

# Artikel

## Verzekering & mededinging: de gevolgen van het einde van de Groepsvrijstellingsverordening

Gerard Baak\*

98

In dit artikel wordt aandacht besteed aan de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen die op 31 maart 2017 is vervallen. De vraag die zal worden beantwoord, is wat de gevolgen van het verval van de Groepsvrijstellingsverordening zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Hoewel de keuze van de Europese Commissie gerechtvaardigd lijkt te zijn, resteren nog wel enkele onduidelijkheden, bijvoorbeeld met betrekking tot de opkomst van (samenwerking bij) big data en de afbakening van de relevante markt.

### Inleiding

Geruime tijd heeft voor de verzekeringssector een Groepsvrijstellingsverordening bestaan die bepaalde vormen van samenwerking uitzonderde van de toepassing van het kartelverbod.<sup>1</sup> De eerste Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen werd op machtiging<sup>2</sup> van de Raad door de Europese Commissie (hierna:

Commissie) vastgesteld in 1992.<sup>3</sup> Nadat de werkingsduur van de verordening in 2003<sup>4</sup> en in 2010<sup>5</sup> werd verlengd, is deze per 31 maart 2017 vervallen. Dit was niet onverwachts. In een vorig jaar gepubliceerd evaluatieverslag liet de Commissie al doorschemeren dat zij het bestaan van een sectorspecifieke Groepsvrijstellingsverordening niet langer noodzakelijk vond.<sup>6</sup> Al eerder, bij de verlenging van de werkingsduur in 2010, werd het toepassingsbereik beperkt tot twee in plaats van vier groepen overeenkomsten.<sup>7</sup>

In dit artikel wordt de vraag beantwoord wat de gevolgen zijn van het verval van de Groepsvrijstellingsverordening voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Eerst zal ik kort stilstaan bij de achtergrond en inhoud van de Groepsvrijstellingsverordening. Daarna bespreek ik de belangrijkste aspecten van het evaluatieproces. Vervolgens breng ik de verschillende gevolgen van het einde van de Groepsvrijstellingsverordening in kaart. Ik besteed daarbij aandacht

\* Mr. drs. G.T. Baak is als promovendus werkzaam bij de sectie Handels-Ondernemings & Financieel recht van de Erasmus School of Law. Zijn promotieonderzoek gaat over het onderwerp mededinging en verzekering.

1. Een groepsvrijstelling houdt in dat het kartelverbod niet van toepassing wordt verklaard op bepaalde groepen overeenkomsten doordat wordt aangenomen dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU.
2. Verordening (EEG) nr. 1534/91 van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 1991, L 143/1.

3. Verordening (EEG) nr. 3932/92 van de Commissie van 21 december 1992 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 1992, L 398/7.
4. Verordening (EG) nr. 358/2003 van 27 februari 2003 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 2003, L 53/8.
5. 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, *PbEU* 2010, L 83/1.
6. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, COM(2016)153 final.
7. Ik werk dit in de volgende paragraaf verder uit.

aan de relatie met het gebruik van big data door verzekeraars en de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt. Ten slotte kom ik tot een conclusie.

## Context en inhoud van de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen

De eerste Groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector bevatte een vrijstelling voor vier groepen overeenkomsten: risicopremietarieven, standaardpolisvoorwaarden, de gemeenschappelijke verzekering van bepaalde standaardrisico's en het vaststellen van gemeenschappelijke regels voor het onderzoek en de goedkeuring van veiligheidsvoorzieningen.<sup>8</sup> Oorspronkelijk was de Groepsvrijstellingsverordening bedoeld om de administratieve lasten van de Commissie te verlichten.<sup>9</sup> Als gevolg van de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003 was dat doel niet langer relevant en is een sectorspecifieke groepsvrijstelling alleen gerechtvaardigd als samenwerking in een sector anders is dan in sectoren waarvoor geen groepsvrijstelling bestaat.<sup>10</sup> Tot begin 2017 werd het bestaan van de groepsvrijstelling gerechtvaardigd door de grotere behoefte aan samenwerking op het gebied van uitwisseling van statistische data en het gemeenschappelijk verschaffen van verzekeringscapaciteit in pools.

Wat werd er precies vrijgesteld in Verordening (EU) nr. 267/2010? Voor een goed begrip van de materie zal ik de twee vrijstellingen hierna kort toelichten.

### De inhoud van Verordening (EU) nr. 267/2010

#### a. Informatie-uitwisseling: compilaties, tabellen en onderzoeken

De eerste vrijstelling zag op samenwerking tussen verzekeraars met betrekking tot het verzamelen en verspreiden van gegevens voor de berekening van de gemiddelde kosten voor de dekking van een welbepaald risico in het verleden (compilaties), het opstellen van mortaliteitstabellen of tabellen waaruit de frequentie van ziekte, ongevallen of invaliditeit blijkt in verband met verzekeringsdekking die een kapitalisatie-element<sup>11</sup> bevat

8. Hoewel daartoe wel een machtiging van de Raad bestond, gaf de Commissie geen vrijstelling voor overeenkomsten betreffende schadeafwikkeling en de registers van en informatie over verhoogde risico's. De reden daarvoor was dat zij onvoldoende ervaring daarmee had opgedaan. Zie Verordening (EG) nr. 358/2003, randnr. 3.
9. Vóór de invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 gold namelijk dat de Commissie exclusief bevoegd was om de vrijstelling van art. 101 lid 3 VWEU (toen: art. 81 lid 3) toe te passen. Nu moeten ondernemingen zelf beoordelen of hun overeenkomsten in aanmerking komen voor die vrijstelling.
10. Mededeling 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, *PbEU* 2010, C 82/20, randnr. 4.
11. Hiermee worden de levens- of sommenverzekeringen bedoeld.

(tabellen) en het gemeenschappelijk verrichten van onderzoek naar de frequentie en omvang van toekomstige schadeclaims betreffende een bepaald risico (onderzoeken).<sup>12</sup> De achtergrond van deze vrijstelling is, kort gezegd, dat de uitwisseling van statistische informatie tussen verzekeraars (doorgaans gebeurt dit via een brancheorganisatie) nuttig is om een betrouwbare risicopremie<sup>13</sup> te kunnen berekenen.<sup>14</sup> Het bevordert de mededinging als verzekeraars dergelijke gegevens, die zij niet – in voldoende mate – alleen kunnen verzamelen, uitwisselen.<sup>15</sup> Om onderling afgestemd marktgedrag tegen te gaan, werden afspraken over commerciële premies uitdrukkelijk verboden en gold dat de gegevens geanonimiseerd, niet-bindend en (op verzoek) toegankelijk moesten zijn.<sup>16</sup>

#### b. Gemeenschappelijke dekking van bepaalde soorten risico's (pools)

De tweede vrijstelling zag op de gemeenschappelijke verzekering van risico's in zogenoemde pools. Een pool is, kort gezegd, een samenwerkingsverband van verzekeraars en/of herverzekeraars om bepaalde risico's tegen vooraf besproken voorwaarden te (her)verzekeren.<sup>17</sup> Deelnemers aan een pool delen naar rato van hun aandeel in de winst of het verlies van de pool.<sup>18</sup>

Pools werden vrijgesteld op grond van het marktaandeel op de relevante markt. Dat marktaandeel mocht hoogstens 20 procent zijn voor de zogenoemde medeverzekeringsgroepen<sup>19</sup> en 25 procent voor de medeherverzeke-

12. Art. 2 Verordening (EU) nr. 267/2010.
13. De risicopremie is niet de commerciële premie maar de opbouw van de premie waarin de actuariële kosten zijn meegenomen. In de commerciële premie zijn overheadkosten en winststopslag meegenomen.
14. Hoe hoog de uiteindelijke premie is, hangt immers af van de inschatting van de kans dat zich een onzekere gebeurtenis zal voordoen. Die inschatting wordt betrouwbaarder als de hoeveelheid statistieken waarop zij is gebaseerd, groter is. Zie Mededeling 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, *PbEU* 2010, C 82/20, randnr. 12.
15. Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report – HT. 4012 – IBER, SEC(2016)536 (hierna: Impact Assessment Report 2016), randnr. 127. Door dergelijke informatie-uitwisseling kan uiteindelijk de premie lager zijn, zie COM(2016)153 final, randnr. 16.
16. Art. 2 en art. 3 lid 2 sub c Verordening (EU) nr. 267/2010.
17. Pools kunnen worden gevormd om risico's te (her)verzekeren die te groot zijn om individueel verzekerd te kunnen worden (bijvoorbeeld catastroferisico's). Maar pools kunnen ook standaardrisico's verzekeren. Simpelweg omdat dat efficiënt is: in een pool verloopt de acceptatie sneller (omdat daarover al van tevoren is onderhandeld) en kunnen kostenvoordelen worden gerealiseerd. De pools voor standaardrisico's worden ook wel aangeduid als makelaarspools omdat het de tussenpersoon, de (beurs)makelaar, is die de pool vormt en namens de klant een risico onderbrengt bij de deelnemers.
18. *Information on the Dutch coinsurance market, reaction on the EC DG Competition sectoral inquiry on business insurance* (rapport van februari 2008), Amsterdam: SEO 2008-11, p. 11-12.
19. Daarmee worden de pools bedoeld waarbij de verzekeraars namens en voor rekening van alle deelnemers een bepaalde risicocategorie verzekeren en het afsluiten en het beheer van de verzekering op hun naam en voor rekening aan een gemeenschappelijk orgaan, een van de deelnemers of een bepaalde makelaar opdragen. Zie art. 1 lid 4 Verordening (EU) nr. 267/2010.

ringsgroepen.<sup>20</sup> Verder gold dat pools die gevormd waren om nieuwe risico's<sup>21</sup> te verzekeren ongeacht het marktaandeel voor een periode van drie jaren vanaf de totstandkoming waren vrijgesteld van het kartelverbod.<sup>22</sup> De reden daarvoor was dat het voor nieuwe risico's onmogelijk zou zijn om van tevoren te weten welke inschrijvingscapaciteit nodig zou zijn om het risico te kunnen dekken.<sup>23</sup> De vrijstelling voor pools was bovendien afhankelijk van enkele voorwaarden die veel lijken op de hardcore beperkingen die zijn opgenomen bij artikel 101 lid 1 VWEU. Zo mocht een pool niet leiden tot een beperking van de productie, verkoop of verdeling van de markten/klanten.<sup>24</sup>

## De evaluatie van de Groepsvrijstellingsverordening

### Algemeen

Op grond van artikel 8 van de machtigingsverordening moest de Commissie uiterlijk zes jaar na de inwerkingtreding van de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen een verslag over de werking en de vooruitzichten van de verordening indienen.<sup>25</sup> Vorig jaar werd dit verslag gepubliceerd.<sup>26</sup> Het verslag is gebaseerd op de volgende onderzoeken: een studie van Ernst & Young over de werking van pools op de Europese verzekeringsmarkt uit 2014<sup>27</sup> en twee onderzoeken van Europe Economics

uit 2016.<sup>28</sup> Naast deze extern uitgevoerde studies heeft de Commissie overlegd met de nationale mededingingsautoriteiten en stakeholders (o.m. verenigingen van verzekeraars) door middel van een open consultatieronde,<sup>29</sup> vragenlijsten en een openbare presentatie in april 2016. In de evaluatie stonden de volgende twee vragen centraal:

1. Wordt de verzekeringssector nog steeds gekenmerkt door onderscheidende eigenschappen waardoor een grotere behoefte aan samenwerking bestaat op de gebieden waarop de resterende vrijstellingen in het kader van de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen van toepassing zijn?
2. Zo ja, is een uitzonderlijk instrument als een groepsvrijstellingsverordening nog nodig om die grotere behoefte aan samenwerking te beschermen?<sup>30</sup>

### Waarom werd de Groepsvrijstellingsverordening niet verlengd?

Hoewel de Commissie de eerste vraag positief beantwoordt, vindt zij een groepsvrijstellingsverordening niet langer noodzakelijk om de behoefte aan samenwerking te beschermen. Zij onderbouwt dat met de volgende vijf argumenten:

1. De praktische *relevantie* van de Groepsvrijstellingsverordening is afgenomen. Zo is de vrijstelling voor pools slechts van toepassing op een beperkt aantal pools, voornamelijk op de verzekeringsmarkt voor catastroferisico's.<sup>31</sup>
2. De Groepsvrijstellingsverordening verstoort het *level playing field* doordat zij beperkt is tot geïnstitutionaliseerde vormen van samenwerking tussen verzekeraars terwijl alternatieve, en meer concurrerende, verzekeringsoplossingen buiten het bereik van de groepsvrijstelling vallen.<sup>32</sup> Het gaat dan met name om *ad hoc* gevormde medeverzekeringsovereenkomsten waarbij een specifiek risico door een beursmakelaar bij meerdere risicodragers, ieder voor een bepaald gedeelte, wordt ondergebracht.<sup>33</sup> Deze vorm van samenwerking verschilt onder meer van pools doordat niet van

20. Dat zijn de pools waarbij de deelnemende verzekeraars (een deel van) hun verplichtingen met betrekking tot een bepaalde risicocategorie, namens en voor rekening van alle deelnemers, herverzekeren. Zie art. 1 lid 5 Verordening (EU) nr. 267/2010. Herverzekering is een verzekeringscontract waarbij een risico wordt verzekerd tussen verzekeraars (Vgl. J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, randnr. 51).

21. Nieuwe risico's zijn de risico's die voorheen niet bestonden, en voor de dekking waarvan een geheel nieuw verzekeringsproduct moet worden ontwikkeld dat niet de uitbreiding, verbetering of vervanging van een bestaand verzekeringsproduct inhoudt, of, in uitzonderlijke gevallen, risico's waarvan de aard blijktens objectief onderzoek zo wezenlijk is veranderd dat het niet mogelijk is van tevoren te weten welke inschrijvingscapaciteit nodig is om deze risico's te dekken, zie art. 1 lid 6 Verordening (EU) nr. 267/2010.

22. Art. 6 lid 1 Verordening (EU) nr. 267/2010.

23. Verordening (EU) nr. 267/2010, randnr. 15.

24. Art. 7 sub d jo. sub e Verordening (EU) nr. 267/2010.

25. Art. 8 Verordening (EEG) nr. 1534/91 van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 1991, L-143/1.

26. Te vinden onder COM(2016)153 final met het bijbehorende werkdocument SWD(2016)62 final en het impact assessment rapport SEC(2016)536.

27. *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market* (new edition July 2014, written by Ernst & Young), Brussel: European Commission 2014.

28. *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition, studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)* (Europe Economics), Brussel: European Commission 2016 en *Switching of tangible and intangible assets between different insurance products, studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)* (Europe Economics), Brussel: European Commission 2016.

29. Zie de open consultatieronde van 4 augustus 2014 – 4 november 2014, <[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_iber\\_review/questionnaire\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_iber_review/questionnaire_en.pdf)>.

30. COM(2016)153 final, randnr. 31.

31. Uit de studie van Ernst & Young (noot 27) bleek dat er slechts 46 pools uit de gehele Europese Unie onder het bereik van de groepsvrijstelling vielen. Zie executive summary, p. ii.

32. Impact Assessment Report 2016, randnr. 133.

33. Het voert te ver om hier uitvoerig in te gaan op wat medeverzekering of coassurantie precies inhoudt. Ik verwijs daarom naar het handboek J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, randnr. 189.

tevooren vaststaat welke verzekeraars als risicodragers zullen optreden.

3. De Groepsvrijstellingsverordening is gebaseerd op een *one-size-fits-all approach* die lastig verenigbaar is met de heterogeniteit van samenwerking die er is in de verzekeringssector.<sup>34</sup> Een *case-by-case* benadering past beter daarbij.
4. De toepassing van de groepsvrijstelling gaat gepaard met *rechtsonzekerheid*. Dit blijkt bijvoorbeeld uit onzekerheid over de definitie van pools, de afbakening van de relevante markt en het berekenen van marktaandeelen.<sup>35</sup> Volgens de Commissie moet er ernstig aan worden getwijfeld of een groepsvrijstelling wel geschikt of gerechtvaardigd is als de voorwaarden waaronder deze wordt toegepast onzeker zijn.<sup>36</sup>
5. De Richtsnoeren voor horizontale samenwerking zijn een goed *alternatief* voor de Groepsvrijstellingsverordening.<sup>37</sup> De horizontale richtsnoeren bevatten een specifiek hoofdstuk dat gaat over informatie-uitwisseling en dat direct toepasbaar is op de samenwerking in de verzekeringssector op het gebied van compilaties, tabellen en onderzoeken.<sup>38</sup>

Op basis van deze argumenten besloot de Commissie de Groepsvrijstellingsverordening niet te verlengen. Vanuit de verzekeringssector is tijdens de evaluatieperiode vrijwel uniform gepleit voor het behoud van de vrijstelling. Er werd beargumenteerd dat niet-verlenging tot rechtsonzekerheid en hogere compliance kosten zou leiden.<sup>39</sup> Bovendien zouden de horizontale richtsnoeren geen passend alternatief zijn voor de sectorspecifieke groepsvrijstelling. Andere (negatieve) effecten die werden genoemd waren minder samenwerking, een ongelijk speelveld tussen grote en kleine verzekeraars en een toetredingsbarrière voor nieuwkomers op de markt. De Commissie stelt echter dat niet overtuigend is aangetoond dat het verval zo'n negatieve impact met zich mee zou brengen.<sup>40</sup>

34. Impact Assessment Report 2016, randnr. 161. Zie ook de studie van Ernst & Young (noot 27), executive summary, p. ii en de studie *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition, studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)* (Europe Economics) Brussel: European Commission 2016, executive summary, p. 8.
35. Impact Assessment Report 2016, randnr. 162; COM(2016)153 final, randnrs. 48-49.
36. COM(2016)153 final, randnr. 49.
37. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2010, C-11/1.
38. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2010, C-11/1, par. 89 en 97 die respectievelijk gaan over de uitwisseling van geaggregeerde gegevens en de uitwisseling van consumentengegevens in markten die gekenmerkt worden door asymmetrische informatie (zoals het geval in de verzekeringssector). Ik kom daar in de volgende paragraaf nog op terug.
39. Commission Staff Working Document SWD(2016)62 final, randnrs. 76-80.
40. COM(2016)153, randnr. 32.

## De toekomst zonder de 'veilige haven' van de Groepsvrijstellingsverordening

Hoewel enkele auteurs kritiek hebben geleverd op de argumentatie van de Commissie laat ik de vraag of de niet-verlenging gerechtvaardigd is geweest in dit artikel rusten.<sup>41</sup> De keuze om de Groepsvrijstellingsverordening niet te verlengen is inmiddels gemaakt en zal niet worden teruggedraaid. Interessanter is de vraag hoe de toekomst zonder Groepsvrijstellingsverordening eruit ziet. Wat zal er veranderen? Welke problemen resteren en hoe moet daarmee worden omgegaan?

In de eerste plaats moet worden benadrukt dat het verval van de groepsvrijstelling niet betekent dat de voorheen vrijgestelde vormen van samenwerking nu verboden zouden zijn.<sup>42</sup> Zij zullen voortaan, met behulp van de horizontale richtsnoeren, getoetst moeten worden aan het algemene kader van het kartelverbod. Uiteraard verdwijnt door het verval van de groepsvrijstelling wel de bijzondere positie die de verzekeringssector lange tijd innam in het mededingingsrecht. Niet langer geldt immers dat samenwerking die onder de groepsvrijstelling viel juridisch geldig en afdwingbaar is. De bewijslast ligt nu hoger omdat verzekeraars zelf zullen moeten aantonen dat, indien een overeenkomst valt onder lid 1 van artikel 101 VWEU, voldaan is aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU.

### Informatie-uitwisseling en big data

Ten aanzien van de vrijstelling voor informatie-uitwisseling stelt de Commissie dat de Richtsnoeren voor horizontale samenwerking een goed alternatief zijn. Uit deze richtsnoeren blijkt inderdaad dat de uitwisseling van informatie over wanbetaling en de risicokenmerken van consumenten gepaard gaat met efficiëntieverbeteringen in markten met asymmetrische informatie, zoals de verzekeringssector.<sup>43</sup> Uitwisseling van dergelijke informatie zal in beginsel dus zijn toegestaan mits deze betrekking heeft op geaggregeerde, geanonimiseerde en historische gegevens. De informatie-uitwisseling mag niet leiden tot onderling afgestemd marktgedrag. Daarvan zal onder meer sprake zijn bij de uitwisseling van strategische informatie zoals prijzen, hoeveelheden en investeringen.<sup>44</sup> Afspraken over commerciële premies zijn dus niet toegestaan en de gemeenschappelijke compilaties, tabellen en onderzoeken mogen door verzekeraars uitsluitend als referentie worden gebruikt voor het bepalen van de eigen marktstrategie.

41. F. Stancke en J. Hainz, 'EU Competition Rules in the Insurance sector: A Different World in Change', *Journal of European Competition Law & Practice* 2016 (7), nr. 6, p. 422 en 423; E.B. Batchelor en J. Kresken, 'Insurance Block Exemption Regulation: EU Commission challenges Statistics and Co-(Re)Insurance Exemptions', *ECLR* 2016, vol. 37, nr. 7, p. 261-263.
42. Expliciet noemt de Commissie dit in randnr. 86 van het Impact Assessment Report.
43. Horizontale richtsnoeren, randnr. 97.
44. Horizontale richtsnoeren, randnr. 86.

De manier waarop verzekeraars data kunnen verzamelen en verspreiden is door technologische ontwikkelingen echter sterk veranderd. De vraag is daarom in hoeverre de uitwisseling van risicogegevens tussen verzekeraars is toegestaan in het licht van *big data*.<sup>45</sup> Een voorbeeld daarvan is de ‘pay how you drive-autoverzekering’ waarbij gegevens over het rijgedrag (zoals remmen, noodstops, optrekken en scherpe bochten) door middel van een veiligheidsscore wordt vertaald naar een korting op de basispremie. Denk ook aan veiligheidsmaatregelen zoals sensoren die schades kunnen voorkomen of verminderen. Het is te verwachten dat door big data vergaarde risicogegevens in de toekomst een steeds belangrijkere rol spelen bij het bepalen van de premie. Door handig in te spelen op het gebruik van big data kunnen verzekeraars bovendien hun concurrentiepositie in de huidige markt verstevigen.<sup>46</sup> De vraag is hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot de vervallen groepsvrijstelling die informatie-uitwisseling van risicogegevens vrijstelde van het kartelverbod.

De Richtsnoeren voor horizontale samenwerking gaan niet specifiek in op het gebruik van big data door verzekeraars. Wel wordt erkend dat de uitwisseling van risicogegevens van consumenten de mededinging bevordert.<sup>47</sup> Registratie van consumentengedrag in het verleden op het gebied van ongevallen of wanbetaling kan, zo stelt de Commissie, een stimulans vormen om het risicogedrag te beperken.<sup>48</sup> Ook het feit dat hierdoor kan worden nagegaan welke consumenten een lager risico vormen en daarom in aanmerking komen voor een lagere premie staat niet eraan in de weg om die gegevens te delen. Het delen van deze informatie zou juist kunnen voorkomen dat de consumenten de voordelen verliezen bij overstap naar een andere onderneming.<sup>49</sup> Naar mijn mening is het goed verdedigbaar dat het, ook na het verval van de groepsvrijstelling, is toegestaan voor verzekeraars om door bepaalde technologie vergaarde statistische (persoons)gegevens te delen. Het is immers in het belang van de klant dat zijn gegevens, die inzicht bieden in het schadeverleden, worden ‘meegenomen’ bij overstap naar een andere verzekeraar. Daar komt bij dat een klant zelf degene is die toestemming geeft om zijn persoonsgegevens over te dragen. Voor persoonsgegevens geldt immers de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de daarop gebaseerde Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële instellingen. Uit-

gangspunt van de Wbp (en de daarop gebaseerde Gedragscode) is dat persoonsgegevens slechts voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen worden verzameld.<sup>50</sup> Voor het delen van die data geldt dat een verzekeraar dat vooraf aan de klant moet vertellen en daarvoor toestemming moet verkrijgen. Dit betekent dat een verzekeraar wel gebruik mag maken van statistische gegevens voor data-analyses en de resultaten ook mag delen mits hij dit duidelijk maakt richting de klant en diens toestemming daarvoor verkrijgt.

Waarom kan er door (het delen van) big data in de verzekeringssector nu een mededingingsrechtelijk probleem optreden? Big data geven verzekeraars niet alleen de beschikking over meer risicogegevens maar bieden ook de mogelijkheid om zelfstandig risico's in te schatten. Dat roept de vraag op of samenwerking nog steeds noodzakelijk of onmisbaar is. Zowel bij de groepsvrijstelling als in de Richtsnoeren voor horizontale samenwerking wordt erkend dat de uitwisseling van statistische gegevens uit het verleden gunstig is voor de efficiënte werking van de verzekeringssector.<sup>51</sup> Er wordt verondersteld dat geen enkele verzekeraar in het bezit is van voldoende statistische risicogegevens om betrouwbare premieberekeningen uit te kunnen voeren.<sup>52</sup> Maar is dat nog steeds zo? Door gebruik van big data kunnen verzekeraars vermoedelijk toegang krijgen tot genoeg statistische informatie waarop zij hun premieberekeningen kunnen baseren. Sterker nog, het is te verwachten dat er juist zal worden geconcurrereerd op het door innovatieve technologie verkrijgen van bepaalde risicogegevens die gebruikt kunnen worden om de premie op een competitief niveau vast te stellen. Een verzekeraar kan daarom vanuit strategisch oogpunt juist baat hebben bij het niet-delen van bepaalde informatie of risicogegevens.<sup>53</sup> Andersom geredeneerd zou het zo kunnen zijn dat door data wél te delen er méér gevaar bestaat dat marktgedrag op elkaar wordt afgestemd. Daarbij moet worden bedacht dat ondernemingen door big data niet alleen over een grotere hoeveelheid data beschikken maar er ook meer mogelijkheden zijn om die data te analyseren en marktinzicht te verkrijgen. Tegelijkertijd kan samenwerking op het gebied van big data juist noodzakelijk zijn om de voor- en nadelen van het gebruik van bepaalde technologie in kaart te brengen of efficiencyvoordelen te delen. In ieder geval ligt de grens daar waar data zien op strategische informatie (zoals prijzen, kortingen, omzet en hoeveelheden). Risicogegevens die geanonimiseerd zijn en waaruit niet is af te leiden hoe de premie is opgebouwd of welke korting is verleend zullen naar mijn mening minder snel op mededingingsbezwaren stuiten. Toch verdient het aanbeveling om het intern of extern verzamelen van big data door verzekeraars te onderwerpen aan een *compliance impact assess-*

45. Hoe het mededingingsrecht met big data om moet gaan is voer voor discussie. Vgl. B.J. Drijber, ‘Mededingingsrecht op weg naar 2017’, *M&M* 2016/6, p. 217-219. Zie ook de discussie bij het OECD gehouden in november 2016 over ‘Big data: Bringing competition policy to the digital era’; <[www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm](http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm)>. Vgl. het Green Paper ‘Grip op data’ van het Verbond van Verzekeraars (te downloaden via de website van het Verbond van Verzekeraars).

46. Zie het DNB rapport ‘Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector’, te raadplegen via <[www.dnb.nl/binaries/DNB-rapport%20Visie%20op%20de%20toekomst%20van%20de%20verzekeringssector,%2013%20december%202016\\_tcm46-350191.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/DNB-rapport%20Visie%20op%20de%20toekomst%20van%20de%20verzekeringssector,%2013%20december%202016_tcm46-350191.pdf)>.

47. Horizontale richtsnoeren, randnr. 97.

48. Horizontale richtsnoeren, randnr. 97.

49. Horizontale richtsnoeren, randnr. 97.

50. Art. 7 Wbp.

51. Zie COM(2016)153, randnr. 16; Impact Assessment Report 2016, randnr. 73.

52. COM(2016)153, randnr. 15-16.

53. Vgl. D. Porrini, ‘Which consequences in the insurance market for the end of the block exemption?’, *Italian Antitrust Review* 2016/2, p. 171-172.

ment. Dit is bijvoorbeeld ook het geval voor de impact van technologie op privacy in een zogenoemd Privacy Impact Assessment.<sup>54</sup> Daarnaast kan het nuttig zijn als er door ACM en/of de Europese Commissie meer aandacht wordt besteed aan dit onderwerp en de impact daarvan op verschillende sectoren, waaronder de verzekeringssector.

### Beoordeling van pools en marktafbakening

Een andere vraag is hoe pools in de toekomst moeten worden beoordeeld. Het criterium blijft, net als dat het geval was in de groepsvrijstelling, de positie op de relevante markt.<sup>55</sup> De Commissie stelt dat als het gezamenlijke marktaandeel minder is dan 20 procent, het in ieder geval waarschijnlijk is dat aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan.<sup>56</sup> Ook overweegt de Commissie dat pools die onverzekerbare risico's verzekerbaar maken geen kartel opleveren.<sup>57</sup> Te denken valt aan de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschades (NHT) waarin zo'n 185 verzekeraars deelnemen. Anderzijds zullen pools voor standaardrisico's, die ook individueel verzekerd zouden kunnen worden en waarbij er geen duidelijke efficiëntievoordelen worden behaald, in beginsel niet in aanmerking komen voor een vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU.<sup>58</sup> In de Nederlandse markt geldt voor zogenoemde intermediaire pools het door het Verbond van Verzekeraars opgestelde 'Protocol voor intermediaire Pools'.<sup>59</sup> Intermediaire pools zijn pools, met name voor standaardrisico's, die door de makelaar of assurantietsenspersoon worden gevormd om risico's gemakkelijk te kunnen plaatsen bij meerdere verzekeraars. Het protocol stelt de maximale omvang van een pool vast op 20 procent van de relevante markt. Een pool die dat percentage overschrijdt, moet of beëindigd worden of getoetst worden aan de voorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw.<sup>60</sup> Bovendien voorziet het protocol in dwingende regels over de totstandkoming en het beheer van de pool. Zo is het niet toegestaan om als deelnemende verzekeraars in de pool met elkaar over prijzen of voorwaarden te overleggen.<sup>61</sup>

In de praktijk is het knelpunt voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van pools de afbakening van de relevante markt. Uit de Bekendmaking inzake de relevante markt volgt dat daarvoor (primair) vraagsubstitutie en

(secundair) aanbodssubstitutie van belang zijn.<sup>62</sup> Toepassing daarvan bij de afbakening van de verzekeringsmarkt is echter lastig.<sup>63</sup> Op basis van vraagsubstitutie is de verzekeringsmarkt immers nauw (verzekeringsproducten zijn niet substitueerbaar), maar aanbodssubstitutie pleit voor een ruimere relevante markt (aanbieders kunnen immers gemakkelijk 'switchen' naar een andere verzekeringsdienst). Goed verdedigbaar is dat van een ruimere productmarkt moet worden uitgegaan waarbij een duidelijk aanknopingspunt is te vinden in het Protocol van Intermediaire pools dat aansluit bij de voor de bedrijfstak zelf herkenbare productmarkten.<sup>64</sup> Er worden drie productmarkten onderscheiden: (a) brand- en aanverwante risico's, (b) transport- en aanverwante risico's en (c) variaverzekeringen, zoals de aansprakelijkheidsverzekeringen. In hoeverre aanbodssubstitutie meeweegt bij de marktafbakening in een concreet geval zal ook afhankelijk zijn van de beschikbaarheid van kapitaal en kennis bij de verzekeraar om zijn productieproces met andere producten uit te breiden.<sup>65</sup> Om te zorgen voor een veilige marge is het voor de zelfbeoordeling van pools goed om van de hiervoor genoemde onderverdeling uit te gaan.

### Andere veranderingen

Bij het in kaart brengen van de gevolgen van het verval van de groepsvrijstelling valt verder op dat de Commissie een duidelijke rol heeft weggelegd voor de nationale mededingingsautoriteiten bij de handhaving van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Uit de evaluatie bleek dat de samenwerking in de verzekeringssector veelal een nationaal karakter kent en dat de nationale mededingingsautoriteiten goed in staat zijn het mededingingsrecht toe te passen in de verzekeringssector.<sup>66</sup> Als voorbeeld wordt het hiervoor besproken Protocol voor intermediaire pools genoemd dat is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars nadat de Nma een toezeggingsbesluit gaf inzake de Notarispool.<sup>67</sup> Een ander gevolg dat ten slotte genoemd kan worden is dat de Commissie heeft erkend dat beoordeling van samenwerking in de verzekeringssector het beste op basis van een *case-by-case* benadering kan plaatsvinden. Positief daaraan vind ik dat specifieke marktkenmerken kunnen worden meegewogen bij een toets op de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid. Dat zal met name

54. Zie Green Paper 'Grip op data' van het Verbond van Verzekeraars (te downloaden via de website van het Verbond van Verzekeraars), p. 12.

55. Zie Impact Assessment Report 2016, Annex 8, p. 67.

56. Impact Assessment Report 2016, Annex 8, p. 67. Zij sluit daarmee aan bij de drempel die is gegeven in de groepsvrijstellingsverordening voor specialisatieovereenkomsten, Verordening (EU) nr. 1218/2010.

57. Impact Assessment Report 2016, randnr. 25. Dit is bijvoorbeeld het geval met de pools voor de schade van nucleaire rampen die de enige optie zijn om die risico's te verzekeren.

58. Impact Assessment Report randnr. 25.

59. Te raadplegen op de website van het Verbond van Verzekeraars: <www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Protocolle/Protocol\_Intermediaire\_Pools%202017.pdf>.

60. Zie art. 2 onder d van het protocol.

61. Zie art. 9 van het protocol.

62. Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372.

63. Vgl. G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016/4, p. 28-36.

64. Zie voetnoot 59.

65. Zie *Switching of tangible and intangible assets between different insurance products, studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)* (Europe Economics), Brussel: European Commission 2016, executive summary, p. 8.

66. Impact Assessment Report, p. 54, randnr. 3.

67. Dit speelde in 2010 toen er een pool was van verzekeraars die gezamenlijk de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen voor notarissen aanboden, maar een groot (60 procent) marktaandeel hadden. In de discussie met de Nma (thans de ACM) is uiteindelijk een toezeggingsbesluit gegeven waarbij verzekeraars zich onderwierpen aan self assessment ingeval marktaandelen te groot zouden zijn. Zie Toezeggingsbesluit verzekeraars, 5998 / 546.BT55.

van belang zijn bij de verzekering van de groot-zakelijke risico's (zoals een wagenpark of een containerterminal) waar vanwege het aspect van risicospreiding bijna altijd meerdere verzekeraars betrokken zijn op één verzekeringspolis. Kort gezegd gaat het om een *business-to-business* markt waarbij een risico door een professionele beursmakelaar namens de aspirant-verzekeringnemer ter verzekering wordt aangeboden aan verzekeraars op door de makelaar op te stellen voorwaarden, of gemeenschappelijke polisvoorwaarden. Overleg bij het plaatsen van risico's, de afspraken in het belang van een snelle schadeafwikkeling en het (door de makelaar) poolen van risico's zijn juist in het belang van mededinging op die verzekeringsmarkt.<sup>68</sup> Vanwege de specifieke kenmerken van die markt past een case-by-case benadering daar goed bij.

## Conclusie

Ik kom tot een conclusie. In dit artikel besprak ik de vraag wat de gevolgen zijn van het verval van de Groepsvrijstellingsverordening voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Ik constateer dat de situatie niet zo zorgwekkend is als ten tijde van de evaluatie door sommigen werd voorspeld, maar dat er nog wel onduidelijkheid bestaat ten aanzien van informatie-uitwisseling en big data, en de afbakening van de relevante markt. In dit artikel is betoogd dat uitwisseling van data tussen verzekeraars in beginsel is toegestaan mits in overeenstemming met de Wet bescherming persoonsgegevens en zonder dat strategische informatie wordt prijsgegeven. Daarbij verdient het aanbeveling om bij het gebruik van nieuwe technologie een *compliance impact assessment* op te stellen. Wat de marktafbakening betreft, is betoogd dat aansluiting bij de in het Protocol voor intermediaire pools gemaakte productmarktverdeling wenselijk is. Op beide punten zou de ACM en/of de Commissie echter meer duidelijkheid kunnen verschaffen zodat de rechtszekerheid wordt gewaarborgd. Ten slotte constateer ik dat het positief is dat er in de Richtsnoeren voor horizontale samenwerking aandacht wordt besteed aan de uitwisseling van risicogegevens tussen verzekeraars, dat een belangrijke rol lijkt te zijn weggelegd voor de nationale mededingingsautoriteiten, en dat er binnen een case-by-case benadering, die in de plaats komt van de beoordeling onder een groepsvrijstelling, meer gewicht kan worden toegekend aan de specifieke kenmerken van de (groot-zakelijke) verzekeringsmarkt.

68. Vgl. *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition* (Europe Economics), Brussel: European Commission 2016, executive summary, p. 7.