtsbescherming voortvloeiend uit verschillend type verzekeringsovereenkomsten wil wegnemen.

In de regel worden co-assurantieovereenkomsten afgesloten ten aanzien van grote en/of bijzondere risico's. Dit mag echter geen onderscheidend criterium zijn en als reden worden gebruikt om bij de afwikkeling van een verzekeringsonderneming onderscheid te maken tussen deze en reguliere verzekeringsovereenkomsten. Deze bepaling is ook niet nieuw in richtlijn Solvabiliteit II, maar afkomstig uit richtlijn 78/473/EEG (art. 7).

Voor een optimale informatie-uitwisseling inzake de beslissing over de opening van een liquidatieprocedure zijn in art. 280 van de richtlijn regels opgenomen over de passende wijze van kennisgeving. Naast de toezichthoudende autoriteiten verdient de kennisgeving over de opening van de liquidatieprocedure aan de schuldeiser veel aandacht. In art. 281 van de richtlijn is bepaald hoe deze kennisgeving zal plaatsvinden. Hiermee heeft de Europese wetgever ervoor willen zorgen dat de kennisgeving niet afhankelijk gemaakt wordt van de thans geldende nationale wetgeving, maar dat de in art. 281 van de richtlijn opgenomen regels voldoende waarborg bieden dat de bekende schuldeisers ongeacht hun woonplaats of land van vestiging individueel en schriftelijk in kennis worden gesteld. Deze bepaling is geen nieuwe regeling in het rechtskader, maar biedt wel een uitstekende waarborg voor gelijke behandeling van verzekerden en schuldeisers ongeacht hun nationaliteit. Daarnaast vergroot deze bepaling het vertrouwen van de verzekeringnemers in de interne verzekeringsmarkt.

Ook in het kader van een afwikkeling van een verzekeringsonderneming zijn in art. 282 van de richtlijn bepalingen opgenomen ten aanzien van het recht van de schuldeisers om een vordering in te dienen. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat vorderingen van de schuldeisers met gewone verblijfplaats, woonplaats of hoofdkantoor in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst, dezelfde behandeling en rangindeling krijgen als de soortgelijke vorderingen van de schuldeisers met gewone verblijfplaats, woonplaats of hoofdkantoor in de lidstaat van herkomst. Dit is een waarborg ten behoeve van de gelijke behandeling van de verzekeringsschuldeisers (waaronder verzekeringnemers en begunstigen) ongeacht hun woonplaats/gewone verblijfplaats (voor wat betreft natuurlijke personen) of vestigingsplaats (voor wat betreft rechtspersonen). In lid 2 van art. 282 is tevens bepaald dat: *“bevoegde autoriteiten moeten derhalve zonder discriminatie in de gehele Gemeenschap opereren”*. Deze bepaling is van groot belang voor de ontwikkeling van de interne markt, waarbij rechtsbescherming en rechtszekerheid een belangrijke voorwaarde is. Indien verzekeringnemers erop kunnen vertrouwen dat de bevoegde autoriteiten hun belangen zonder discriminatie naar woonplaats of land van vestiging waarborgen, zullen ze meer vertrouwen hebben in de interne markt en dus in het sluiten van verzekeringsovereenkomsten met verzekeraars afkomstig uit andere lidstaten. Art. 282 is geen nieuwe bepaling in richtlijn Solvabiliteit II, maar is afkomstig uit richtlijn 2001/17/EG (art. 16).

In art. 242 van richtlijn Solvabiliteit II zijn bepalingen opgenomen inzake de herziening van de richtlijn. Uit lid 2 van dit artikel blijkt dat de Commissie uiterlijk tot 31 december 2018 een evaluatie zal uitvoeren inzake de baten van een versterking van het groepstoezicht. Hierbij is vastgelegd dat de voornoemde evaluatie ook maatregelen moet bevatten, die voor een solide grensoverschrijdend beheer van de verzekeringsconcerns kunnen zorgen, met name ten aanzien van risico's en vermogensbeheer.

Tevens zijn een aantal gebieden, waaronder *“een gelijkwaardig niveau van bescherming van verzekeringnemers en begunstigen van ondernemingen van dezelfde groep, met name in crisissituaties”*,¹⁵⁶¹ benoemd, waarmee de Commissie in haar evaluatie rekening zal houden. Hiermee is de wens van de wetgever om ook voortdurend aandacht te besteden aan een gelijkwaardige bescherming van de verzekeringnemers en begunstigen onderstreept. Voor deze bescherming benodigde middelen, maatregelen kunnen in de tijd en door veranderende omstandigheden binnen de branche veranderen. Hiermee zal ook bij een herziening rekening gehouden moeten worden. De in deze bepaling opgenomen herzieningsregels zijn ook te vinden in richtlijn 98/78/EEG (zie Bijlage II) en richtlijn 2005/68/EG (zie art. 59, lid 9 en Bijlage II).

15.8.2. Deelconclusie

Bepalingen, die gelijke behandeling waarborgen, dragen theoretisch bij het vertrouwen van de verzekeringnemers betreffende de interne verzekeringsmarkt.

Uit de hierboven toegelichte bepalingen blijkt dat de waarborgen voor gelijke behandeling niet absoluut zijn. De regel van gelijke behandeling van verzekeringnemers en begunstigen, mits niet strijdig met de belangen

¹⁵⁶¹ Zie art. 242, lid 2, onder g) richtlijn Solvabiliteit II.

van de lidstaten en met de belangen van de verzekeringnemers en begunstigen uit die lidstaten, uit overweging 105 van de richtlijn roept de vraag op over de mogelijke rechtvaardiging van ongelijke behandeling ingevolge de richtlijn. En hoe verhoudt zich deze rechtvaardigingsmogelijkheid met het discriminatieverbod uit het Unierecht. Richtlijn Solvabiliteit II geeft geen antwoord op deze vragen.

Bepalingen uit de richtlijn, die gelijke behandeling ten aanzien van gelijkstelling van verzekeringsovereenkomsten van een onderneming bij liquidatieprocedures ongeacht of ze via een bijkantoor zijn gesloten of onderdeel zijn van een co-assurantieovereenkomst waarborgen, zijn een voortzetting van eerdere waarborgen ten aanzien van de gelijkstelling van verzekeringsovereenkomsten. Ook de bepalingen betreffende de gelijkstelling van de schuldeisers van een onderneming afkomstig uit verschillende lidstaten is overgenomen uit het eerdere relevante rechtskader.

15.9. Toetscriterium rechtskader voor de sanering en liquidatie verzekeraars

In paragraaf 14.3.10 van dit proefschrift werd reeds een toelichting opgenomen inzake het rechtskader ten behoeve van de sanering en liquidatie van (her)verzekeringsondernemingen. Daar is vooral ingegaan op het gebrek aan harmonisatie van de nationale maatregelen die relevant zijn voor de sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen. Tevens werd uitgebreid stilgestaan bij de aanbevelingen van de EIOPA betreffende herstel en afwikkeling van (her)verzekeraars.

In paragraaf 15.3.2. van dit hoofdstuk zijn de bestaande bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II inzake sanering en liquidatie van de verzekerings- en (her)verzekeringsondernemingen beoordeeld uitgaande van de doelstelling van de Europese wetgever om gecoördineerde voorschriften tot stand te brengen op de interne markt. Hier is geconcludeerd dat de bestaande bepalingen meerdere waarborgen bevatten voor gecoördineerde voorschriften, maar nog onvoldoende overtuigen teneinde te kunnen vaststellen dat ze gelijke bescherming bieden voor verzekerden en begunstigen ongeacht hun woon- of vestigingsland.

Hierna wordt beoordeeld of richtlijn Solvabiliteit II nieuwe bepalingen bevat ter aanvulling van het rechtskader betreffende sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen op de interne markt.

15.9.1. Aanvullende bepalingen rechtskader voor sanering en liquidatie verzekeraars

In richtlijn Solvabiliteit II zijn de bepalingen ingevolge sanering en liquidatie opgenomen in Titel IV, *Sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen* (artikelen 267 t/m 296). Voor een vroegtijdige interventie bij de verslechtering van de financiële omstandigheden van de (her)verzekeringsondernemingen is art. 136 van de richtlijn relevant.¹⁵⁶²

Ingevolge de Concordantietabel, opgenomen in Bijlage VI van de richtlijn zijn alle bepalingen opgenomen in de artikelen 267 t/m 296 afkomstig uit eerdere richtlijnen. Hieruit volgt dat richtlijn Solvabiliteit II geen bepalingen bevat die het rechtskader ten aanzien van de sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen uitbreiden en/of verbeteren ten opzichte van de voor richtlijn Solvabiliteit II bestaande rechtskader.

Daarentegen bevat de richtlijn wel een nieuwe bepaling voor wat betreft de vroegtijdige interventie bij de verslechtering van de financiële omstandigheden van de (her)verzekeringsondernemingen. Deze bepaling is opgenomen in art. 136 van de richtlijn.

Verder zijn voor het rechtskader van de sanering en liquidatie ook de bepalingen betreffende de niet-naleving van het solvabiliteitskapitaalvereiste (art. 138 en 141) en betreffende de niet-naleving van de minimumkapitaalvereisten (art. 139, 141 en 144 van de richtlijn) van belang. Deze artikelen zijn afkomstig uit het eerdere wettelijk kader.

Ondanks het feit dat het voornoemde relevante wettelijk kader, zoals opgenomen in richtlijn Solvabiliteit II, maar één nieuwe toevoeging kent ten opzichte van het eerdere rechtskader voor sanering en liquidatie van de (her)verzekeraars heeft richtlijn Solvabiliteit II toch voor een belangrijke vooruitgang inzake harmonisatie binnen de interne verzekeringsmarkt gezorgd. Deze heeft te maken met het feit dat door de

¹⁵⁶² Zie hierbij ook de aanbevelingen uit het document van de EIOPA uit 27 maart 2015, 'Final report om public consultation no. 14/602 on the Advice to the European Commission in response to the 'Call for Advice on recovery plan, finance scheme and supervisory powers in deteriorating financial conditions'.

maximumharmonisatie die geldt voor deze richtlijn zijn eerdere bepalingen die (gelet op minimum-harmonisatie) wellicht op verschillende wijze in de afzonderlijke nationale wetgevingen zijn opgenomen, nu wel geharmoniseerd. Dat betekent dus dat na de inwerkingtreding van Solvabiliteit II de bepalingen ten aanzien van herstel en liquidatie, die in de richtlijn zijn opgenomen, op gelijke wijze worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten.

Voor de Wft betekende dit bijvoorbeeld dat waar in de wet eerst drie soorten plannen konden worden opgevraagd door DNB (d.w.z. het herstelplan, saneringsplan en financieringsplan) na de inwerkingtreding van richtlijn Solvabiliteit II de Wft allen een expliciete verwijzing naar twee plannen (saneringsplan en financieringsplan) bevat.¹⁵⁶³ Zie hiervoor art.135 lid 1 Wft ten aanzien van het herstelplan die overigens overeenkomt met het saneringsplan uit richtlijn Solvabiliteit II en art. 136 lid 1 Wft voor het financieel kortetermijnplan.

De door richtlijn Solvabiliteit II verbeterde risicomanagement van de (her)verzekeringsondernemingen, door de introductie van risicogebaseerd kapitaaleisen, kan als een belangrijke preventiemaatregel gezien worden voor de bescherming van polishouders en financiële stabiliteit van de sector. Hierdoor zorgt de richtlijn indirect ervoor dat de kans op sanering en liquidatie lager is geworden.

*“Solvency II has reduced the likelihood of failures in the insurance sector, which has already experienced fewer failures than the banking sector.”*¹⁵⁶⁴

Dit preventieaspect neemt niet weg dat de door de wetgever gestelde doelstelling van een rechtskader voor sanering en liquidatie voor de verzekeraars op de interne verzekeringsmarkt, middels richtlijn Solvabiliteit II nog steeds niet is bereikt, allen de kans op sanering en liquidatie is afgenomen.

Voor wat betreft de grensoverschrijdende samenwerking inzake de sanering en liquidatie gelden ook de bepalingen van de richtlijn ten aanzien van het college van toezichthouders (art. 248) en de regels betreffende de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de toezichthoudende autoriteiten (art. 249). Art. 248 van de richtlijn is een nieuwe bepaling van het rechtskader en heeft betrekking op de rechten en plichten van de groepstoezichthouders en college van toezichthouder in het kader van het groepstoezicht, coördinatieafspraken en de rol van de EIOPA.

15.9.2. Deelconclusie

Ondanks haar doelstellingen en de gebrekkige harmonisatie van het rechtskader betreffende sanering en liquidatie van de verzekeraars bevat richtlijn Solvabiliteit II maar één nieuwe bepalingen (relevant voor vroegtijdige interventie bij verslechtering van de financiële toestand) ter aanvulling van de voor de richtlijn reeds bestaande rechtskader.

Een belangrijke vooruitgang ten aanzien van de eerdere relevante wet- en regelgeving is het feit dat anders dan bij de eerdere richtlijnen bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II de methode van maximale harmonisatie is toegepast met als gevolg dat de reeds bestaande bepalingen in ieder geval op gelijke wijze zijn opgenomen in de afzonderlijke nationale jurisdicties. Tevens bevat de richtlijn nieuwe waarborgen ten aanzien van grensoverschrijdende samenwerking gericht op het groepstoezicht. Deze samenwerking heeft ook betrekking op de sanering en liquidatie van (her)verzekeraars waarbij grensoverschrijdende aspecten aan de orde komen.

15.10. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn een aantal, voor de voltooiing van de interne markt relevante, doelstellingen van de Europese wetgever getoetst aan de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II.

Voor wat betreft het toetscriterium beter toegang van (her)verzekeraars tot de interne markt werd geconcludeerd dat de regels van toepassing op de toekenning van een vergunning, de rechtsvorm van de vergunninghoudende onderneming en het verbod op het nevenbedrijf door een verzekerings- of herverze-

¹⁵⁶³ Zie Consultatie MvT implementatie Solvabiliteit II, p.42.

¹⁵⁶⁴ EIOPA 2017, ‘Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states’, p. 60.

keringsonderneming in de gehele gemeenschap, weliswaar niet voor een verbetering van de toegang, maar wel voor een geharmoniseerd rechtskader zorgen. Dit heeft positieve gevolgen voor het gelijke speelveld.

Eveneens werd geconcludeerd dat de bepalingen ten aanzien van bijkantoren (voorwaarde vestiging, definitie bijkantoor, eisen gesteld aan kennisgeving) een waarborg vormen voor een gelijke werkwijze binnen de interne markt ten aanzien van de regels die bedoeld zijn om vrij verkeer van diensten te garanderen. De bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II waarborgen immers het vestigen van een bijkantoor binnen de hele interne verzekeringsmarkt onder gelijke voorwaarden en volgens een goed beschreven, geharmoniseerd proces.

Verder werd in dit hoofdstuk geconcludeerd dat, alhoewel het beginsel van tariefvrijheid vastligt in richtlijn Solvabiliteit II, deze bepaling geen absolute verbod oplevert. Middels deze bepaling zijn immers niet alle nationale regels, die gevolgen voor de verzekeringspremies kunnen hebben, uitgesloten.

Aangezien de in de toets betrokken bepalingen ten aanzien van vrije toegang geen nieuwe elementen bevatten voor de Europese wetgeving kan niet geconcludeerd worden dat met richtlijn Solvabiliteit II de toegang tot de interne markt is verbeterd en/of deze richtlijn een nieuwe bijdrage heeft geleverd aan het bevorderen van het vrij verkeer van verzekeringsdiensten.

Voor wat betreft het toetscriterium gecoördineerde voorschriften werd vastgesteld dat de bestaande bepalingen waarborgen bevatten voor gecoördineerde voorschriften, maar nog onvoldoende overtuigen om vast te kunnen stellen dat ze gelijke bescherming bieden voor verzekerden en begunstigen ongeacht woon- of vestigingsland. Verder werd vastgesteld dat de gecoördineerde voorschriften inzake groepstoezicht maar een beperkte bijdrage leveren aan de goede werking van de interne markt. Tevens is geconcludeerd dat de gecoördineerde voorschriften ten aanzien van de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures weliswaar garanties bieden maar niet in staat zijn om gelijke bescherming te waarborgen voor verzekerden en begunstigen woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten. Dat betekent dat verzekerden van dezelfde verzekeraar woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten, afhankelijk van hun woon-/vestigingsland (voor wat betreft schadeverzekeringen) of het land van verbintenis (voor wat betreft levensverzekeringen) en dus afhankelijk van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht bij een liquidatie verschillend worden behandeld.

Ten aanzien van het toetscriterium geharmoniseerd rechtskader werd geconstateerd dat ondanks de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II middels de methode van maximale harmonisatie in de nationale wetgeving van de afzonderlijke lidstaten, toch de mogelijkheid bestaat dat er in de nationale jurisdicties afwijkende regels voortbestaan en nieuwe verschillen ontstaan. Dit wordt veroorzaakt door de bepalingen die een keuzemogelijkheid bieden aan de bevoegde autoriteiten of aan de groepstoezichthouder voor toepassing van de richtlijn. Deze keuzemogelijkheden geven de ruimte om af te wijken van de maximale harmonisatie, voor het opstellen van eigen beleidsregels en voor het toepassen van een eigen afweging. Verder bieden de in richtlijn Solvabiliteit II opgenomen lidstaatopties ruimte voor de lidstaten om afwijkende keuzes te maken bij de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II in hun nationale wetgeving en dat er reeds gemaakte keuzes blijven voortbestaan. Dit betekent een mogelijk verschil in de wetgeving van de lidstaten, welke eenvoudig verwijderd kon worden middels deze richtlijn.

In de richtlijn zijn meerdere waarborgen voor een consequente harmonisatie middels reguleringsnormen van de EIOPA opgenomen. De door de EIOPA opgestelde reguleringsnormen, mits correct nageleefd door de lidstaten en toezichthoudende autoriteiten, komen ten goede van het op de (her)verzekeringsondernemingen toepasselijke geharmoniseerd rechtskader. In de situatie dat aan de lidstaten de ruimte wordt gelaten om algemene richtsnoeren en normen zelf op te stellen is het risico groot dat deze ten kosten gaat van het geharmoniseerd rechtskader. Lidstaatopties brengen het risico met zich mee dat het gelijke speelveld binnen de interne markt wordt aangetast.

Voor wat betreft het toetscriterium codificatie van criteria betreffende prudentiële beoordeling werd vastgesteld dat de richtlijn een belangrijke codificatie weergeeft van de wijze waarop de prudentiële beoordeling door een verzekerings- of herverzekeringsonderneming dient plaats te vinden. De in de richtlijn opgenomen nieuwe codificatieregels en de opdracht aan de Commissie en aan de EIOPA leveren een

belangrijke bijdrage aan het vaststellen van de criteria van prudentiële beoordeling. De bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II, gedelegeerde handelingen van de Commissie en technische reguleringsnormen van de EIOPA betekenen een grote stap vooruit in de richting van de codificatie van de relevante regels van prudentiële beoordeling. Deze regels zorgen tevens voor de harmonisatie van het relevant rechtskader binnen de interne markt.

Inzake het toetscriterium toegang verzekeringnemers tot de interne markt werd geconcludeerd dat de individuele verzekeringnemer woonachtig of gevestigd in een van de lidstaten geen werkelijke toegang heeft tot de hele interne verzekeringsmarkt en daarmee tot een brede scala van producten die deze markt kent.

Ten aanzien van het toetscriterium toepassing art. 7 Rome I werd geconcludeerd dat de relevante bepaling uit de richtlijn (art. 178) bijdraagt aan het gelijke speelveld tussen de verzekeraars met zetel in de lidstaten, die hiermee aan gelijke regels van rechtskeuze gebonden zijn. Hierbij wordt voorkeur gegeven aan de bescherming van een grote groep van (veelal) consumenten boven de partijautonomie. Een duidelijk geval waarbij de behoefte van bescherming aan een grote groep ten koste gaat van de vrijheid en de keuzemogelijkheden van het individu.

Inzake het toetscriterium gelijke behandeling van verzekeringnemers en begunstigden werd geconcludeerd dat de richtlijn hiervoor geen nieuwe bepalingen bevat.

Ten slotte werd ten aanzien van het toetscriterium rechtskader voor de sanering en liquidatie verzekeraars vastgesteld dat richtlijn Solvabiliteit II weinig vernieuwing heeft gebracht ten aanzien van het eerder bestaande rechtskader gericht op de sanering en liquidatie van (her)verzekeraars. Toch heeft richtlijn Solvabiliteit II voor vooruitgang gezorgd. Door de maximumharmonisatie, die geldt voor deze richtlijn, zijn eerdere bepalingen die eerder (gelet op minimumharmonisatie) wellicht op verschillende wijze in de afzonderlijke nationale jurisdicties waren opgenomen, geharmoniseerd. Dat betekent dat na de inwerking-treding van richtlijn Solvabiliteit II de bepalingen ten aanzien van herstel en liquidatie, die in de richtlijn zijn opgenomen, op gelijke wijze zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten.

Verder heeft de richtlijn nieuwe waarborgen toegevoegd aan de grensoverschrijdende samenwerking tussen de betrokken toezichthouders uit de verschillende lidstaten.

16. Ter afronding

16.1. Inleiding

In deze afronding worden de belangrijkste, in dit proefschrift behandelde knelpunten betreffende de interne verzekeringsmarkt opgesomd. Tevens worden conclusies geformuleerd betreffende enkele aspecten van het wettelijk kader die het gelijke speelveld op de interne markt beïnvloeden. Hierbij wordt ook ingegaan op de mogelijke gevolgen van afwijkende wettelijke kaders van het prudentieel toezichtrecht die van toepassing zijn op de (her)verzekeraars wanneer ze grensoverschrijdend verzekeringen aanbieden.

De conclusies zijn onder andere gebaseerd op de rechtsvergelijkende beoordeling van het molestverbod opgenomen in art. 3:38 Wft, primair van toepassing op de Nederlandse schadeverzekeraars, en de wettelijke regels die van toepassing zijn op het verzekeren van oorlogsrisico's in het Belgische, Duitse, Franse, Hongaarse en Roemeense recht. Deze regels zijn van toepassing op de schadeverzekeraars met zetel in die lidstaten.

De conclusies zijn verder ook geformuleerd naar aanleiding van het onderzoek naar de bijdrage van richtlijn Solvabiliteit II aan een betere toegang tot en werking van de interne verzekeringsmarkt.

Ten slotte zijn in dit hoofdstuk mijn aanbevelingen ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt opgenomen. Deze zijn gericht tot verschillende belanghebbenden en partijen op de interne verzekeringsmarkt: wetgevers, toezichthouders en verzekeraars.

16.2. Conclusies

16.2.1. Relevant wettelijk kader

Uit dit onderzoek is gebleken dat het huidige wettelijk kader van prudentieel toezicht, als onderdeel van de op de verzekeraars en het aanbieden van verzekeringen toepasselijke wet- en regelgeving, onvoldoende garanties biedt voor de goede werking van de interne verzekeringsmarkt.

Het voor de verzekeraars en het aanbieden van verzekeringsactiviteiten relevante wettelijk kader verschilt per lidstaat en bestaat uit privaat- en publiekrechtelijke regels. Deze regels zijn vaak nauw verbonden met de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en de wijze van en voorwaarden voor het aanbieden van verzekeringen binnen de desbetreffende lidstaat en de interne markt.

Ook de verdeling tussen privaat- en publiekrechtelijke regels verschilt per lidstaat. Door deze verschillen kan de situatie ontstaan dat een bepaling uit een van de lidstaten in het desbetreffende land onder het publiekrecht wordt geregeld, terwijl in een andere lidstaat hetzelfde of soortgelijke resultaat middels een privaatrechtelijke bepaling wordt bereikt.

In deel 3 van de Wft zijn de regels van prudentieel toezicht opgenomen. Hierbij heeft de wetgever voor een limitatieve behandeling van de verplichtingen, die ten aanzien van de verschillende categorieën financiële ondernemingen gelden, gekozen. Een deel van de bepalingen is zo gewichtig dat ze voor alle financiële dienstverleners, die actief zijn op de Nederlandse markt, gelden (zoals de artikelen 3:8, 3:9 en 3:10 Wft) terwijl een ander deel van de regels slechts op een bepaalde categorie of categorieën van financiële dienstverleners is van toepassing.

De voor de Wft gekozen cross-sectorale opzet heeft ertoe geleid dat het relevant wettelijk kader ten aanzien van specifieke activiteiten van financiële dienstverleners en voor het prudentieel toezicht relevante onderwerpen, moeilijk zijn te vinden in de wet en in de lagere wetgeving.

De in art. 3:38 Wft opgenomen verbodsbepaling is van toepassing op schadeverzekeraars met zetel in Nederland en bovendien beperkt tot schade veroorzaakt door molesthandelingen die zich in Nederland voordoen. Dit verbod beperkt de partijautonomie van een deel van de marktpartijen bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Dit verbod geldt niet ten aanzien van risico's gelegen in andere lidstaten die door schadeverzekeraars met zetel in Nederland middels bijkantoor of vrije dienstverrichting verzekerd zouden kunnen worden. Indien deze risico's worden verzekerd zonder rekening te houden met de beheersing van deze risico's kan de solvabiliteit van de verzekeraar alsnog in gevaar komen. Dit brengt het risico met zich mee dat de belangen van de overige polishouders onvoldoende worden beschermd.

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek naar de relevante bepalingen uit het Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense recht, blijkt dat geen van de bij de vergelijking betrokken jurisdicties een met het Nederlandse molestverbod vergelijkbare bepaling kennen in hun publiekrecht. Verzekeraars met zetel uit

deze lidstaten mogen derhalve in Nederland molestisico verzekeren in tegenstelling tot schadeverzekeraars met zetel in Nederland. Hiermee ontstaat een ongelijk speelveld op de Nederlandse verzekeringsmarkt. Bovendien blijkt het molestverbod uit art. 3:38 Wft nutteloos te zijn aangezien: inmiddels verdergaande eisen worden gesteld aan het risicobeheer van de schadeverzekeraars (zie richtlijn Solvabiliteit II), de opzeggingsmogelijkheden van de verzekeraars zijn gewaarborgd in art. 7:940 lid 3 BW en overige privaatrechtelijke middelen bestaan voor de uitsluiting van een risico waarvoor een verzekeraar geen dekking wenst te verlenen.

16.2.2. Richtlijn Solvabiliteit II en de interne verzekeringsmarkt

Met richtlijn Solvabiliteit II is door de wetgever het doel gesteld om waarborgen te bieden voor een veilige en financieel stabiele verzekeringssector, de goede werking van de interne markt en bescherming van de verzekeringnemers en begunstigden.

De doelstellingen ten aanzien van de interne markt zijn gericht op het waarborgen van de toegang tot de interne verzekeringsmarkt en het vaststellen van gecoördineerde voorschriften voor het bereiken van een geharmoniseerd rechtskader voor alle aanbieders op de interne verzekeringsmarkt. Verder zijn doelstellingen vastgesteld betreffende de codificatie van de regels van prudentiële beoordeling, het totstandbrengen van gecoördineerde regels ten aanzien van de assurantiebelaasting in grensoverschrijdende situaties, het waarborgen van de toegang van de verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt, gelijke behandeling van alle verzekeringnemers en begunstigden ongeacht hun nationaliteit en woonplaats en het opstellen van een relevant rechtskader ten aanzien van de sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen alsook het waarborgen hiervan op het niveau van de Gemeenschap.

Uit het onderzoek is gebleken dat richtlijn Solvabiliteit II nieuwe waarborgen voor een consequente harmonisatie middels reguleringsnormen van de EIOPA bevat. Deze reguleringsnormen, mits correct toegepast door de lidstaten en de toezichthoudende autoriteiten, kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het geharmoniseerd rechtskader. Wanneer aan de lidstaten de ruimte wordt gelaten om algemene richtsnoeren en normen zelf op te stellen, is het risico groot dat deze een afwijking zullen vormen op het geharmoniseerd rechtskader.

Ten aanzien van het toetscriterium gecoördineerde voorschriften is vastgesteld dat de bestaande bepalingen hiervoor weliswaar waarborgen bevatten maar nog onvoldoende overtuigen teneinde te kunnen vaststellen dat ze gelijke bescherming bieden voor verzekerden en begunstigden ongeacht hun woon- of vestigingsland. Uit het onderzoek is verder gebleken dat de gecoördineerde voorschriften inzake groepstoezicht maar een beperkte bijdrage leveren aan de goede werking van de interne markt. Oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat de in de richtlijn opgenomen regels inzake groepstoezicht en de samenwerking tussen de toezichthouders uit de verschillende lidstaten waar dochtermaatschappijen van een groep zijn gevestigd inmiddels door een nieuwe trend op interne markt deels zinloos zijn geworden. De nieuwe trend brengt met zich mee dat dochtermaatschappijen met een zelfstandige vergunningen in een lidstaat voor een groot deel zijn omgevormd tot bijkantoren.

De gecoördineerde voorschriften ten aanzien van de saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures bieden weliswaar enkele garanties maar waarborgen de gelijke bescherming van verzekerden en begunstigden woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten onvoldoende. Dit betekent dat niet voorkomen kan worden dat verzekerden van dezelfde verzekeraar, woonachtig of gevestigd in verschillende lidstaten en daarom afhankelijk van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht, bij een liquidatie van deze verzekeraar verschillend worden behandeld.

De in de richtlijn opgenomen nieuwe codificatieregels en de opdracht aan de Commissie en aan de EIOPA om tot deze gestandaardiseerde richtsnoeren te komen leveren een belangrijke bijdrage aan het vaststellen van de criteria van prudentiële beoordeling. De bepalingen uit richtlijn Solvabiliteit II, gedelegeerde handelingen van de Commissie en technische reguleringsnormen van de EIOPA betekenen een belangrijke stap vooruit in de richting van de codificatie van de relevante regels van prudentiële beoordeling. Deze regels zorgen tevens voor de harmonisatie van het relevante rechtskader binnen de interne markt.

Het uitblijven van adequate maatregelen voor het toezicht en handhaving betreffende de naleving van de regels inzake assurantiebelaasting in grensoverschrijdende situaties en het gebrek aan effectieve maatregelen om discriminatie van verzekeringnemers/verzekerden (waaronder ook aspirant verzekeringnemers/verzekerden) tegen te gaan, heeft een negatieve invloed op de werking van de interne verzekeringsmarkt.

Ondanks enkele nieuwe bepalingen gericht op het verbeteren van de toegang van verzekeraars en verzekeringnemers tot en de werking van de interne verzekeringsmarkt, blijkt richtlijn Solvabiliteit II onvoldoende in staat om de door de wetgever erkende tekortkomingen (zoals verschillen in de nationale rechtsstelsels waaronder het verzekeringsovereenkomstenrecht, verschillende dwingendrechtelijke nationale bepalingen en fiscale regels, verschillen in de implementatie en uitwerking van het Europees rechtskader in de afzonderlijke lidstaten) in de werking van de interne verzekeringsmarkt weg te nemen. Wel heeft de door de wetgever gekozen maximale harmonisatiemethode van de richtlijn in de nationale jurisdicties van de lidstaten tot een grotere mate van harmonisatie van het wettelijk kader geleid.

16.2.3. De verzekeringsovereenkomst op de interne verzekeringsmarkt

Het toepasselijk recht speelt een belangrijke rol bij het bepalen van de inhoud van de grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten binnen de interne markt en/of het oplossen van een geschil voortvloeiend uit deze overeenkomsten.

Uit de regels van het Nederlandse IPR vloeit voort dat de relevante artikelen van Rome I van toepassing zijn op het bepalen van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht.

Voor wat betreft de regels betreffende het toepasselijk recht op de grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten is aangetoond dat deze weliswaar tot beperking van de partijautonomie leiden maar dat ze bescherming bieden aan de zwakkere partijen en bijdragen aan consumentenbescherming.

Beperkingen van de partijautonomie van de contractspartijen bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is een gevolg van verordeningen met een rechtstreekse werking binnen de Unie (zoals verordening Rome I) maar kan ook voortvloeien uit binnen een lidstaat gemaakte keuze zoals het verplicht stellen van bepaalde verzekeringen. Deze verplichting vloeit dan voort uit het bezit van een zaak of bepaalde hoedanigheid van een persoon of bedrijf.

Beperkingen van de partijautonomie hebben gevolgen op de inhoud, beschikbaarheid en prijs van een verzekeringsproduct.

In dit proefschrift is een van de belangrijkste effecten van de beperkingen ten aanzien van de inhoud behandeld. Uit dit onderzoek is gebleken dat deze effecten tot de situatie kunnen leiden dat voor de verzekeringnemer de hoogte van de premie als enig onderscheidend criterium overblijft bij het sluiten van een bepaald type verzekeringsovereenkomst.

Een minder zichtbare en impliciete beperking van de partijautonomie openbaart zich als gevolg van de op de verzekeraars rustende regeldruk met invloed op bijvoorbeeld inhoud en beschikbaarheid van een verzekeringsproduct.

De verzekeraar zoekt hierbij de weg van de minste weerstand en wordt terughoudender bij het ontwikkelen van nieuwe proposities en producten. Verder is deze verzekeraar steeds minder bereid om op individuele wensen van de verzekeringnemer in te gaan. Hierdoor missen de producten mogelijke kenmerken die de individuele verzekeringnemers zouden kunnen aanspreken en die recht doen aan specifieke verzekeringsbehoeften. Tevens blijft voor de verzekeringnemers (met name voor consumenten en kleine bedrijven) geen reële mogelijkheid over om over de inhoud van de dekking en overige voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst te onderhandelen. Dit brengt weer met zich mee dat de hoogte van de premie als de enige onderscheidende factor overblijft voor de keuze van een product. Voor de verzekeraars betekent dit dat ze steeds meer voor het aanbieden van standaardproducten kiezen waarbij ze elkaar op de premie beconcurreren.

16.2.4. Harmonisatie wettelijk kader binnen de Unie

In dit onderzoek is uitgebreid ingegaan op het Unierecht, de doelstellingen van de Unie en de middelen voor het verwezenlijken van deze doelstellingen.

Inmiddels zijn binnen de Unie op uiteenlopende terreinen harmoniserende regelingen opgesteld. Ten aanzien van onderwerpen waarvoor door de Unie niet door een harmoniserende regeling is voorzien, mogen de lidstaten nationale regelingen opstellen, onder de voorwaarde dat deze geen beperkingen opleggen en/of niet in strijd zijn met de in het Unierecht gewaarborgde vrijheden.

Eventuele beperkingen die wel zijn toegelaten behoeven een rechtvaardigingsgrond en moeten voldoen aan strikte, door het HvJ bevestigde voorwaarden.

Onder deze voorwaarden bestaan voor de lidstaten voldoende mogelijkheden om met nieuwe nationale regelgeving te komen. Iedere nieuwe nationale regeling houdt het risico in dat hierdoor bij de toekomstige harmonisatie van het desbetreffende onderwerp het harmonisatieproces langer en ingewikkelder wordt.

De aandacht voor harmoniserende regelingen betreffende de financiële diensten komt binnen de Unie tot uiting door een nieuw Europees toezichtkader dat van toepassing is op de aanbieders van deze diensten gevestigd in de Unie, waaronder (her)verzekeraars. Dit toezichtkader bestaat uit een groot aantal sectorale verordeningen en richtlijnen, aangevuld met richtsnoeren en aanbevelingen.

Voor wat betreft de interne verzekeringsmarkt zijn verder de regelingen binnen de Unie, die als doel een geharmoniseerd consumentenrecht hebben, van groot belang.

Uit het onderzoek is gebleken dat de door het Unierecht gewaarborgde vrijheid van vestiging en vrije dienstverrichting nog onvoldoende garanties bieden voor een goedwerkende interne verzekeringsmarkt. Hierbij dient wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie die in theorie alle waarborgen van een goedwerkende interne verzekeringsmarkt bevat en de uitwerking hiervan in de specifieke lidstaten, bij specifieke branches en bij de verzekeringnemers.

Door het omzetten van de op het niveau van de Unie opgestelde wetgeving in de afzonderlijke nationale rechtsstelsels van de lidstaten werd en wordt ervoor gezorgd dat een deel van de wettelijke regels van voornamelijk publiekrechtelijke aard geharmoniseerd worden. Deze harmonisatie heeft echter nog niet geleid tot een rechtskader dat in gelijke mate van toepassing is op het aanbieden van verzekeringsovereenkomsten binnen de interne markt.

Middels dit onderzoek is aangetoond dat het onmogelijk en tevens onwenselijk is voor de goede werking van de interne verzekeringsmarkt om enkel te focussen op de harmonisatie van de regels van prudentieel toezicht op de verzekeraars.

Harmonisatiepogingen binnen de Unie gericht op publiek- of privaatrecht vereisen een dieper inzicht in de verschillende jurisdicties van de lidstaten.

Binnen de Unie zijn op uiteenlopende terreinen harmoniserende regelingen tot stand gekomen. Deze harmoniserende regels worden vaak toegevoegd aan het bestaande wettelijk kader van de afzonderlijke lidstaten, zonder de zekerheid dat hiermee ten aanzien van een bepaald onderwerp voortaan alle lidstaten afzonderlijk een gestandaardiseerd rechtskader hebben.

Nationale regels met zeer specifieke voorschriften waaraan ondernemingen uit andere lidstaten zouden moeten voldoen om diensten aan te bieden kunnen een belangrijke belemmering vormen voor de vrije dienstverrichting en de goede werking van de interne markt.

Een gelijk speelveld in de vorm van gelijke regels zorgt voor eerlijke concurrentie tussen de marktpartijen (verzekeraars) op de interne verzekeringsmarkt. Regelgeving, die enkel voor een deel van de marktpartijen geldt en/of verschillende uitleg en/of toepassing van geharmoniseerde regelgeving mogelijk maakt, is in strijd met het beginsel van het gelijke speelveld.

Gebrek aan harmonisatie heeft in ieder geval de volgende drie oorzaken: (1) de ruimte die gelaten is aan de lidstaten om ten aanzien van de publiekrechtelijke regels eigen lidstaatopties op te nemen, (2) de keuzemogelijkheden van de toezichthoudende autoriteiten in de lidstaten en de invulling die ze aan de wet- en regelgeving geven en (3) de harmonisatie inspanningen gericht op het publiekrecht terwijl het toepasselijk wettelijk kader niet uitsluitend uit publiekrechtelijke regels bestaat.

De nationale regels van prudentieel toezicht beïnvloeden de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Deze regels, mits van toepassing op slechts een deel van de marktpartijen of verschillend uitgelegd door bijvoorbeeld de toezichthouders, kunnen strijd opleveren met het gelijke speelveld.

Taal, cultuur, het eigen nationale rechtssysteem, jurisprudentie en verzekerings- en toezichtscultuur beïnvloeden de uitleg en de toepassing van de wettelijke regels. Door deze afzonderlijke aspecten kunnen precies dezelfde regels, geïmplementeerd of toegepast in verschillende lidstaten, tot uiteenlopende resultaten leiden.

Ten aanzien van de harmonisatie van de wet- en regelgeving van toepassing op de verzekeraars, zijn twee belangrijke harmonisatiemogelijkheden van de Europese richtlijnen te onderscheiden: minimum- en maximumharmonisatie.

Bij het kiezen voor minimumharmonisatie behouden de lidstaten het recht om voor strengere dus afwijkende regels te kiezen. Bij het opnemen van deze strengere regels wordt vaak naar politieke en culturele argumen-

ten gekeken en minder naar de noodzakelijkheid hiervan. Als deze afwijkende regels alleen ten aanzien van de verzekeraars van die lidstaat gelden dan vormen ze een inbreuk op het gelijke speelveld.

Het toepassen van de regels van algemeen belang biedt de nationale wetgever de mogelijkheid om voor strengere regels te kiezen ten aanzien van deelterreinen van het recht, zoals consumentenbescherming. Regels van algemeen belang kunnen deels voorkomen worden door maximale harmonisatie bij de implementatie van de richtlijnen. Voor wat betreft de niet geharmoniseerde onderwerpen zal bij het vaststellen van een regel van algemeen belang, de noodzaak van de naleving van deze regel moeten worden aangetoond naast de toets inzake de overige constitutieve voorwaarden die gelden ten aanzien van de regels van algemeen belang.

Maximale harmonisatie verdient weliswaar de voorkeur voor het bereiken van een geharmoniseerd rechtskader maar biedt nog onvoldoende waarborgen voor een gelijk speelveld. Dit komt door de reeds bestaande verschillen tussen de jurisdicties waarin de geharmoniseerde rechtsregels worden geïmplementeerd en de vaak gebruikte lidstaatopties bestaande uit een grote diversiteit van keuzemogelijkheden bij of na de implementatie van de wetgeving in het nationale rechtskader. Dit onderzoek bevat voorbeelden van dergelijke opties en keuzemogelijkheden alsook de gevolgen hiervan voor de harmonisatie van het rechtskader binnen de interne verzekeringsmarkt.

Ondanks de implementatie van richtlijn Solvabiliteit II middels de methode van maximumharmonisatie in de nationale wetgeving van de afzonderlijke lidstaten, blijft het wettelijk kader inzake prudentieel toezicht van de lidstaten toch van elkaar afwijken. Dit komt door de verschillende mogelijkheden die de richtlijn bevat voor het voortbestaan en ontstaan van afwijkingen in de nationale jurisdicties. Deze hebben voornamelijk te maken met de lidstaatopties en de keuzemogelijkheid van de toezichthouders bij het toepassen van afzonderlijke bepalingen van de richtlijn en zelfstandige keuzemogelijkheden ten aanzien van bijvoorbeeld de beperking van de rapportageverplichtingen, het uitoefenen van groepstoezicht of overgangsmaatregelen ten aanzien van technische voorzieningen. Dit betekent een mogelijk verschil in de wetgeving van de lidstaten, welk verschil verwijderd had kunnen worden door deze richtlijn.

16.2.5. Verzekeraars op de interne verzekeringsmarkt

Grensoverschrijdend verzekeren vereist onder andere goede voorbereiding, investering in kennis van de beoogde markt en jurisdictie en goede samenwerking met partners uit andere lidstaten.

Verzekeraars met zetel in een van de lidstaten hebben de afgelopen jaren op uiteenlopende wijze gebruik gemaakt van de mogelijkheden van de interne markt.

Hierbij is een grote variatie zichtbaar tussen verzekeraars die een groot deel van hun activiteiten buiten hun zeteland uitvoeren en verzekeraars die geen buiten hun zeteland gelegen risico's (willen) verzekeren.

Het succes van deze eerste categorie van verzekeraars met een groot aandeel in de grensoverschrijdende activiteiten heeft aangetoond dat ondanks gebrekkige harmonisatie en andere mogelijke belemmeringen er voldoende kansen en mogelijkheden aanwezig zijn op de interne verzekeringsmarkt om grensoverschrijdend verzekeringen aan te bieden.

Gebrek aan grensoverschrijdende activiteiten van het andere deel van de verzekeraars zet vraagtekens bij de geschiktheid van het bestaande instrumentarium om verschillende typen marktpartijen te faciliteren bij het aanbieden van grensoverschrijdende verzekeringen.

Nader onderzoek is gewenst naar de exacte rol van een geharmoniseerd rechtskader en van overige mogelijke aspecten die spelen bij de keuze van verzekeraars voor grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten en het bereiken van schaalgroottes door uitbreiding van deze activiteiten binnen de interne verzekeringsmarkt.

Een dergelijk onderzoek zou ook aandacht moeten hebben voor de werking van het toezicht volgens het home country control systeem. Hierbij zou specifiek gekeken kunnen worden naar een mogelijke relatie tussen de schaalgrootte van de verzekeraar verkregen via grensoverschrijdende activiteiten en de wijze van monitoring van deze activiteiten door de toezichthouder van het zeteland.

Bij de beoordeling van deze gegevens zou het naleven van het effectiviteitsbeginsel, dat aan de lidstaten een handhavingplicht oplegt bij niet naleving van het Unierecht, een belangrijke rol moeten spelen.

Het bestaan van vaak grote verschillen in de rechtsstelsels is een van de mogelijke oorzaken van de grote terughoudendheid van een deel van de aanbieders van verzekeringen om risico's gelegen in een andere lidstaat dan hun zeteland te verzekeren. Het wel verzekeren van deze risico's zou immers betekenen dat ze

over kennis moeten beschikken en onderhouden van de regels van meerdere rechtssystemen om hun diensten aan te kunnen bieden in meerdere lidstaten. Alleen door kennis van de relevante rechtsregels en naleving hiervan, zouden verzekeraars naleving van de geldende wet- en regelgeving kunnen waarborgen. Het vergaren van deze kennis en naleving van verschillende nationale regels vereist extra capaciteit, extra investeringen en het vertrouwen in de wetgever dat de regels van de verschillende lidstaten eerder tot elkaar zullen groeien (harmonisatie van het juridisch kader) dan dat er weer nieuwe nationale regels bij zullen komen alsook dat naleving van de regels op gelijke wijze gehandhaafd zal worden. Inhuren van noodzakelijke kennis en het uitbesteden van bepaalde activiteiten gerelateerd aan het uitvoeren van de grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten zijn ook mogelijk. Uitbesteden brengt nieuwe risico's met zich mee die de onderneming moet kennen en beheersen.

Voor een correcte naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving, dient een verzekeraar bij ieder ter verzekering aangeboden risico, de staat te bepalen waar het risico is gelegen. Voor de verzekeraar vormt het bepalen van de staat waar het risico is gelegen immers de eerste stap in het inventariseren van de relevante wet- en regelgeving en beheersing van de aan de verzekeringsactiviteiten verbonden risico's. Het bewust of onbewust negeren van deze stap maakt de kans groot dat de verzekeraar de toepasselijke wet- en regelgeving negeert of niet correct naleeft. Indien de verzekeraar deze praktijk kan voortzetten dan betekent dat dat er geen gelijk speelveld bestaat tussen hem en de andere verzekeraars die volgens de gestelde regels hun activiteiten uitvoeren. Uitblijven van handhaving van dit gedrag door de toezichthouders betekent ook strijd met het gelijke speelveld, doordat hierdoor verschillende regels gelden ten aanzien van gelijke marktpartijen. Dat is het geval wanneer een onderneming in zijn zeteland onder strikte voorwaarden opereert met een oplettende toezichthouder. Indien in dezelfde markt ook marktpartijen opereren, die de toepasselijke regels niet naleven en ook door de toezichthouders van hun zeteland niet gemonitord en aangesproken worden, dan gelden verschillende regels ten aanzien van dezelfde activiteiten op dezelfde markt.

De specifieke regels ten aanzien van de rechtskeuze bij verzekeringsovereenkomsten zoals opgenomen in verordening Rome I, bieden volledige keuzevrijheid ten aanzien van de grote risico's maar beperken de keuzemogelijkheden ten aanzien van de overige risico's (waarbij consumenten en het midden- en kleinbedrijf als contractpartij optreden) aanzienlijk. Verzekeraars zijn vaak geïnteresseerd in grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten gesloten op basis van het rechtsstelsel van hun zeteland. Waar deze keuzevrijheid niet mogelijk is, zal de verzekeraar weinig interesse hebben in het sluiten van een grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomst, tenzij er andere belangen een rol spelen bij zijn keuze. Voornoemde andere belangen moeten ervoor zorgen dat extra juridische, administratieve, actuariële en procedurele inspanning en kennisachterstand van de verzekeraar overbrugbaar zijn.

Verzekeraars zijn actief op een zeer concurrerende markt, waardoor ze baat hebben bij schaalgrootte. Verzekeren op de interne markt biedt de mogelijkheid voor het vergroten van de afzetmarkt van de onderneming.

De dwingende regels ten aanzien van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht kunnen ertoe leiden dat een verzekeraar, die actief is binnen de interne verzekeringsmarkt, verzekeringsovereenkomsten sluit volgens verschillende jurisdicties van de afzonderlijke lidstaten. Ook in deze situatie zal schaalgrootte van belang zijn voor de verzekeraars. Dit betekent echter dat bijna alleen grote partijen de voor deze activiteiten noodzakelijke investering kunnen opbrengen. Alleen met de harmonisatie van het verzekeringsovereenkomstenrecht of het gebruik maken van het optioneel instrument (als tweede rechtsstelsel) zullen ook kleinere partijen werkelijk de kans krijgen om op grote schaal en in verschillende lidstaten hun verzekeringsproducten aan te bieden. Bij uitblijven van voornoemde ontwikkeling zal de consolidatie op de interne verzekeringsmarkt er binnen een afzienbare periode ertoe leiden dat alleen zeer grote marktpartijen overblijven en mogelijk een kleine groep van kleine/niche verzekeraars die voor de grote partijen minder interessante risico's blijven verzekeren. Een dergelijke ontwikkeling staat overigens niet haaks op de doelstellingen van de Unie ten aanzien van de interne markt.

Uit het onderzoek blijkt dat de Nederlandse verzekeringsbranche zich bewust is van de noodzaak van verandering, innovatie en het beter benutten van de technologische ontwikkelingen uit de markt. Nederlandse verzekeraars bieden, zeker in vergelijking met marktpartijen uit andere landen, een gering aantal grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten aan. Afwezigheid van een groot deel van de Nederlandse

verzekeraars op de interne markt staat in contrast met de uitgebreide grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten van verzekeraars uit andere lidstaten. Verder blijkt uit dit onderzoek dat inmiddels een aanzienlijk deel van de in Nederland gelegen risico's door verzekeraars met zetel in andere lidstaten wordt verzekerd, terwijl Nederlandse verzekeraars het hierdoor verloren marktaandeel niet op andere wijze compenseren.

16.2.6. Verzekeringnemers op de interne markt

Anders dan de verzekeraars, die onbelemmerde toegang tot de interne markt hebben, kunnen verzekeringnemers er niet op rekenen dat hun rechten binnen de Unie, ongeacht hun woonplaats, op gelijke wijze worden gewaarborgd en op gelijke wijze en onder gelijke voorwaarden verzekeringsovereenkomsten kunnen sluiten in alle lidstaten van de Unie. De constante aandacht van de consumentenorganisaties, Commissie en de Europese wetgever heeft niet tot een aanzienlijke verbetering van de positie van de consument-verzekeringnemers op de interne markt geleid.

Uit het onderzoek is gebleken dat de doelstellingen ten aanzien van de gelijke behandeling van de verzekeringnemers op de interne verzekeringsmarkt nog onvoldoende gewaarborgd zijn. Vrij verkeer van personen is een fundamenteel recht binnen de Unie. Toch ontmoeten verzekeringnemers nog problemen bij het verhuizen van hun verzekeringen vanuit de ene naar een andere lidstaat. Verder is er nog veel onduidelijkheid over de rechten van de personen die in meerdere landen een verblijf hebben of wanneer hun werk- en woonland van elkaar verschillen.

Verzekeringnemers kunnen ook last hebben van de beperking van hun partijautonomie als ze een overeenkomst naar het recht van een andere lidstaat dan hun woonland willen sluiten. Een rechtsbijstandverzekering naar Pools recht verliest veel waarde als de persoon met gewone woonplaats in Polen op basis van een Nederlandse arbeidsovereenkomst werkzaam is in Nederland. In dit geval heeft deze werknemer meer belang bij een Nederlandse rechtsbijstandverzekering.

Vraag is welke Nederlandse verzekeraar deze persoon, volgens art. 1:1 Wft een Pools risico, wil verzekeren als conform Rome I het Pools recht dient te worden toegepast op deze verzekeringsovereenkomst.

Verder is uit het onderzoek gebleken dat in Nederland aspirant verzekeringnemers uit andere lidstaten mogelijk ontmoedigd worden bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst bij een Nederlandse verzekeraar. Als verzekeraars deze aspirant verzekeringnemers enkel op basis van hun nationaliteit/gewone woonplaats afwijzen dan handelen ze mogelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Doordat de (aspirant) verzekeringnemers niet op gelijke wijze en onder gelijke voorwaarden verzekeringsovereenkomsten kunnen sluiten in alle lidstaten van de Unie, kunnen ze onvoldoende gebruik maken van een uitgebreid scala van binnen de lidstaten beschikbare financiële producten. Daarnaast krijgen ze vaak te maken met verschillen in onder andere premie, verzekeringsvoorwaarden, rechtsbescherming, service en fiscale bepalingen, afhankelijk van de lidstaat waar ze een verzekeringsovereenkomst sluiten. Om die reden bestaan voor de verzekeringnemers nog onvoldoende mogelijkheden om gebruik te maken van een breed aanbod van verzekeringsproducten en van de overige voordelen van de interne verzekeringsmarkt.

16.2.7. Toezicht op verzekeraars binnen de interne verzekeringsmarkt

Uit het onderzoek is gebleken dat de uitdagingen van het toezicht enerzijds te maken hebben met het voortschrijdende inzicht en met de snelle ontwikkeling van nieuwe producten op de financiële/verzekeringsmarkt en anderzijds met de interne verzekeringsmarkt en de daaraan verbonden verandering van wet- en regelgeving.

Voornoemde uitdagingen en het voor de interne verzekeringsmarkt noodzakelijke gelijke speelveld vragen om een risicogebaseerd, data gedreven toezicht, veel kennis van de interne markt, relevante wet- en regelgeving en een nieuwe visie op en effectieve samenwerking met de toezichthouders uit de andere lidstaten. Hierbij is verder geconcludeerd dat zelfs bij volledige harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten niet voorkomen kan worden dat verschillen in toezicht, die vaak te maken hebben met het specifieke karakter van de lidstaat zoals taal, toezichtcultuur, betrokkenheid van politiek en media, en de daaruit voortvloeiende invloed op een deel van de verzekeraars mogelijke nadelige effecten hebben op het gelijke speelveld op de interne verzekeringsmarkt.

Ondanks het ontbreken van nieuwe maatregelen ten aanzien van gelijke behandeling van verzekeringnemers en begunstigen en bij het opstellen van een rechtskader voor de sanering en liquidatie van de verzekeraars heeft richtlijn Solvabiliteit II nieuwe verbeteringen toegevoegd aan de grensoverschrijdende samenwerking tussen de betrokken toezichthouders uit de verschillende lidstaten.

Een deel van de in richtlijn gehandhaafde en/of opgenomen opties, evenals de interpretatie en nadere invulling van het toepasselijk wettelijk kader, liggen bij het toezicht. Indien toezichthouders uit verschillende lidstaten de bestaande regels op een uniforme wijze zouden interpreteren dan zouden ze een belangrijke bijdrage leveren aan het gelijke speelveld op de interne verzekeringsmarkt.

In relatie tot de interne verzekeringsmarkt heeft toezicht gebaseerd op het home country control systeem een belangrijk nadeel. De toezichthouder uit een lidstaat heeft tegenwoordig geen volledig beeld meer over de verzekeringsactiviteiten in zijn land en de verzekeraars die in zijn land gelegen risico's verzekeren. Dit aspect hoeft echter niet negatief te zijn in een goed functionerende interne markt en goede informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders uit de verschillende lidstaten. Verder dient de toezichthouder te monitoren de verzekeringsactiviteiten van de onder zijn toezicht staande verzekeraars die in de andere lidstaten worden uitgevoerd. Hiervoor dient de toezichthouder deze markten en wet- en regelgeving (in ieder geval de regels van algemeen belang) van die lidstaten kennen. Zonder deze kennis, aangevuld met inzicht in de mogelijke risico's en voldoende capaciteit kan geen sprake zijn van effectief toezicht over de grensoverschrijdende activiteiten van de onder zijn toezicht staande verzekeraars.

De huidige grote verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten maken het houden van het toezicht over de grensoverschrijdende verzekeringsactiviteiten van de verzekeraars onnodig ingewikkeld. Om die reden is harmonisatie van deze rechtsstelsels van de lidstaten een belangrijk argument voor het bereiken van een effectief toezicht binnen de interne verzekeringsmarkt en daarmee voor het goed functioneren van de interne markt. Effectieve samenwerking tussen de toezichthouders uit de EER-landen kan ook zorgen voor uitwisseling van kennis en ervaring tussen de toezichthouders. Dit leidt tot een beter zicht op de interne verzekeringsmarkt, effectiever toezicht en betere bescherming van de polishouders.

16.3. Aanbevelingen

Hieronder volgen aanbevelingen ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt gericht aan de wetgever, toezichthouders en verzekeraars.

Wetgever

1. Zorg voor snelle voortzetting van de harmonisatie van het relevant juridisch kader binnen de Unie. Hier gaat het specifiek om de nog niet geharmoniseerde onderdelen zoals herstel en afwikkeling verzekeraars, zorgverzekeringen, maar ook onderdelen die momenteel nog een minimumharmonisatie kennen. Zorg voor aanbevelingen betreffende nieuwe, geharmoniseerde rechtskaders voor het verzekeringsovereenkomstenrecht en fiscale regels met betrekking tot verzekeringen. Zorg dat nieuwe nationale regels geen strijd opleveren met het gelijke speelveld op de interne verzekeringsmarkt en met het Unierecht. Zorg voor gelijke regels en gelijke wijze van handhaving van de naleving van deze regels op de interne verzekeringsmarkt.
2. Wees kritisch met verdere beperkingen van de partijautonomie bij de verzekeringsovereenkomst. Voorkom wettelijke regels die verzekeraars verplichten om grensoverschrijdend actief te zijn.
3. Zorg voor aanvaardbare toegang- en nalevingskosten voor verzekeraars. Deze kosten mogen het bestaan van kleine marktpartijen niet bedreigen en nieuwe initiatieven belemmeren. Naleving van deze aanbeveling waarborgt een gevarieerd aanbod van verzekeringsproducten, innovatie en betere proposities voor de verzekeringnemers.
4. Zorg voor de harmonisatie van begrippen uit verschillende richtlijnen die van toepassing zijn op de verzekeringsactiviteiten.
5. Zorg voor een nieuwe, passende definitie van het criterium *gewone woonplaats*. Een nieuwe definitie en uitwerking van dit criterium zou recht moeten doen aan de huidige situatie waarbij personen met verschillende lidstaten een relevante binding hebben.

6. Zorg bij de bevoegde autoriteiten voor capaciteit bij grensoverschrijdende belastingzaken, toezicht en handhaving van de naleving van de regels betreffende assurantiebelasting van toepassing op de grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten.
7. Zorg voor intrekking van art. 3:38, 1^e zin Wft of aanpassing deel 3 Wft door het toepassen van deze bepaling op alle schadeverzekeraars die in Nederland gelegen risico's verzekeren.

Toezichthouders

1. Zorg bij het uitleggen van wettelijke regels en bij het opstellen van nieuwe zienswijzen en beleidsregels dat de volle werking van het Unierecht wordt gewaarborgd. Vergeet niet het perspectief van de interne markt en trek hierbij zoveel mogelijk gezamenlijk op, bijvoorbeeld via EIOPA op Europees niveau.
2. Zorg voor kennis en capaciteit voor een effectief toezicht op alle activiteiten van de onder toezicht staande instellingen in binnen- en buitenland.
3. Maak effectief gebruik van alle beschikbare data zoals die verkregen is van de (her)verzekeraars, toezichthouders vanuit andere lidstaten en van EIOPA, om trends te ontdekken en op toekomstige ontwikkelingen te anticiperen. Moedig gebruik van technologische innovaties door verzekeraars aan, ook bij een nieuwe (Europese) marktbenadering en bij het aanbieden van grensoverschrijdende verzekeringsproducten.
4. Wees bewust van de complexiteit van het veranderproces binnen de lidstaten en zorg voor effectieve middelen om rechtsstelsels van de lidstaten dichterbij elkaar te brengen en cultuur te veranderen.
5. Werk actief aan het mitigeren van de nadelen van de home country control methodiek door: (1) bewust te zijn dat een deel van de nationale markt bediend wordt door verzekeraars met zetel in een andere lidstaat en dus onder toezicht staat van een andere toezichthouder; (2) nationale wetgever en politiek te informeren over de effecten van voorgenomen wetgevingsactiviteiten op het gelijke speelveld; (3) te werken aan effectieve informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders uit de verschillende lidstaten; (4) het naleven van Europees gemaakte afspraken over alle voor toezicht relevante onderwerpen en uitleg hiervan; (5) capaciteit in te zetten voor een beter begrip van de interne verzekeringsmarkt, Europese wetgevingstrajecten en trends op de interne verzekeringsmarkt.

Verzekeraars

1. Maak duidelijke keuzes ten aanzien van de interne markt, wees bewust van de actuele marktsituatie en de bestaande kansen op de interne markt.
2. Zet onderwerp interne markt nadrukkelijk op de agenda van de brancheoverleggen.
3. Maak gebruik van de technologische ontwikkelingen (waaronder ervaring met online distributie) en samenwerkingsmogelijkheden binnen de interne markt om innovatieve producten en diensten aan te bieden.
4. Waarborg de naleving van het gelijkheidsbeginsel bij acceptatie van aspirant verzekeringnemers. Werk mee aan de verhuizing van verzekeringsproducten van de bestaande klanten. Zorg voor nieuwe innovatieve producten die recht doen aan de huidige mobiliteit op de interne markt.

Samenvatting

Dit proefschrift gaat over de waarborgen die het prudentieel toezichtrecht biedt voor de goede werking van de interne verzekeringsmarkt. Wat zijn de effecten van dit wettelijk toezichtkader op de verzekeraars met zetel in de verschillende lidstaten en op het gelijke speelveld op de interne markt?

In de hoofdstukken van dit proefschrift komen de relevante aspecten van de interne verzekeringsmarkt en het toepasselijk wettelijk kader aan de orde. Naast het Nederlands recht komt ook het Belgische, Franse, Duitse, Hongaarse en Roemeense recht aan bod, alsook enkele aspecten van de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) als mogelijk facultatief instrument op de interne verzekeringsmarkt.

In dit proefschrift staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Is het huidige wettelijk kader van prudentieel toezicht op verzekeraars geschikt voor het waarborgen van de goede werking van de interne verzekeringsmarkt en zo nee, welke verbeteringen zijn er mogelijk?

Deze vraag is relevant aangezien iedere verzekeraar met zetel in een van de lidstaten van de Gemeenschap een marktpartij is op de interne verzekeringsmarkt en heeft te maken met de invloed van de regels, die deels uit Europese wet- en regelgeving bestaan, en met de dynamiek van deze markt. Hierdoor heeft iedere verzekeraar (klein of groot, internationaal of nationaal georiënteerd) een groot belang bij het gelijke speelveld, waaronder gelijke juridische kaders voor het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf op de interne verzekeringsmarkt.

Met dit onderzoek wordt een bijdrage geleverd aan het doorgronden van de invloed van het bestaande wettelijk kader voor de verzekeraars, en meer specifiek richtlijn Solvabiliteit II, voor een betere werking van de interne markt en de mogelijkheden van verzekeraars en verzekeringnemers om actief van deze markt gebruik te maken.

Uit het antwoord op de onderzoeksvraag komt naar voren op welke terreinen nog kansen liggen voor de voltooiing van de interne verzekeringsmarkt en het creëren van een gelijk speelveld voor de (her)verzekeraars binnen de Gemeenschap. Op basis van deze bevindingen zijn aanbevelingen geformuleerd ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt.

In hoofdstuk 1 van dit proefschrift wordt een beeld geschetst van de bestaande uitdagingen van de interne verzekeringsmarkt. Hierin wordt de onderzoeksvraag geformuleerd en de onderzoeksmethode weergegeven. Ook bevat dit hoofdstuk een verantwoording van het onderzoek en van de bij de rechtsvergelijking betrokken rechtsstelsels.

Hoofdstuk 2 geeft het onderzoek naar de verzekeringsovereenkomst en de specifieke beperkingen van de contractsvrijheid en partijautonomie van de verzekeraars en/of verzekeringnemers weer. Tevens bevat dit hoofdstuk bepalingen betreffende het toepasselijk recht op de verzekeringsovereenkomst, evenals de regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid bij grensoverschrijdende verzekeringsgeschillen.

Uit dit onderzoek blijkt de nadrukkelijke aandacht van de wetgever voor de bescherming van de zwakkere partij bij de verzekeringsovereenkomst en dat politieke en maatschappelijke belangen vaak tot een beperking van de contractsvrijheid leiden.

Hoofdstuk 3 is gewijd aan de Unie, de constitutionele rechtsbronnen van het Unierecht en de doelstelling van de Unie betreffende de interne markt. Een belangrijk instrument hiervoor is de harmonisatie van de wet- en regelgeving die in verschillende terreinen is begonnen.

De harmoniserende regelingen van de Unie, die betrekking hebben op de financiële diensten, brengen ook een nieuw wet- en toezichtkader, van toepassing op de aanbieders van deze diensten gevestigd in de Unie en toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten, tot stand. Voor het verzekeren op de interne markt zijn bepalingen van het Unierecht gericht op de bescherming van de consumenten van groot belang. Technologische ontwikkelingen voorzien verzekeraars, wetgever en toezichthouders van een nieuwe uitdaging en bieden tegelijkertijd nieuwe kansen voor de ontwikkeling van de interne verzekeringsmarkt.

In hoofdstuk 4 wordt stilgestaan bij de actuele ontwikkelingen van de Europese en Nederlandse verzekeringsmarkt. Naast een schets van de relevantie en uitdagingen van deze sector wordt ook ingegaan op de dynamiek van de branche, toekomstvisie en actuele ontwikkelingen die kansen bieden maar ook het diversifiëren van de risico's noodzakelijk maken. Hierbij kan het verzekeren op de interne verzekeringsmarkt een goede oplossing bieden.

Hoofdstuk 5 geeft het onderzoek weer naar de relevante aspecten en begrippen verbonden aan de interne markt en het vrij verrichten van verzekeringsdiensten binnen de Unie. Hierbij wordt het juridisch kader, van toepassing op het vrij verkeer van diensten, uitgebreid behandeld samen met het begrip ‘interne markt’, de aandachtspunten van het vrij verkeer en het verrichten van diensten en de relevante regels uit de Dienstenrichtlijn.

Uit dit onderzoek blijkt dat nationale regels gericht op ondernemingen uit andere lidstaten belemmeren de goede werking van de interne markt. Het stellen van duidelijke en gelijke regels ten aanzien van de vrije dienstverrichting en het beter benutten van de digitale technologie en innovatie zijn belangrijke speerpunten voor de interne dienstenmarkt.

In hoofdstuk 6 wordt ingegaan op de belangrijkste aspecten en begrippen van toepassing op het grensoverschrijdende verzekeren en de interne verzekeringsmarkt. In dit hoofdstuk wordt ook ingegaan op de belemmerende factoren, zoals een gedeeltelijk geharmoniseerde regelgeving betreffende het aanbieden van verzekeringsactiviteiten, nationale privaatrechtelijke bepalingen en regels van algemeen belang, die gelden voor de verzekeraars die grensoverschrijdende verzekeringsovereenkomsten willen sluiten. Hierin wordt tevens ingegaan op de mededingingsregels, van toepassing op de verzekeringsondernemingen, die ervoor zorgen dat de concurrentie op de markt niet wordt beperkt. Ten slotte wordt aandacht besteed aan het gelijke speelveld op de verzekeringsmarkt, de rol van een geharmoniseerde regelgeving binnen de interne verzekeringsmarkt en de voordelen van een gelijk speelveld voor de verzekeringnemers.

In hoofdstuk 7 wordt uitgebreid ingegaan op de relevante aspecten van de interne verzekeringsmarkt als onderdeel van de interne markt, waaronder het bestaande wettelijk kader, knelpunten binnen de interne verzekeringsmarkt, ontwikkeling van het verzekeringsovereenkomstenrecht en de harmonisatie van wetgeving binnen de Unie. Hierbij wordt ook ingegaan op de mogelijkheid om gebruik te maken van het optioneel instrument (PEICL) en op de voordelen hiervan voor de werking van de interne verzekeringsmarkt. Hoofdstuk 8 gaat over het toezicht op de interne verzekeringsmarkt. In dit hoofdstuk wordt ook de vraag behandeld hoe toezicht op verzekeraars een effectieve bijdrage kan leveren in het ontwikkelen van de interne verzekeringsmarkt. Duidelijk wordt dat toezicht en samenwerking van de toezichthouders vanuit de verschillende lidstaten bijvoorbeeld via EIOPA van groot belang is de goede werking van de interne verzekeringsmarkt.

In hoofdstuk 9 wordt onderzoek gedaan naar het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht. Dit recht heeft een belangrijke invloed op de inhoudelijke aspecten van de verzekeringsovereenkomst, de uitleg van de in de overeenkomst opgenomen bepalingen en de behandeling van de aan de verzekeringsovereenkomst gerelateerde geschillen. Verordening Rome I bevat specifieke regels ten aanzien van de rechtskeuze bij verzekeringsovereenkomsten en beperkt de eigen rechtskeuze van consumenten bij grensoverschrijdende verzekeringen, ter bescherming van deze ‘zwakkere’ contractspartijen.

Hoofdstuk 10 en 11 bevat het onderzoek naar de regels van prudentieel toezicht uit de Wft. Hierin wordt eerst Deel 3 Wft behandeld en vervolgens wordt ingezoomd op de regels gericht op de verzekerings- en herverzekeringsovereenkomsten uit dit deel van de Wft. De bestaande regels van financieel toezicht in Nederland hebben betrekking op de financiële instellingen waaronder verzekeraars. Verschillende regels zijn van toepassing op verschillende categorieën verzekeraars waarbij de regels enerzijds op de normale bedrijfsuitoefening van de verzekeraars en anderzijds op de fase van herstel of afwikkeling van deze ondernemingen betrekking hebben. Hoofdstuk 11 geeft een analyse van het toepasselijk wettelijk kader op de verzekeraars afhankelijk van hun zeteland weer. Hier wordt ook ingegaan op de redenen van de moeizame harmonisatie van het toepasselijke wettelijk kader binnen de Unie. Hierbij wordt ingezoomd op de verwevenheid tussen publiek- en privaatrecht in de wetgeving van de afzonderlijke lidstaten en de belemmeringen in het bereiken en waarborgen van een gelijk speelveld binnen de interne verzekeringsmarkt.

In hoofdstuk 12 staat de behandeling van de 1^e zin van art. 3:38 Wft, het zogenaamde molestverbod van toepassing op de Nederlandse schadeverzekeraars, centraal. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het molestverbod, geschiedenis van dit verbod en soortgelijke bepalingen in de Nederlandse wet- en regelgeving. Aangezien deze bepaling ten aanzien van Nederlandse schadeverzekeraars geldt en een dwingende regel inhoudt ten aanzien van de inhoud van de verzekeringsovereenkomst, wordt in hoofdstuk 13 via een rechtsvergelijkend onderzoek beoordeeld in hoeverre publiek- en privaatrecht van de beoordeelde rechtsstelsels (Belgisch, Frans, Duits, Hongaars en Roemeens) soortgelijke verbodsbepaling kennen ten aanzien van de verzekeraars met zetel in België, Frankrijk, Duitsland, Hongarije en Roemenië voor het geval deze verzekeraars in Nederland verzekeringen aanbieden. Beide hoofdstukken bieden een inkijk in de verbondenheid van wettelijke regels met de (wet)geschiedenis van de desbetreffende lidstaat.

In hoofdstuk 14 wordt stilgestaan bij richtlijn Solvabiliteit II en bij de doelstellingen van deze richtlijn gericht op de goede werking van de interne markt. Hier volgt een uitgebreide behandeling van deze doelstellingen gericht op het waarborgen van de toegang op de interne verzekeringsmarkt, vaststellen van gecoördineerde voorschriften ten aanzien van (her)verzekeringsondernemingen, codificatie van de regels van prudentiële beoordeling, vaststellen van gecoördineerde regels ten aanzien van de assurantiebelasting, toegang van de verzekeringnemers tot de interne verzekeringsmarkt, toepasselijkheid Rome I, gelijke behandeling van alle verzekeringnemers en begunstigen ongeacht hun nationaliteit en woonplaats en het opstellen van een relevant rechtskader ten aanzien van de sanering en liquidatie van de (her)verzekeringsondernemingen en het waarborgen hiervan op het niveau van de Gemeenschap.

Hoofdstuk 15 is gericht op de inhoudelijke toets van de in hoofdstuk 14 behandelde doelstellingen aan de bepalingen van richtlijn Solvabiliteit II. Zijn deze doelstellingen in de richtlijnbeoordelingen uitgewerkt en zo ja, tot welke mogelijke resultaat kunnen ze leiden?

In hoofdstuk 16 wordt de balans opgemaakt, conclusies geformuleerd en de onderzoeksvraag beantwoord. Tevens bevat dit hoofdstuk aanbevelingen ter verbetering van de werking van de interne verzekeringsmarkt gericht aan de wetgever, toezichthouders en verzekeraars.

Mijn antwoord op de onderzoeksvraag is als volgt samen te vatten:

Het huidige wettelijk kader van prudentieel toezicht en meer specifiek richtlijn Solvabiliteit II, blijkt onvoldoende in staat om de door de wetgever erkende tekortkomingen (zoals verschillen in de nationale rechtsstelsels waaronder het verzekeringsovereenkomstenrecht, verschillende dwingendrechtelijke nationale bepalingen en fiscale regels, verschillen in de implementatie en uitwerking van richtlijn Solvabiliteit II in de afzonderlijke lidstaten) in de werking van de interne verzekeringsmarkt weg te nemen.

Summary

Insurance on the internal market.

The influence of the prudential supervisory law on the functioning of the European insurance market.

This dissertation is about the safeguards that prudential supervision provisions offers for the proper functioning of the internal insurance market. What are the effects of this legally defined regulatory framework on the insurers with seats registered in the various Member States and on the level playing field within the internal market?

The chapters of this dissertation address the relevant aspects of the internal insurance market and the applicable legal framework. In addition to Dutch law, it also covers Belgian, French, German, Hungarian and Romanian law as well as certain aspects of the Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) as an optional instrument on the internal insurance market.

This dissertation focuses on the following research question:

Is the current legal framework for the prudential supervision of insurers suitable to ensure the proper functioning of the internal insurance market, and if not, what improvements could be made?

This question is relevant given that every insurer based in one of the Member States of the Community is a market player in the internal insurance market and must deal with the impact of the rules (that in part comprise European laws and regulations) and the dynamics of this market.

This means that every insurer, whether large or small and whether internationally or nationally oriented, has a vested interest in a level playing field, including a uniform legal framework to carry out the business of an insurance company on the internal insurance market.

This study makes a contribution towards understanding the impact of the existing legal framework for the insurers, and more specifically the Solvency II Directive, on improving the functioning of the internal market and the options for insurers and policyholders to actively take advantage of this market.

The answer to the research question reveals where there are still opportunities to perfect the internal insurance market and create a level playing field for the insurers and reinsurers within the Community. The findings are also used to formulate recommendations for the improvement of the functioning of the internal insurance market.

Chapter 1 of this dissertation outlines the current challenges of the internal insurance market. This chapter defines the research question and describes the research method. It also comprises an account of the research and the legal systems involved in the comparison.

Chapter 2 presents the survey of the insurance contract and the specific limitations on the freedom to contract and party autonomy of the insurers and/or policyholders.

This chapter also describes provisions governing the law applicable to the insurance contract, as well as the rules on jurisdiction in the event of cross-border insurance-related disputes. This research reveals that the legislator prioritises the protection of the weaker party to the insurance contract, and that political and social interests often dictate a limitation of the freedom to contract.

Chapter 3 is devoted to the European Union, the constitutional sources of Union law, and the Union's objective with regard to the internal market. One important tool in this respect is the harmonisation of the laws and regulations initiated in various areas. The regulations of the Union pertaining to the harmonisation of financial services also create a new legislative and regulatory framework applicable to the providers of such services established in the Union and the regulatory authorities of the Member States. The provisions of Union law with regard to providing insurance services on the internal market prioritise consumer protection. Emerging technologies present insurers, legislators and regulatory authorities with new challenges, and at the same time provide new opportunities for the advancement of the internal insurance market.

Chapter 4 examines the latest developments on the European and Dutch insurance markets. It also discusses the relevance and the challenges facing this sector and addresses the dynamics within the industry, the future outlook and the latest developments that not only present opportunities but necessitate diversification of the risks. Insurance on the internal insurance market can offer a promising solution here.

Chapter 5 presents the research into the relevant aspects and concepts associated with the internal market, and the freedom to provide insurance services within the Union. It deals extensively with the legal framework applicable to the free movement of services, together with the concept of the internal market, the

issues involved in the free movement and the provision of services and the relevant rules of the Services Directive. This study demonstrates that national rules oriented towards undertakings from other Member States are hampering the proper functioning of the internal market. Setting clear and uniform rules to govern the freedom to provide services and the better use of digital technology and innovation are prime focus areas for the internal services market.

Chapter 6 addresses the most important aspects and concepts applicable to cross-border insurance and the internal insurance market. This chapter also addresses the obstructive factors such as partially harmonised regulations governing the conduct of insurance activities, national private law provisions, and the rules of general interest applicable to insurers wishing to enter into cross-border insurance contracts. It includes a look at the competition rules applicable to insurance undertakings designed to ensure that competition on the market is not restricted. Finally, this chapter devotes attention to the level playing field on the insurance market, the role of harmonised regulations within the internal insurance market, and the benefits a level playing field offers to policyholders.

Chapter 7 gives a detailed account of the relevant aspects of the internal insurance market as part of the internal market, including the existing legal framework, bottlenecks in the internal insurance market, developments in insurance contract law, and the harmonisation of legislation within the Union. It also examines the possibility of using the optional instrument (PEICL) and its benefits for the functioning of the internal insurance market.

Chapter 8 discusses the supervision of the internal insurance market, and answers the question of how the supervision of insurers can make an effective contribution towards the development of the internal insurance market. It demonstrates that supervision and the cooperation of the regulatory authorities in the various Member States, for example, via EIOPA, is critical for the proper functioning of the internal insurance market.

Chapter 9 reviews the law applicable to the insurance contract. This law has a significant impact on the substantive aspects of the insurance contract, the interpretation of the provisions contained in the contract and the handling of disputes related to the insurance contract. The Rome I Regulation lays down specific rules on the choice of law applicable to insurance contracts and restricts the consumers' choice of law in the event of cross-border insurance in order to protect these 'weaker' contract parties.

Chapters 10 and 11 examine the rules of prudential supervision under the Dutch Financial Supervision act, the *Wet op het financieel toezicht* or 'WFT'. This survey begins with a look at Part 3 of the WFT, before zooming in on the rules governing insurance and reinsurance undertakings in this part of the act. The existing rules of financial supervision in the Netherlands govern financial institutions including insurers. Different rules apply to different categories of insurers, where rules cover both the normal business activities of the insurers and the recovery or winding-up phase of these businesses. Chapter 11 analyses the legal framework applicable to the insurers depending on their country of establishment, i.e., the Member State in which they have their seat.

This chapter also addresses the conditions underlying the difficulties of harmonisation of the applicable legal framework within the Union. It focuses on the interconnectedness between public and private law in the legislation of the individual Member States and the obstacles to achieving and ensuring a level playing field within the internal insurance market.

Chapter 12 looks in-depth at the first sentence of Section 38 of Part 3 of the WFT, also known as the 'war risk prohibition', as it applies to Dutch non-life insurers. It addresses the prohibition itself, the history thereof, and similar provisions elsewhere in Dutch legislation and regulations. Given that this provision applies to Dutch non-life insurers and entails a mandatory rule with regard to the content of the insurance contract, chapter 13 assesses, in the form of a comparative study to what extent the public and private law of the assessed legal systems (Belgian, French, German, Hungarian and Romanian) have similar prohibition provisions with regard to insurers with registered offices in Belgium, France, Germany, Hungary and Romania if these insurers offer insurance in the Netherlands. Both chapters provide an insight into the relationship between the legal rules and the legislative and cultural history of the relevant Member State.

Chapter 14 considers the Solvency II Directive and the objectives of the Directive aimed at promoting the proper functioning of the internal market. It includes a comprehensive discussion of these objectives aimed at ensuring access to the internal insurance market, the adoption of coordinated rules with regard to insurance and reinsurance undertakings, the codification of prudential assessment rules, the adoption of coordinated rules on insurance taxation, policyholders' access to the internal insurance market, the applicability of Rome I, equal treatment of all policyholders and beneficiaries irrespective of their nationality and place of

residence and the drafting of a relevant legal framework with regard to the reorganisation and liquidation of the insurer/reinsurer and guaranteeing this at the level of the Community.

Chapter 15 focuses on the substantive assessment of the objectives discussed in chapter 14 in relation to the provisions of the Solvency II Directive. Have these objectives been worked out in the Directive's provisions and, if so, what possible results could they achieve?

Chapter 16 summarizes the results, formulates conclusions and answers the research question. It also makes recommendations to legislators, regulatory authorities and insurers for the improvement of the functioning of the internal insurance market.

My answer to the research question can be summed up as follows:

The current legal framework of prudential supervision, this including in particular the Solvency II directive and its implementation, seems to be inadequate to the task of remedying the failings in the functioning of the internal insurance market acknowledged by the legislator (these including differences in national legal systems, such as the law of insurance contracts, various provisions of national mandatory law and tax rules, differences in implementation and development of the Solvency II directive in the individual member states, etc.).

Verkort aangehaalde literatuur

Aelen & Van den Broek 2014

M. Aelen & M. van den Broek, 'De dubbele rol van het recht bij de effectiviteit van het financieel toezicht', *FR* 2014.

Aiyar, Calomiris & Wieladek 2014

S.Aiyar, Ch. Calomiris & T. Wieladek, 'Does Macro-Prudential Regulation Leak? Evidence from a UK Policy Experiment', *Journal of Money, Credit and Banking*, 46(S1), 181-214, 02.

Ammerlaan & Van Boom 2003

V.C. Ammerlaan & W.H. van Boom, 'De Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreurschade', *NJB* 2003, p. 2330-2339.

Asztalos 2007

L. Asztalos, 'Biztosításügy és felügyelet-hármas szorításban', *biztosítás.hu*, 09/2007.

Baak 2016

G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector', *V-A* 2016, p. 29-34.

Barents 2000

R. Barents, *De communautaire rechtsorde*, Kluwer: Deventer, 2000.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, 13^e druk, Deventer: Kluwer, 2012.

Beckmann 2015

Herausgegeben von R.M. Beckmann, A. Matusche-Beckmann; bearbeitet von Ch. Armbrüster, *Versicherungsrecht- Handbuch*, 3., vollständig überarbeitete Auflage, München: C.H. Beck 2015.

Bell 2002

M. Bell, *Antidiscrimination law and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Bigot e.a. 2010

J. Bigot e.a., *Code des Assurances : 2010 : commenté*, Antony l'Argus de l'assurance, 2010.

Birds 2010

J. Birds, *Birds' modern insurance law*, London: Sweet & Maxwell 2010.

Van Bochove & Kramer 2010

L.M. van Bochove en X.E. Kramer, 'Opgelegde bescherming in het Europees internationaal privaatrecht. Van waardeneutraal verwijzingssysteem tot communair beschermingsmechanisme' in F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.) *Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJu 2010.

Boele-Woelki & Grosheide 2007

K. Boele Woelki en F.W. Grosheide (red.), *The Future of European Contract Law, Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2007.

Bonnard 2009

J. Bonnard, *Droite des assurances*, Paris: LexisNexis 2009.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Financiële toezichtswetgeving en nietige overeenkomsten', *VrA* 2006/1.

Boomsma 2010

N. Boomsma, *Reclame- en marketingregels in de financiële sector*, Amsterdam Nibe-SVV 2010.

Boshuizen 2001

G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Boshuizen 2004

G.R. Boshuizen, *Jurisprudentie verzekeringstoezicht*, 's-Gravenhage: Reed Business Information 2004.

Boshuizen & Jager 2010

G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2010.

Borgesius 1974

J. Borgesius, *Dienstenverkeer, vestigingsrecht en verzekeringsbedrijf in de EEG*, Deventer: Kluwer 1974.

Borgesius 2005

J. Borgesius, *Economisch ordeningsrecht en verzekeringsbedrijf*, Europa Law Publishing 2005.

Borgesius 2017

J. Borgesius, 'Tien jaar verzekeringsrecht in de Wet op het financieel toezicht', *V-A afl. 2-2017*, p. 75-78.

Bouman 1993

H.A. Bouman, *In volle verzekerdheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Brewaeyts, Colpert, Cousy e.a. 1998

E. Brewaeyts, A. Colpert, H. Cousy enzv, *Verzekeringsrecht*, De Vlaamse Conferentie de Balie van Gent, Maklu Antwerpen- Apeldoorn 1998.

Bruck/ Möller 2008

E. Bruck, H. Moller & H. Baumann, *Versicherungsvertragsgesetz : Großkommentar, Sachvericherung §§142-149*, Berlin de Gruyter Recht 2008.

Bruck/ Möller/ Johannsen 2012

E. Bruck, H. Moller & K. Johannsen, *§ 143VVG Rn.4, Berlin/Boston*: De Gruyter 2012.

Van der Brug & Voermans 2015

F.H. van der Burg & W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2015, 5^e druk.

Brulez 2012

P. Brulez, 'De bijdrage van het Europese recht tot de meergelaagheid van het Belgische contractenrecht' in I. Samoy, V. Sagaert, E. Terry (eds), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen Cambridge Intersentia 2012.

Busch 2010

D. Busch, *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010.

Campbell 2013

D. Campbell, *Regulation of financial services*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International 2013.

Chalmers e.a. 2010

D. Chalmers e.a., *European Union Law*, Cambridge University Press 2010.

Chance 1993

C. Chance, *Insurance regulation in Europe*, London : Lloyd's of London Press 1993.

Claassens 1992

H. Claassens, 'De verplichte verzekeringen in het aanstaande Europa van de verzekeringen', *L'Europe de l'assurance. Les directives de la troisieme generation*, 1992, p. 261-278.

De Cloe-Vos & Cox 2017

J.C.C. de Cloe-Vos & R.H.G.M. Cox, 'Gedragseconomische aspecten bij de ontwikkeling, informatieverstrekking en distributie van financiële producten', *Tijdschrift voor Compliance*, juni 2017. p. 157-160.

Colle 2007

Ph. Colle, 'Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen' in J. Rogge (ed.) *Tijdschrift voor verzekering- Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekering*, Mechelen Kluwer sept. 2007, 61-67.

Colle 2010

Ph. Colle, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen Oxford: Intersentia, 2010.

Colle 2015

Ph. Colle, *De Nieuwe wet van 4 april 2014 betreffende de verzekering*, Antwerpen- Cambridge: Intersentia 2015.

Cousy & Claassens 1985

V Leysen in H. Cousy & H. Claassens, *Economische crisis en verzekering*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming Antwerpen, Apeldoorn 1985.

Cousy 2002

H.A. Cousy, 'European Private Insurance Law', in: *Versicherungswissenschaftliche Studien* (Band 19), Baden Baden: Nomos Verlag 2002.

Csúry 1931

J. Csúry, *Triesti Általános Biztosító Társulat (Assicurazioni Generali) és a biztosítási intézmény 100 éves története Magyarországon*, Budapest: a Triesti Általános Biztosító Társulat kiadása, 1931.

Cremers

N.J.E.G. Cremers, T&C Gezondheidsrecht, commentaar op art. 55 Zvw.

Croes 2007

J. Croes, *Venootschapsrechtelijke aspecten van prudentiële controle op verzekeringsondernemingen*, Brugge: die Keure 2007.

Crum & Kristen 2002

C.M. Crum en F.G.H. Kristen, 'Bouwen aan de interne markt: de richtlijn inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie', *Ondernemingsrecht*, No. 1, p. 9-14.

Van Damme 2007

E.E.C. van Damme, 'De modernisering van de interne Europees markt', *Economisch Statistische Berichten*, Vol. 92, No. 4524, p. 765.

Davis 2003

G. Davis, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International The Hague/London/New York, 2003.

Dénes 2006

B. Dénes, A katasztrófa kockázatok biztosításának kérdései – nemzetközi kitekintés - <http://www.biztositas.hu/Hirek-Informaciok/Biztositasi-szemle/2006-novemberdecember/A-katasztrofa-kockazatok-biztositasanak-kerdesei-Nemzetkozitekintes.html>

Dieben & 't Hart 2012

E.M. Dieben en D.M.A. 't Hart (red.), *Klantbelang central*, Amsterdam: NIBE-SVV 2012.

Van Dijk 2006

J.M. van Dijk, 'Techniek of hoe de Wft een knappe wet wordt', *Ondernemingsrecht* 2006, 43.

Del Duca 1993

L.F. Del Duca, 'Developing Transnational Harmonisation Procedures for the Twenty-first Century', *Commercial and Costumer Law*, Oxford, 1993.

Duijkersloot 1995

A.P.W. Duijkersloot, *Europese integratie, verzekeringbedrijf en systemen van overheidstoezicht: een national en europeesrechtelijk studie over achtergronden en resultaten van de confrontatie van uiteenlopende nationale overheidstoezichtsstelsels bij het EG-integratieproces*, diss. Universiteit van Amsterdam 1995.

Dieben & 't Hart 2012

E.M. Dieben en D.M.A. 't Hart (red.), *Klantbelang central*, Amsterdam: NIBE-SVV 2012.

Van Eekhout 2016

W. van Eekhout, 'Verzekeringsdekking oorlogs- en terrorismerisico', *TAV* 2016 (4) 104.

Engel 2016

K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

Euben 2015

M. Euben, 'Opinie van een verzekeraar' in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.) *De verzekeringswet 2014*, Antwerpen- Cambridge, Intersentia 2015.

Georges & Michael 2009

G. Georges en K. Michael, 'Fire insurance', *Technical publishing*, Zurich: Swiss re, 2009, 40.

Gerrits 2017

C. Gerrits, 'Herziening Wet op het financieel toezicht', *FR* nr. 7/8 juli/augustus 2017, p. 299-305.

Van Gerwen e.a. 1998

J.L.J.M. van Gerwen e.a., *Studies over zekerheidsarrangementen: risico's, risicobestrijding en verzekeringen in Nederland vanaf de Middeleeuwen*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 1998.

Goddaert, Terryn & Vannerom 2012

J. Goddaert, E. Terryn en J. Vannerom, 'Invloed van het Europees recht op het consumenten(contracten)recht' in I. Samoy, V. Sagaert, E. Terryn (eds), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen Cambridge Intersentia 2012

Goode 1993

R. Goode, 'Reflections on the Harmonisation of Commercial Law', *Commercial and Consumer Law*, Oxford, 1993.

Van Gompel e.a. 2002

R. van Gompel, B. Vangaever, J. Vanhoren en D. Demaeseneire, 'Terrorisme et assurances', *De Verz.* 2002, (7)10.

Grote & Marauhn 2006

R. Grote & T. Marauhn, *The Regulation of International Financial Markets*, Cambridge University Press 2006.

Grundman, Kerber & Weatherill 2001

S. Grundmann, W. Kerber & S. Weatherill, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin New York: Walter de Gruyter 2001.

Grundmann-van de Krol 2004

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Regels inzake integer bedrijfsvoering voor onder toezicht staande financiële instellingen', *Ondernemingsrecht* 2004, 45.

Grundmann-van de Krol 2004

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Beperkingen op de organisatievrijheid van financiële ondernemingen als gevolg van toezichtswetgeving', *Ondernemingsrecht* 2004, 62.

Grundmann-van de Krol 2007

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Het feest is voorbij, het feest kan beginnen: de Wft is in werking', *Ondernemingsrecht* 2007,1.

Grundmann-van de Krol 2011

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Geschiktheid, betrouwbaarheid en de beoordeling daarvan: het 'twin peaks'-toezichtmodel wankelt', *Ondernemingsrecht* 2011, 68.

Grundmann- van de Krol & Lieverse 2013

Ch.M. Grundmann-van de Krol en C.W.M. Lieverse, *Wetgeving toezicht financiële markten 2013*, Deventer: Kuwer 2013.

Faure 1999

M. Faure, 'Op de glijdende schaal van verzekerbare en onverzekerbare risico's', *Economisch-statistische berichten: algemeen weekblad voor handel, nijverheid, financiën en verkeer*, 1999, p. 20-25.

Flume 1979

W. Flume, *Das Rechtsgewschäft*, Berlijn: Springer, 1979.

Fontaine 2012

M. Fontaine, *La loi du 25 juin 1992 a vingt ans: in B. Dubuisson en V. Callewaert (eds.) La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Brussel: Bruylant, 2012.

Fontaine 2016

M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Larcier 2016

Frenk 2006

N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraarbaarheid', *AV&S* 2006/17.

Frost, van Horen & de Haan 2016

J. Frost, N. van Horen & J. de Haan, 'International banking and cross-border effects of regulation: lessons from the Netherlands', *International Journal of Central Banking* 2016.

Gabor 2013

B. Gabor, *Regulatory competition in the internal market: comparing models for corporate law, securities law and competition law*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar 2013.

Groutel e.a. 2008

H.Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre & M. Asselain, *Traité du contract d'assurance terrestre*, LexisNexis Litek, 2008.

Heirbaut 2009

D. Heirbaut, *Een beknopte geschiedenis van het sociaal, het economisch en het fiscaal recht in België*, Gent: Academia Press, 2009.

Heiss 2016

H. Heiss, "Introduction to Articles 10-16", in U. Magnus en P. Mankowski (eds.) *European Commentaries on Private International law*, Vol. I., *Brussel Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016.

Heiss 2016 II

H. Heiss, 'Article 10', in U. Magnus en P. Mankowski (eds.) *European Commentaries on Private International law*, Vol. I., *Brussel Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016.

Hijmans 1927

I.H. Hijmans, *Romeinsch Verbintenissenrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1927.

Hijma e.a. 2016

J. Hijma e.a., *Rechshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer: Kluwer, 2005.

Houben 2016

A. Houben, *Nieuwe instrumenten voor een weerbaar financieel system*, Universiteit van Amsterdam, oratie 567, 2016.

McGee 1998

A.McGee, *The single market of insurance: breaking down the barriers*. Aldershot: Ashgate/ Dartmouth 1998.

McGee 2011

A.McGee, *The modern law of insurance*, London: LexisNexis Butterworths 2011.

De Haan e.a. 2012

J. de Haan, e.a., *Financial Markets and Institutions; a European Perspectief*, Cambridge University Press 2012.

Haak & Zwitser 2006

K.F. Haak & R. Zwitser, *Van haven en handel: hoofdzaken van het handelsverkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Hatzopoulos 2012

V. Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union*, Oxford : Oxford University Press 2012.

Haufler 1997

V. Haufler, *Dangerous Commerce: Insurance and the Management of International Risks*, Ithaca, N.Y: Cornell University Press 1997.

Hendrikse & Rinkes 2007

M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Insurance and Europe*, Zutphen: Parijs 2007.

Hendrikse & Rinkes 2012

M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Knelpunten bij elektronisch verzekeren' in M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (eds.) *Knelpunten in het verzekeringsrecht* deel 3 Uitgeverij Paris Zutphen, 2012.

Heinze 2009

Chr. Heinze, 'Insurance contracts under the Rome I Regulation', *NIPR* 2009, p. 450-451.

Hessel 2011

B. Hessel, *Beleidskansen en de interne marktregels*, Sdu Uitgevers 2011.

Hijma 1988

J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988

Hijmans 1927

I.H. Hijmans, *Romeinsch Verbintenissenrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1927.

Von Hippel 1986

Cf. E. von Hippel, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1986.

Hitchcox e.a. 2007

A.N. Hitchcox e.a., 'Assessment of target Capital for General Insurance Firms' *Britische Actuarial Journal*, vol. 13, maart 2007, p.81-168.

Hoffmann-Abas 1977

L.C. Hoffmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht/ De algemene leer van de verbinteniss I, 2*, negende druk, Groningen: P.Abas, 1977.

Hofhuis 2006

Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht: vormen, begrip en gevolgen*, Deventer: Kluwer 2006.

Homan 2010

T.C.B. Homan, *Jurisprudentie toezicht & handhaving Wft*, Amsterdam: Berghauser Pont 2010.

Hondius 2011

E. Hondius, 'De rode bundel, het groenboek en de blauwe knop Optioneel instrument: optie of niet?' in M. Hesselink e.a. *Groenboek Europees Contractenrecht: naar een optioneel instrument?* Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Horak 2011

T. Horak, *Outsourcing bei Versicherungsunternehmen: deutsche und europäische aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen*, Karlsruhe: Verslag Versicherungswirtschaft 2011.

Houben 2008

E.J. Houben, 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitsgevoelige functies', *Arbeidsrecht* 2008, 8.

Hömle 2005

J. Hömle, 'Country of Origin Regulation in Cross-Border Media: One Step Beyond the Freedom to Provide Services?', *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 54, januari 2005, p. 89-126.

Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2014

Ph.H.J.G. Van Huizen, J.B. Wezeman en J.C. Van Eijk- Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Sdu Uitgevers 2014.

Van Hulle 2008

K. van Hulle, 'The Challenge of Solvency II', *Britisch Actuarial Journal*, vol. 14, maart 2008, p. 19-39.

Van den Ing 2012

E. van den Ing, *Markttoegang financiële dienstverleners Wft: over markttoetredingsverboden en vergunningverlening door de AFM*, Deventer: Kluwer 2012.

Jans, Prechal & Widdershoven 2011

J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: AA Libri 2011, 3e druk.

Jansen 2012

S. Jansen, 'De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen' in I. Samoy, V. Sagaert, E. Terry (eds), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen Cambridge Intersentia 2012.

Jocque 2016

G. Jocque, *De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering*, Antwerpen Intersentia, 2016.

Joosen 2007-03

E.P.M. Joosen, 'De invoering van de wet op het financieel toezicht en het tweede Bazels kapitaal akkoord', *O&F* nr. 75, maart 2007.

Joosen 2007

E.P.M. Joosen, 'Uitbesteding van werkzaamheden in de Wet op het financieel toezicht', *FR* nr. 9, sep. 2007, p. 248-261.

Joosen 2010

E.M.P. Joosen, 'Prudentieel toezicht op internationale banken', *Ondernemingsrecht* 2010, 34.

Joosen & Raas 2013

B.P.M. Joosen & R.P. Raas, 'Vijf jaar wet op het financieel toezicht', preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 118, Deventer: Kluwer, 2013.

Kahnemann 2011

Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, London: Penguin Books Ltd 2011.

Kamphuisen 2005

J.G.C. Kamphuisen, 'Wfd en een nieuw verzekeringsrecht: twee vliegen ...?', *AV&S* 2005, 21.

Kearney & Donovan 2013

J. Kearney en C. Donovan, *Constructing risky identities in policy and practice*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2013.

Keulers 2009

H. Keulers, *Verzekeringen en handelspraktijken*, Mechelen: Kluwer 2009.

Klein e.a. 2017

R.Klein, R.E. Tak, Van der Jagt & M.B. Weijers, *Grensoverschrijden bestuursrecht, preadviezen Jonge VAR 2016*, Den Haag: Boom Juridisch, 2017.

Knudsen 2002

J.S. Knudsen, Germany's Service Sector Reforms: Lessons for Policy-Makers, *Journal of Public Policy*, vol. 22, jan. 2002, p. 77-100.

Konstadinidos 2009

Th. Konstadinidos, *Division of Powers in European Union Law, The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, Kluwer Law International, 2009.

De Korte 2007

J.Ph. de Korte, 'De ligging van het risico in het conflictrecht voor directe schadeverzekeringensovereenkomsten', *AV&S* 2007, 17.

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, 7^e druk.

Koutrakos & Snell 2017

P. Koutrakos & J. Snell, *Research handbook on the law of the EU's internal markt*, Cheltenham, UK: Edward Elgar 2017.

Kramer 2007

X.E. Kramer, 'Private International Law, Insurance and Europe: The proposal for a Rome-I- Regulation' in M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Insurance and Europe*, Zutphen: Parijs 2007.

Kramer 2008

X.E. Kramer, 'The new European conflict of law rules on insurance contracts in Rome I: a complex compromise', *The Icfai University Journal of Insurance Law*, p. 23-42, 2008.

Kramer 2008

X.E. Kramer, 'Verzekeringsovereenkomsten en Rome I: een blijvende achilleshiel van het conflictenrecht', *V-A*, 2008, p. 179-188.

Kunreuther e.a.2013

H.C. Kunreuther e.a., *Insurance and behavioral Economics*, Cambridge University Press 2013.

Lambert- Faivre & Leveneur 2011

Y. Lamert-Faivre & L. Leveneur, *Droit des assurances*, Paris: Dalloz 2011.

Lamfalussy 2000

A. Lamfalussy, *Financial Crises in Emerging Markets*, New Haven & London: Yale University Press 2000.

Lamy assurances 2017

Le Lamy assurances: contrat d'assurances, assurance de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance, Paris Lamy 2017.

Lando & Nielsen 2007

O. Lando & P. A. Nielsen, 'The Rome I Proposal' *Journal of Private International law*, April 2007, p. 29.

Langeheine 1994

B. Langeheine, 'Angleichung der Rechtsvorschriften' in: Grabitz & Hilf (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.

Langheid & Rixecker 2016

Th. Langheid & R. Rixecker, *Versicherungsvertragsgesetz mit EGVVG und VVG-InfoV Kommentar*, München: C.H. Beck, 2016.

Laaper 2017

P. Laaper, 'Handhaving bij uitbesteding in het VK en Nederland', *FR*, nr. 7/8 juli/augustus 2017.

Lauwaars & Timmermans 2003

Lauwaars & Timmermans, *Europees Recht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Leeuw 2014

P. van Leeuw, *Nederland in WO1, De handel is overal...*, Soest: Boekscout.nl 2014.

Van Leuwen 2009

N. van Leuwen, *Contracten en mensenrechten, Een mensenrechtelijke lading van het contractenrecht*, Antwerpen Intersentia, 2009.

Lengwiler 2006

M. Lengwiler, 'Insurance and Civil Society: Elements of an Ambivalent relationship', *Contemporary European History*, vol. 15, juli 2006, p. 397-416.

Lesaffer 2013

R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Universitaire Pers Leaven 2013.

Lianos & Odudu 2012

I.Lianos & O. Odudu, *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO*, Cambridge University Press 2012.

Lieverse 2007

C.W.M. Lieverse, 'Toezicht op herverzekeraars en entiteiten voor risicoacceptatie', *FR* nr. 11/12, nov/dec. 2007, p. 336-342.

Lind 1975

B.W. Lind Sr., 'Molestverzekering', *Beursbengel* nr. 418, sept. 1975, p. 301-303.

Macneil 1995

I.Macneil, 'The Legal Framework in the United Kingdom for Insurance policies sold by EC Insurers under Freedom of Services', *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 44, januari 1995, p. 19-40.

Manusama e.a. 2016

K. Manusama, P. Rauwerda, P. van Schie, J. Toet & D. Turk, *Soevereiniteit*, TeldersStichting 2016.

Marangos & Tobin 2007

H. Marangos en A. Tobin, 'Legal and Technical Definition of Terms: Terms other than terrorism war civil war religion and others' in H. Marangos, K. Leslie en A. Tobin, *War risks and Terrorism*, Trowbridge, Cromwell Press Limited, 2007, (23) 26.

Márki 2005

A. Márki 'A Pécsi Zsolnai Gyár biztosítástörténetéhez a két világháború Között', *Biztosítási szemle*, 2005.

www.biztositas.hu/Hirek-Informaciok/Biztositasi-szemle/2005-szeptember/Zsolnay-gyar-biztositastortenete.html

Mayaux 2013

L.Mayaux, note pour l'arrêt Cass. Civ. 2e, 22 novembre 2012, n°11-19523, n°11-19806, non publié au bulletin, *RGDA* n°2013-02, p. 418.

Mathieu 2016

F. Mathieu, 'L'assurance risque de guerre, risque terroriste', 2016,

www.insurancespeaker-wavestone.com/2016/10/lassurance-risques-de-guerre-risque-terroriste/.

Van de Meent & De Haan 2016

J.D van de Meent en R de Haan, 'Insurance Act 2015', V-A, Aft.3-2016.

Van Meerten & Starink 2010

H. van Meerten en B. Starink, 'De belemmeringen voor een interne markt voor bedrijfspensioen-voorzieningen', *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, Vol. 187, No. 10, p. 388-398.

Meijer, Van Tiggele-van der Velde, Vloermans & Wasink 2016

S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloermans & J.H. Wasink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector* (Recht en Praktijk nr. VR6), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Merkin & Hjalmarsson 2007

R. Merkin & J. Hjalmarsson, *Compendium of Insurance Law*, New York: Informa Law 2007.

Minaud 2011

G. Minaud, *Les Gens de Commerce et le droit à Rome*, Presses Universitaires d'aix-Marseille, 2011.

De Moor-van Vugt 2010

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Buiten twijfel: de bestuurderstoets in de financiële regelgeving*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010.

Neeleman & Hageraats 2000

H.J. Neeleman en G.J.E.M. Hageraats, *Zoeken naar zekerheid: risico's, preventieve verzekeringen en andere zekerheidsregelingen in Nederland 1500-2000*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Nemeth 2001

K. Nemeth, *European insurance law: a single insurance market?*, San Domenico: European University Institute 2001.

Netten 1983

J. Netten, 'Molest', V-A 1983, p. 373-387.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

Nochta 2005

T. Nochta, *A magánjogi felelősség útjai a társasági jogban*, Dialóg Campus 2005.

Van Nuffel 2012

P. van Nuffel, 'Technieken van doorwerking van het EU-recht in het Belgische privaatrecht', in I. Samoy, V. Sagaert, E. Terryn (eds), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen Cambridge Intersentia 2012.

NVIR 2008

Verslag van de bespreking van de preadviezen Europese conflictregels voor de overeenkomst en onrechtmatige daad, van de algemene ledenvergadering van 7.11. 2008 van de NVIR, p.7, www.nvir.org/Verslag%20bespreking%20preadviezen%202008.pdf

Van Ooik & Wessel 2009

R.H. van Ooik en R.A. Wessel (red.), *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Kluwer- Deventer 2009.

Ottervanger 1994

T.R. Ottervanger, 'De toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector', *TVVS* 1994, 143.

Pavillon 2011

Ch.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europese consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Pichonnaz 2008

P. Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, Zürich: Schulthess 2008.

PricewaterhouseCoopers Accountants 1999

PricewaterhouseCoopers Accountants, *Verzekeringsmaatschappijen: verslaggeving en toezicht*, Deventer: Kluwer 1999.

Prölss & Martin 2015

Prölss e.a., *Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, München: C.H. Beck 2015.

Quaglia 2014

L. Quaglia, *The European Union & Global Financial Regulation*, New York: Oxford University Press, 2014.

Van der Sangen 2008

G.J.H. van der Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, Vol. 2008, No. 4, p. 98-105.

Santhagens 1859

J.J.A. Santhagens, 'Verhandeling over de assurantie tegen de gevaren der zee, met inbegrip der *molestrisico*', voorgedragen in de afdeling 'Koophandel' van het "Genootschap Felix Meritis", Amsterdam: Van Kampen 1859.

Schnyder 2005

A.K. Schnyder, *Europaisches Banken- und Versicherungsrecht: eine systematisch-vergleichende Darstellung*, Heidelberg: Muller 2005.

Van Schoubroeck 1998

C. van Schoubroeck, 'Wanneer is een nationale bepaling van 'algemeen belang'?' in H. Cousy, H. Claassens en C. van Schoubroeck (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen: Maklu 1998, p. 340-362.

Van Schoubroeck 2008

C. van Schoubroeck, 'Nederlandse Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten voor de Belgische spiegel', *AV&S* 2008, 43.

Van Schoubroeck & Cousy 2011

C. van Schoubroeck en H. Cousy, *Over grenzen: liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011.

Schouten 2012

E.A.P. Schouten, 'Waarom bieden verzekeraars niet grensoverschrijdende pensioenen aan?', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, nr. 7/8 juli/ augustus 2012.

Schrauwen 1997

A.A.M. Schrauwen, *Marche Interieur. Recherches sur une notion*, Amsterdam: Universit  d'Amsterdam, 1997.

Schreuder & Gaillard 2007

P. Schreuder & R. Gaillard, 'Herverzekeraars onder wettelijk toezicht', *Eye on Finance, Financial services* december 2007.

Schuermans & Wachsstock 1987

L. Schuermans en F. Wachsstock, 'Verzekering tegen geweld en terreur' in *Geweld en terreur, een onderzoek naar de aanspraak- en verzekeringsmogelijkheden van slachtoffers*, Antwerpen: Maklu, 1987, (55) 57.

Schuermans 2008

L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Schuermans & Van Schoubroeck 2015

L. Schuermans & C. van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015.

Schulte-Nölke 2012

H. Schulte-Nölke, 'Vor- und Entstehungsgeschichte des vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht' in Schulte-Nölke e.a., *Der Entwurf für ein optionales Europäisches Kaufrecht*, München: Selliers European Law Publishers 2012.

Sent 2013

E.M. Sent, 'Over de grenzen van financieel toezicht', *Ondernemingsrecht* 2013/32.

De Serière 2017

V. de Serière, 'Een wetgevingsexercitie van ongekende proporties; de herziening van de Wft', *Ondernemingsrecht* 2017/93.

Sleddering 1958

C.J. Sleddering, 'Egalisatiereserve verzekeringsmaatschappijen', *WFR* 1958/662.

Smeele & Verbrugh 2010

F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden 1995.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid', preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging 2006, in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, jrg. 136, 2006-1, p. 57-104.

Smits 2011

J.M. Smits, 'Over de ongekende legitimiteit van een optionele Code', in M. Hesselink e.a. *Groenboek Europees Contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Spooner 1983

F.C. Spooner, *Risks at Sea: Amsterdam Insurance and Maritime Europe, 1766-1780*, New York: Cambridge University Press 1983.

Spruit, Feenstra & De Ligt 1996

J.E. Spruit, R. Feenstra & L. de Ligt, *Corpus juris civilis: tekst en vertaling*, Zutphen: Walburg Pers 1996.

Stijns & Swaenepoel 2010

S. Stijns & E. Swaenepoel, 'De evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractuele evenwicht' in I. Sanoy, *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010.

Strikwerda 2012

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse International Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Szedlák 2015

K. V. Szedlák, 'A Biztosítási tevékenységről szóló 2014. Évi LXXXVIII. Törvény bemutatása'. *Biztosítás en Kozkázat*, II jaar, nr. 1, 2015.

Rijken 2017

J.J. Rijken, 'Leve het ziekenfonds!, Vier argumenten voor een publiekrechtelijke volksverzekering tegen ziektekosten', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (41) 2 2017.

Van Rijn 2016

T.P.J.N. van Rijn, 'Nieuwe jurisprudentie over de dienstenrichtlijn', *NtEr* december 2016, nr. 10.

Van Rijn 2017

T.P.J.N. van Rijn, 'Een vrije dienstenmarkt: nieuwe initiatieven van de Commissie in een weerbarstige materie', *NtEr* augustus 2017 I nr. 6, pp. 148-156.

Rinkes 2014

J.G.J. Rinkes, 'Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt', *V-A* afl. 4-2014, p. 213-226.

Rinkes 2016

J.G.J. Rinkes, 'Is Titel 7.17 BW "Europa- en toekomstproof"?', *V-A* afl. 2-2017, p. 76-86.

Ruffat 2003

M. Ruffat, 'French insurance from the ancien regime to 1946: shifting frontiers between state and market', *Financial History Review*, vol 10, september 2003, p. 185-200.

Ruffer e.a. 2011

W. Ruffer e.a., *Versicherungsvertragsgesetz: Handkommentaar*, Baden Baden: Nomos 2011.

De Ruyschen 2012

D. de Ruyschen, 'Van kade naar stadshuis', *Tijdschrift voor Geschiedenis*, 125^e jaargang, nr. 3, 2012.

Rusu 2010

C.S. Rusu, *European merger control: the challenges raised by twenty years of enforcement experience*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.

Rutgers 2012

J.W. Rutgers, 'De concept-verordening voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht', *WPNR*, 28 januari 2012/6915.

Rühl 2006

G. Rühl, 'Common Law, civil law, and the Single European market for Insurances', *ICQL*, vol. 55, Oct. 2006.

Ryngaert 2015

C. Ryngaert, 'Whither Territoriality? The European Union's use of territoriality to set norms with universal effects. Whats wrong with international law?', *Brill* 2015, p. 437-448.

Tiedje & Troberg (2003)

Tiedje en Troberg, 'Artikel 47 EG Niederlassungsrecht', in: Von der Groeben & Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäischen Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 1565-1595.

Van Tiggele –van der Velde & Wansink 2010

N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Theissen 2010

R.J. Theissen, 'Toezicht onderzocht- Het rapport commissie Scheltema', *Ondernemingsrecht* 2010, 99.

Thiery 2011

Y. Thiery, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen- Cambridge; Intersentia 2011.

Tjong Tjin Tai 2011

T. F. E. Tjong Tjin Tai, 'Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht', *WPNR*: 2011(6901), 790-797.

Tobler 2005

C. Tobler, *Indirect discrimination – A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Antwerp: Intersentia, 2005.

Traest 2016

M. Traest, 'De verzekeringsovereenkomst in het internationaal privaatrecht' in T. Vansweelt & B. Weyts (eds.) *Handboek verzekeringsrecht*, Antwerpen- Cambridge Intersentia 2016.

Treub 2012

W. Treub, *Oorlogstijd: Herinneringen en indrukken*, Library of Alexandria 2012.

Tridimas 1999

T. Trimidas, *The general principles of EC Law*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

Tulfer 2008

P.M. Tulfer, *EU-regelingen betreffende het verzekeringsbedrijf*, Deventer: Kluwer 2008.

Vael 1994

L. Vael, 'Implicaties van de golfcrisis op het Belgisch verzekeringsrecht: omtrent oorlogsexoneratie(bedingen)', *RGAR* 1994, nr. 12.356, 7 r.

Vael 1999

L. Vael, 'Artikel 9 Wet Landverzekeringsovereenkomst' in *Verzekering*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, 1999, afl. 2 (9) 25, nr. 13.

Vágási 2013

A. Vágási, 'Invloed rechtskeuze op grensoverschrijdend verzekeren binnen de Europese markt', *V-A*, 2013, 3, p. 164-186.

Vanswevelt & Weyts 2016

T. Vansweelt & B. Weyts, 'Het belang, de kenmerken en situering van het verzekeringsrecht' in Th. Vanswevelt en B. Weyts, *Handboek Verzekeringsrecht*, Antwerpen- Cambridge: Intersentia 2016.

Velaers 2003

J. Velaers, 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen' in *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003, 295.

Van der Velde 2008

W. van der Velde, 'De gevolgen van Rome I voor het verzekeringsrecht', *AV&S* 2008, p. 123-130.

Weyts 2016

B. Weyts, 'Het Belgische verzekeringsrecht in beweging', *V-A*, afl. 3-2016, p.120-130.

De Vries 2006

S.A. de Vries, *Tensions within the internal market, the Functioning of the Internal market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Wandt 2010

M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Munchen: Carl Heymans 2010.

Wansink 2010.

J.H. Wansink, 'Toezicht op goed gedrag: de veranderde rol van toezichthouders', *AV&S* 2010, 10.

Wansink e.a. 2010

J.H. Wansink e.a., *Verzekeringsrecht: de tekst van Boek 7 titel 17 en 18 BW, verwante regelgeving en toepasselijke recht op verzekeringsovereenkomsten voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer, 2010, 3^e druk.

Wansink 2017

J.H. Wansink, 'Niet-polis gebonden bijzondere clausules, etc.', in Van Tiggele-van der Velde e.a., *Verzekering ter beurze*, Deventer: Wolter Kluwer, 2017.

Weatherill 1994

S. Weatherill, 'Beyond pre-emption? Shared competence and constitutional change in the European Community', in O'Keefe & Twomey (eds), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London: Chancery Law Publishing 1994, p.13-33.

Weiß 2010

B. Weiß, *Allgemeine Unfallversicherungsbedingungen (AUB 2008), Motive und Erläuterungen*, Karlsruhe: VVW 2010.

Wymeersch 2007

E. Wymeersch, 'The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors', *European Business Organization Law Review*, vol. 8, mei 2007, p. 237-306.

Wymeersch 2012

E. Wymeersch, *Financial regulation and supervision: a post-crisis analysis*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Wurfbain 1974

J.W. Wurfbain, 'Verzekering tegen geweld', *V-A* 1974, p. 115-132.

Zavodnyik 2007

J. Zavodnyik, 'A biztosítási szerződési jog az új Polgári Törvénykönyvben', *Biztosítási szemle*, 2007. www.biztositas.hu/Hirek-Infomaciok/Biztositasi-szemle/2007-januar/biztositasi-szerzodesi-jog.html

Zimmermann 1996

Zimmermann, *The Law of obligations Roman Foundation of the Civilian Tradition*. Oxford University Press 1996.

Zwitser 1984

R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, diss. Leiden 1984.

Overige geraadpleegde documenten (exclusief parlementaire stukken)

Amersfoortsche Dagblad, De Eemlander, 'Voorstel Centraal Beheer tot oprichting van een nieuw molestrisico', Historische kranten- Archief Eemland, Amersfoortsche Dagblad, De Eemlander, 11.07.1940.

Wieringer Courant, 'Molest risico', Kranten Regionaal Archief Alkmaar, 03.08.1940.

Westfries Archief, 'Polis inzake verzekering tegen molest risico van de gemeente-eigendommen uit 1941', 1941.

Dagblad Noord-Holland, Schager editie, 30 juni 1942.

Stadsarchief Kampen, 'Verzekering van bedrijfsmolest risico voor de periode 1942-1945'.

Utrecht archief, 'Polissen van verzekeringen tegen brand en molestrisico 1934, 1940, 1943, 1945-1946' van de Oud-katholieke parochie van Sint Jacobus te Utrecht.

Krantenbank Zeeland, De Schakel 1949, 04.11.1949.

Commissie, 'Interpretatieve mededeling van de Commissie, Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf', 2000/C 43/03, 16.02.2000.

Commissie, 'Actieplan van de Europese Commissie 'naar een coherenter Europees verbintenissenrecht', 12.02.2003.

EESC, advies over 'de Europese verzekeringsovereenkomst', 15.12.2004.

Commissie, 'Besluit inzake Steunmaatregelen van de Commissie van 3 mei 2005 (C(2005)1329 fin) in zaak nr. N 541/2004 en N 542/2004, Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereenigingssysteem'.

Advies EESC, 'De Europese Verzekeringsovereenkomst', 2005/C 157/01, 28.6.2005.

Commissie, 'Witboek over het beleid op het gebied van financiële diensten 2005-2010', COM(2005)629 van 1.12.2005.

Commissie, 'Groenboek over financiële diensten voor consumenten in de interne markt van de Europese Commissie', COM/2007/0226 final, van 30.04.2007.

Commissie, 'Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw', COM(2007)724, 20.11.2007.

Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, 2007.

'Tussen rechtszekerheid en gemeenschapstrouw', ICER 04-05.b., 2007.

In opdracht van de Commissie, Oxera Consulting Ltd, 'Oxera rapport', januari 2008.

'Advies van de Staatscommissie voor internationaal privaatrecht over Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek' van 02.07. 2008.

NMa, 'Individueel en collectief onderhandelen tussen vrijgevestigde extramurale zorgaanbieders en zorgverzekeraars', december 2009.

CEIOPS: 'Input to the EC work on Insurance Guarantee Schemes', 2009.

Commissie, 'Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen', COM(2010) 348, 01.07.2010.

Commissie, 'Impact Assessment', COM_SEC(2010)0840, van 12.07.2010.

Commissie, 'Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten', Publicatieblad C 11 van 14.1.2011.

GDV, 'Comments Of the German Insurance Association on the Green Paper of the EU Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (COM (2010) 348)', 27.01.2011.

Insurance Europe, 'Position paper SMC-LEG-11-021 CEA views on the European Commission's Green Paper on policy options for progress towards an EU contract law for consumers and businesses', 28.01.2011.

EESC, advies over het Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010) 348 definitief, 17.3.2011.

Insurance Europe, 'Position paper SMC-LEG-11-051, Views on a European Contract Law for Consumers and Businesses ', 30.06.2011.

Commissie, Press Release, 'EU Justice Commissioner Viviane Reding meets with leaders of Europe's insurance industry', MEMO 11/624, 21.09. 2011.

In opdracht van NMA, TILEC: 'Co-assurantie vanuit speltheoretisch perspectief' oktober 2011.

Helmut Heiss, presentatie 'Towards an Optional Europeas Insurance Contract Law', tijdens de jaarlijkse conferentie Europese Verzekeringsrecht 2012, Trier, 06.03. 2012.

Commissie, 'White Paper on Insurance Guarantee Schemes', adopted on 12.07.2012 with the proposal reference: COM(2010)370 and Impact Assessment report (accompanying document to the 'White paper on Insurance Guarantee Schemes') with reference SEC(2010)840.

Insurance Europe, 'How insurance works', Brussel 2012.

Swiss Re, 'World insurance in 2012', Sigma No. 3/2013.

Commission Staff Working Document 'The Consumer Conditions Scoreboard Consumers at home in the single market', SWD(2013)291 final, ninth edition- July 2013.

Insurance Europe, 'European Insurance- Key Facts', Aug 2013.

Tender van Brandweer Zuid Limburg 'Beschrijvend document Europese aanbesteding volgens de openbare procedure voor Verzekeringen ten behoeve van Veiligheidsregio Zuid-Limburg', met publicatiedatum 19.09.2013.

Insurance Europe, 'EICL - Response to Discussion Paper V', SMC-LEG-13-084, 24.09.2013.

Insurance Europe, 'Insurance Europe Response to Discussion Paper VI', SMC-LEG-13-112, 22.10.2013.

Commissie, Single Market News # 67, 2013 ISSN 1830-5210.

TNO-rapport, 'Oog voor Innovatie', R10460, 2013.

Commissie, 'Final report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law', 2014.

Insurance Europe, 'Insurance Europe comments on FSB 'Increasing the Intensity and Effectiveness of Supervision: guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture', 31.01.2014.

Commissie, persbericht, 'Insurance Contract Law: Expert report pinpoints obstacles to cross-border trade', IP/14/194, Brussels, 27.02. 2014.

BeLex, 'De nieuwe wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014 - Grotere bescherming van de verzekeringnemer', 19.04. 2014.

Jean-Claude Juncker, 'A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change', Strasbourg, 15.07.2014.

AFM artikel, 'Meer aandacht voor reflectief leren door het onderzoek naar verandervermogen', juli 2014.

Verbond document 'Visie op toezicht' van 28.08.2014

EIOPA, 'Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs, Opinion of the European Insurance and Occupational Pensions Authority of 24 November 2014 on Sound principles for Crisis Prevention, Management and Resolution preparedness of NCAs', EIOPA-BoS-14/120, 24.11.2014.

DNB, persbericht, 'Meerderheid Europese verzekeraars doorstaat EIOPA stresstest met goed resultaat', 30.11.2014.

DNB document, 'Visie DNB toezicht 2014-2018'.

Schoemaker, D. en J. Sass (2014), 'Cross-Border Insurance in Europe', Duisenberg School of Finance Policy Papers, No. 45.

Rapport Commissie Verzekeraars, 'Nieuwe leven voor verzekeraars' van 05.03.2015.

EIOPA, 'Final report om public consultation no. 14/602 on the Advice to the European Commission in response to the 'Call for Advice on recovery plan, finance scheme and supervisory powers in deteriorating financial conditions', 27.03.2015.

Zeit Online, 'Der Zweite Weltkrieg in Zahlen und Fakten', 09.05.2015.

Commissie, 'De eengemaakte markt verbeteren: meer mogelijkheden voor mensen en ondernemingen', COM(2015)550 final, 28.10. 2015.

DNB, 'Overzicht Financiële Stabiliteit', najaar 2015.

Commissie, 'Single Market Integration and Competitiveness in the EU and its member states', SWD(2015) 203 final, 28.10.2015.

Commissie, 'De houding van de consument tegenover grensoverschrijdende handel en consumentenbescherming', Flash Eurobarometer 397 (2015).

KPMG, 'Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015', november 2015.

Commissie, 'Geoblocking en andere Geografische beperkingen bij het winkelen en bij toegang tot informatie in de EU', 2015.

KPMG, 'Mobile Banking 2015: Global trends and their impact on banks', 2015.

EESC advies, 'Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Groenboek over financiële retaildiensten- Betere producten, meer keuze en meer mogelijkheden voor consumenten en bedrijven', COM (2015) 630 final, 10.12.2015.

DNB, 'Staat van het Toezicht 2015', 2015.

ESA, 'The cross-selling of financial products- request to the European Commission to address legislative inconsistencies between the banking, insurance and investments sector', 26.01.2016.

ACM tussenrapportage inzake 'Concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen' van februari 2016.

Commissie, 'Groenboek over financiële retaildiensten', COM(2015) 630 final.

Commissie, 'Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de werking van Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector', COM(2016) 153 final, 17.03.2016.

EIOPA, 'Final Report on the Peer Review on Freedom to Provide Services', EIOPA-BoS-16-072, 29.04.2016.

Insurance Europe, Insight Briefing 'Insurers driving digital products and services in Europe' van 19.04.2016. Press release van Insurance Europe van 25 mei 2016.

Insurance Europe, 'Insurance taxation on insurance contracts in Europe', 2016.

Verzekerd!, 'Technologische innovatie en de Nederlandse financiële sector', Nummer 2, juni 2016.

Insurance Europe, 'Insurance Europe response to EC Consultation on a services passport', reactie op de EC Services Passport consultatie van juli 2016.

Solvency II Wire, Solvency II News: 'Internal Model take-up lower than expected', 03.07.2016.

Insurance Europe, 'European Insurance – Key Facts', august 2016.

Tender Verzekeringen Provincie Zeeland, gepubliceerd op 26.08.2016.

DNB document 'Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector' december 2016.

D. Schoenmaker, 'European Insurance Union and how to get there', Policy brief, issue 4, december 2016.

Cognizant, Marketforce en Pegasystems, onderzoeksrapport 'The future of retail financial services', 2016.

Verbond, 'Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2016'.

DNB, 'Jaarverslag 2016'.

DNBBulletin: 'DNB zet in op aanpassing UFR voor verzekeraars naar een realistisch niveau', 2016.

Commissie, 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake het juridische en operationele kader van de Europese e-kaart voor diensten ingevoerd bij Verordening.....[ESC Regulation]'. COM(2016)823 def, 2016.

Commissie, 'Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot invoering van een Europese e-kaart voor diensten en de bijbehorende administratieve faciliteiten', COM(2016)824 def, 2016.

Europese Rekenkamer, 'Heeft de Commissie gezorgd voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van de dienstenrichtlijn?', 2016.

EIOPA, 'Report on long-term guaranties measures and measures on equity risk 2016', EIOPA-BoS-16/279, 16.12.2016.

Magyar Biztosítók Évkönyve 2016.

Verbond, 'Verzekerd van cijfers 2016'.

Commissie, 'A services economy that works for Europeans: Question and Answers, EC Fact Sheet', 10.01.2017.

ACM, 'Rapport Toetredings- en groeidrempels op de zorgverzekeringsmarkt', 25.01. 2017.

Commissie, 'Witboek over de toekomst van Europa: de wegen naar eenheid voor de EU van 27', COM(2017)2025 van 01.03.2017.

EIOPA rapport 'Year-end report 2016 on functioning of colleges of supervisors and priorities for 2017', 01.03.2017.

IMF, 'Kingdom of the Netherlands-Netherlands: Financial Sector Assessment Program: Technical Note- Insurance and Pension Sectors', 13.04.2017.

Commissie, Action plan on the Reinforcement of SOLVIT: 'Bringing the benefits of the Single Market to citizens and businesses', COM(2017) 255 final, 02.05.2017.

Insurance Europe, 'Annual Report 2016-2017', 31.05.2017.

EIOPA, persbericht, 'EIOPA calls for a European recovery and resolution framework for (re)insurers', 05.07.2017.

EIOPA, 'Opinion to institutions of the European Union on the harmonisation of recovery and resolution frameworks for (re)insurers across the member states', EIOPA-BoS/17-148, 05.07.2017.

Beleidsplan 2017 van het Verbond, 'Een gezonde sector betrokken bij de klant'.

Magyar Biztosítók Évkönyve 2017.

A. Dähn/M. Grub, 'Die Zerstörung Hamburgs im Zeiten Weltkrieg'.

Museum der deutschen Versicherungswirtschaft, 'Der Schwierige Neuaufbau'.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 30 november 2009) en Hof van Justitie van de Europese Unie (sinds 1 december 2009)

- HvJ EG 15 juli 1964, C-64 (Costa / Enel), ECLI:EU:C:1964:66
HvJ EG 23 november 1971, C-62/70 (Bock/Commissie), ECLI:EU:C:1971:108
HvJ EG 12 februari 1974, C-152/73 (Sotgiu/ Deutsche Bundespost), ECLI:EU:C:1973:13
HvJ EG 3 december 1974, C-33/74 (Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de metaalnijverheid), ECLI:EU:C:1974:131
HvJ EG 17 oktober 1977, C-117/76 en C-16/77 (Ruckdeschel e.a.), ECLI:EU:C:1977:160
HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76 (United Brands/ Commissie), ECLI:EU:C:1978:22
HvJ EG 16 februari 1978, C-61/77 (Commissie/Ierland), ECLI:EU:C:1978:29
HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77 (Simmmenthal), ECLI:EU:C:1978:49
HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78 (Rewe/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), ECLI:EU:C:1979:42
HvJ EG 8 oktober 1980, C-810/79 (Uberschar), ECLI:EU:C:1980:228
HvJ EG 17 december 1981, C-279/80 (Webb), ECLI:EU:C:1981:314
HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson en Kamann), ECLI:EU:C:1984:153
HvJ EG 12 juli 1984, C-107/83 (Ordre des Avocats au Bureau de Paris/ Klopp), ECLI:EU:C:1984:270
HvJ EG 13 december 1984, C-251/83 (Haug-Adrion), ECLI:EU:C:1984:397.
HvJ EG 13 februari 1985, C-293/83 (Gravier/ Ville de Liège), ECLI:EU:C:1985:69
HvJ EG 7 maart 1985, C-32/84 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1985:104.
HvJ EG 11 juli 1985, C-137/84 (Ministere public/ Mutsch, ECLI:EU:C:1985:335
HvJ EG 4 december 1986, C-179/85 (Commissie/ Duitsland), ECLI:EU:C:1986:466
HvJ EG 4 december 1986, C-205/84 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1986:463
HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85 (Verband der Sachversicherer/ Commssie), ECLI:EU:C:1987:34
HvJ EG 12 maart 1987, C-178/84 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1987:126
HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1987:283
HvJ EG 19 januari 1988, C- 292/86 (Gullung/Conseils de l'Ordre des Avocats du Barreau de Colmar et de Saverne), ECLI:EU:C:1988:15
HvJ EG 27 september 1988, C-81/87 (The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC), ECLI:EU:C:1988:456
HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87 (Cowan/ Trésor public), ECLI:EU:C:1989:47.
HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88 (Fratelli Constanzo), ECLI:EU:C:1989:256
HvJ EG 21 september 1989, C-68/88 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:1989:339.
HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group), ECLI:EU:C:1990:209
HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), ECLI:EU:C:1990:39
HvJ EG 26 februari 1991, C-154/89 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:1991:76.
HvJ EG 26 februari 1991, C180/89 (Commissie/ Italie), ECLI:EU:C:1991:78
HvJ EG 23 april 1991, C-297/89 (Ryborg), ECLI:EU:C:1991:160
HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (Höfner en Elser), ECLI:EU:C:1991:161
HvJ EG 8 april 1992, C-62/90 (Commissie/Duitsland), ECLI:EU:C:1992:169
HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (Poucet en Pistre/AGF en Cancava), ECLI:EU:C:1993:63
HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92 (Kraus), ECLI:EU:C:1993:125
HvJ EG 19 januari 1994, C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/ Eurocontrol), ECLI:EU:C:1994:7
HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92 (H.M. Customs and Excise/Schindler), ECLI:EU:C:1994:119
HvJ EG 5 oktober 1994, C-55/93 (Van Schaik), ECLI:EU:C:1994:363
HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), ECLI:EU:C:1995:126
HvJ EG 16 november 1995, C-244/94 (Fédération Française des assurances e.a.), ECLI:EU:C:1995:392
HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411
HvJ EG 14 december 1995, C-163/94 (Sanz de Lera e.a.), ECLI:EU:C:1995:451
HvJ EG 15 december 1995, C-415/93 (Bosman e.a.), ECLI:EU:C:1995:463

HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94 (SFEI e.a.), ECLI:EU:C:1996:285
HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95 (Vereinte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH/Bauer Verlag), ECLI:EU:C:1997:325
HvJ EG 5 juli 1997, C-56/96 (VT4/Vlaamse Gemeenschap), ECLI:EU:C:1997:284
HvJ EG 18 december 1997, C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie/Région wallonne), ECLI:EU:C:1997:628
HvJ EG 28 april 1998, C-158/96 (Kohl/Union des caisses de maladie), ECLI:EU:C:1998:171
HvJ EG 28 april 1998, C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1998:167
HvJ EG 16 juni 1998, C-210/96 (Gut Springenheide), ECLI:EU:C:1998:369
HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1998:303
HvJ EG 1 december 1998, C-410/96 (Ambry), ECLI:EU:C:1998:578
HvJ EG 20 april 1999, C-241/97 (Försäkringsaktiebolaget Skandia), ECLI:EU:C:1999:179
HvJ EG 21 september 2000, C-109/99 (ABBOI), ECLI:EU:C:2000:483
HvJ EG 14 juni 2001, C-191/99 (Kvaerner), ECLI:EU:C:2001:332
HvJ EG 12 juli 2001, C-368/98 (Vanbraeckel e.a.), ECLI:EU:C:2001:400
HvJ EG 12 juli 2001, C-157/99 (Geraets-Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ en Peerbooms/ Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen), ECLI:EU:C:2001:404
HvJ EG 21 juli 2001, C-262/99 (Louloudakis), ECLI:EU:C:2001:407
HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (Courage en Crehan), ECLI:EU:C:2001:465
HvJ EG 7 februari 2002, C-279/00 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2002:89.
HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99 (Wouters e.a.), ECLI:EU:C:2002:98
HvJ EG 13 februari 2003, C-131/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:96
HvJ EG 25 februari 2003, C-59/01 (Commissie/ Italië), ECLI:EU:C:2003:102
HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99 (Müller-Fauré en van Riet), ECLI:EU:C:2003:270
HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00 (Freskot AE), ECLI:EU:C:2003:298
HvJ EG 9 september 2003, C-198/01 (CIF), ECLI:EU:C:2003:430
HvJ EG 6 november 2003, C-101/01 (Lindqvist), ECLI:EU:C:2003:596
HvJ EG 11 december 2003, T-56/99 (Marlines/Commissie), ECLI:EU:T:2003:333
HvJ EG 16 maart 2004, C-264/01 gevoegde zaken C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (AOK Bundensverband e.a.), ECLI:EU:C:2004:150
HvJ EG 15 juli 2004, C-345/02 (Pearle e.a.), ECLI:EU:C:2004:448
HvJ EG 7 september 2004, C-346/02 (Commissie/Luxemburg), ECLI:EU:C:2004:485
HvJ EG 7 september 2004, C-347/02 (Commissie/Frankrijk), ECLI:EU:C:2004:486
HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02 (Peter Paul), ECLI:EU:C:2004:606
HvJ EG 12 mei 2005, C-112/03 (Société financière et industrielle du Peloux), ECLI:EU:C:2005:280
HvJ EG van 26 mei 2005, C-77/04 (GIE Réunion européenne e.a.) ECLI:EU:C:2005:327
HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname), ECLI:EU:C:2005:487.
HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709
HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), ECLI:EU:C:2005:763
HvJ EG 30 maart 2006, C-439/99 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2002:14
HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 (Manfredi), ECLI:EU:C:2006:461
HvJ EG 18 januari 2007, C-332/05 (Celozzi), ECLI:EU:C:2007:35
HvJ EG 29 maart 2007, C-347/04 (Rewe Zentralfinanz), ECLI:EU:C:2007:194
HvJ EG 26 april 2007, C-392/05 (Alevizos), ECLI:EU:C:2007:251
HvJ EG 26 juni 2007, C-305/05 (Ordre des barreaux francophones en germanophone e.a.), ECLI:EU:C:2007:383
HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04 (Commissie/België), ECLI:EU:C:2007:405
HvJ EG 13 december 2007, C-463/06 (FBTO Schadeverzekeringen), ECLI:EU:C:2007:792.
HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri), ECLI:EU:C:2007:809
HvJ EG 13 maart 2008, C-65/05 (Commissie/Griekenland), ECLI:EU:C:2006:673
HvJ EG 13 maart 2008, C-248/06 (Commissie/ Spanje), ECLI:EU:C:2008:161
HvJ EG 17 juli 2008, C-500/06 (Corporation Dermoeestetica), ECLI:EU:C:2008:421
HvJ EG 16 december 2008, C-127/07 (Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.), ECLI:EU:C:2008:728
HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07 (Kattner Stahlbau GmbH), ECLI:EU:C:2009:127
HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon GSM), ECLI:EU:C:2009:350

HvJ EG 17 september 2009, C-347/08 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse), ECLI:EU:C:2009:561.
HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci), ECLI:EU:C:2010:21
HvJ EU 20 mei 2010, C-111/09 (ČPP Vienna Insurance Group), ECLI:EU:C:2010:290.
HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), ECLI:EU:C:2010:307
HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09 (Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop vzw e.a.),
ECLI:EU:C:2011:100
HvJ EU 3 maart 2011, C-437/09 (AG2R Prévoyance), ECLI:EU:C:2011:112
HvJ EU 10 maart 2011, C-379/09 (Casteels), ECLI:EU:C:2011:131
HvJ EU 9 juni 2011, C-409/09 (Ambrósio Lavrador en Olival Ferreira Bonifácio), ECLI:EU:C:2011:371
HvJ EU 22 juni 2011, C-399/09 (Landtová), ECLI:EU:C:2011:415
HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 (N.S. e.a.) en C-496/10 (M.E. e.a.),
ECLI:EU:C:2011:265
HvJ EU 21 december 2011, C-495/10 (Centre hospitalier universitaire de Besançon),
ECLI:EU:C:2011:869
HvJ EU 19 april 2012, C-461/10 (Bonner Audio e.a.), ECLI:EU:C:2012:219
HvJ EU 23 oktober 2012, C-300/10 (Marques Almeida), ECLI:EU:C:2012:656
HvJ EU 21 februari 2013, C-243/11 (RVS Levensverzekeringen), ECLI:EU:C:2013:85
HvJ EU 7 maart 2013, C-577/11 (DKV Belgium/VZW), ECLI:EU:C:2013:146
HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11 (Allianz Hungária tegen Gazdasági Versenyhivatal),
ECLI:EU:C:2013:160
HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom), ECLI:EU:C:2013:736
HvJ EU 23 januari 2014, C-164/12 (DMC), ECLI:EU:C:2014:20
HvJ EU 6 februari 2014, C-509/12 (Navileme en Nautizende), ECLI:EU:C:2014:54
HvJ EU 9 oktober 2014, C-268/13 (Elena Petru), ECLI:EU:C:2014:2271
HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13 (Rina Services), ECLI:EU:C:2015:399
HvJ EU 17 december 2015, C-25/14 (UNIS), ECLI:EU:C:2015:821
HvJ EU 21 januari 2016, C-359/16 („ERGO Insurance” SE/ „If P&C Insurance” AS/ „Gjensidige Baltic”
AAS/„PZU Lietuva” UAB DK), ECLI:EU:C:2016:40
HvJ EU 23 februari 2016, C-179/14 (Commissie/ Hongarije), ECLI:EU:C:2016:108
HvJ EU 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/114 en C-67/15 (Promoimpresa e.a.), ECLI:EU:C:2016:558
HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15 (Nikiforidis), ECLI:EU:C:2016:774.
HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15 (Deutsche Parkinson Vereinigung), ECLI:EU:C:2016:776
HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14 (Banco Primus), ECLI:EU:C:2017:6
HvJEU 5 juli 2017, C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2017:513
HvJ EU 13 juli 2017, C-368/16 (Assens Havn). ECLI:EU:C:2017:546
HvJ EU 18 juli 2017, C-566/15 (Erzberger), ECLI:EU:C:2017:347
HvJ EU 7 september 2017, C-506/16 (Neto de Sousa), ECLI:EU:C:2017:642
HvJ EU van 20 september 2017, C-186/16 (Andriciuc e.a.), ECLI:EU:C:2017:703
HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15 (Farrell), ECLI:EU:C:2017:745

Hoge Raad der Nederlanden

HR 13 mei 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB4654
HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205
HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717
HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2389

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

CBB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716.

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 28 september 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AK4163
Hof 's-Gravenhage 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:55

Rechtbanken

Rb. Rotterdam 1 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP7043
Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109
Vrz. Rb. Rotterdam van 11 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6829
Vzr. Rb. Rotterdam 25 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5564
Vzr. Rb. Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9912
Rb. Rotterdam 1 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4116

Cour de casation (FR)

Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971658
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971659
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971660
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971661
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971977
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971978
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971979
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006971980
Cass. Civ. 1^{er}, 23 février 1966, JURITEX000006972243
Cass. Civ. 1^{er} 24 mars 1992, n° 89-14880.
Cass. Civ. 2e, 22 novembre 2012, n°11-19523, n°11-19806
Cass. Civ. 2e, 13 décembre 2012, n°11-19619, n°11-19808, n°11-20329

Belgische rechtspraak

Hof van Cassatie België, 25 november 1948, Pass. 1948, I, 668, 670 en 672
Cass. 5 januari 1995, J.L.M.B. 1996, 336
Cass. 25 februari 2000, T.B.B.R. 2001, 169

Cass. 7 juni 2001, R.W. 2001-02, 890
Cass. 18 januari 2002, J.T. 2002, 322
Cass. 2 april 2004, J.L.M.B. 2004, 1237.

Hof van Cassatie België 15 september 2011, C.10.0424. N,
Brussel 16 november 1949, RW 1949-50, 831
Arbeidshof Brussel 25 oktober 1977, Pas. 1977, II, 124
Arbeidshof Brussel 13 juli 2011, 2009/AB/052514.
Arbrb. Brussel 17 januari 1975, JT 1975, 266.
Kh. Antwerpen 15 oktober 2001, RW 2005-06, 508, TBH 2003, 696
Scheidsrechtelijke uitspraak 24 februari 1942, Bull. Ass. 1942, 153
Scheidsrechtelijke uitspraak 9 december 1948, Bull. Ass. 1949, 137
Scheidsrechtelijke uitspraak 25 maart 1950, Bull. Ass. 1950, 292.

Duitse rechtspraak

BGH 28.11.1951 VersR 1952 52, ÖOGH 17.9.1945 VersRdschau 1946 309. OLG Gera 27.2.1947 VW 1947 234, OLG Braunschweig 22.7.1947 VW 1948 13.