ONDER EMBARGO

De handelseditie van dit proefschrift is verschenen in de serie Recht & Praktijk - Verzekeringsrecht bij Wolters Kluwer te Deventer (ISBN 978 90 13 15644 7).

ONDER EMBARGO

Mededinging en verzekering

Competition and Insurance

ONDER EMBARGO

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. R.C.M.E. Engels

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

30 januari 2020 om 15.30 uur

door

Gerrit Theodoor Baak
geboren te Valburg

Erasmus University Rotterdam

Promotiecommissie:

Promotoren:	Prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde Prof.mr. S.D. Lindenbergh
Overige leden:	Prof.mr.dr. L.T. Visscher Prof.mr. J.G.J. Rinkes Prof.mr.dr. A. Gerbrandy

ONDER EMBARGO

Voorwoord

Het voorwoord is een mooie gelegenheid om terug te zien op de periode waarin dit boek is geschreven en de personen te bedanken die daarin veel voor mij hebben betekend.

Het was tijdens de afronding van de master Aansprakelijkheid & Verzekering aan de Erasmus Universiteit dat de vacature voor een aio-plek langskwam bij het Verzekeringsinstituut. Op dat moment was ik nog druk bezig met het schrijven van mijn scriptie en was voor mij nog niet duidelijk wat ik zou willen doen na de studie(s). Het doen van onderzoek en het geven van onderwijs had al langer mijn interesse, en promoveren sprak mij daarom erg aan. Maar waar ga je dan over schrijven? Het onderzoeksthema 'Mededinging & Verzekering' kwam voor het eerst ter sprake in het gesprek dat ik had met mijn huidige promotor en prof. Wansink. Vanaf het begin heeft het onderwerp mij als jurist en econoom geboeid doordat het zich bij uitstek ervoor leende om te bezien vanuit een juridische- en economische bril. Het is heel inspirerend en leerzaam geweest om naar dit onderwerp een aantal jaar onderzoek te mogen doen.

Inmiddels ligt voor u het eindresultaat. Een aantal personen heeft mij in de afgelopen jaren bijzonder geholpen en bijgestaan. Graag wil ik hen op deze plaats bedanken voor wat zij voor mij hebben betekend.

In de eerste plaats, mijn promotor. Mop, veel dank voor de mogelijkheid om dit boek te schrijven en de manier waarop je me daarin hebt begeleid. Met jou zo geheel eigen, originele en creatieve kijk op de materie hielp je me steeds een stap(je) verder te komen. Dank voor de fijne wijze waarop we hebben samengewerkt. Veel dank voor het vertrouwen dat je mij hebt gegeven. Daarnaast spreek ik mijn waardering uit voor Siewert Lindenbergh voor het willen zijn van tweede promotor en het meelezen van dit boek. Siewert, je hebt me geholpen om het onderwerp in te kaderen, te structureren en om de juiste vragen te stellen (en daar vervolgens ook een antwoord op te geven). Ook Hans Borgesius wil ik graag bedanken voor de tijd die is gestoken in het lezen en becommentariëren van grote delen van dit boek. Hans, jouw zeer nuttige commentaar en de gesprekken die we over het mededingingsverzekeringsrecht hebben gevoerd, scherpte de inhoud van dit boek. Dank daarvoor. Graag wil ik op deze plaats ook de leden van de promotiecommissie bedanken voor de bereidheid om deel te nemen in de promotiecommissie.

ONDER EMBARGO

Ons VI-Clubje: Michelle, Han en Mop. Het is ontzettend fijn geweest om met jullie samen te werken. Ik herinner me de vele gezellige momenten met elkaar, zowel op de EUR als daarbuiten.

Lieve Mirjam, ik voel me gelukkig met jou het leven te mogen delen. Als geen ander voel je me aan en heb je me hierin ontzettend gesteund. Zeker toen ik begon met de nieuwe baan bij de ACM, was het niet altijd gezellig als in de avonduren en het weekend nog aan het boek moest worden gewerkt. Het is daarom des te meer fijn dat het is afgerond. Onze kinderen. Lieve Amély, Amedeo en Salomo, wat bijzonder dat jullie allemaal geboren zijn in de periode dat papa dit boek heeft geschreven. Wat is het fijn om thuis te komen en te weten dat jullie op papa hebben gewacht. Jullie brengen zoveel geluk in ons leven.

Graag wil ik mijn ouders en schoonouders bedanken voor de betrokkenheid bij het schrijven van dit boek. Dank voor het stimuleren (en relativeren). Veel dank voor jullie meeleven.

Mijn grootste dank gaat uit naar God die alles heeft bestuurd en geleid. Zonder Hem had ik dit boek niet kunnen schrijven.

Soli Deo Gloria

ONDER EMBARGO

Verkorte Inhoudsopgave

VOORWOORD V

GEBRUIKTE AFKORTINGEN XVII

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN XIX

1 OPZET EN VERANTWOORDING VAN HET ONDERZOEK 1

1.1 Aanleiding en belang van het onderzoek 1
1.2 Onderzoeksvraag en de deelvragen 4
1.3 Methoden van onderzoek 7
1.4 Opbouw van het boek 12

DEEL I: ALGEMEEN KADER 15

2 DE INHOUD VAN HET MEDEDINGINGSRECHT 17

2.1 Inleiding en opbouw 17
2.2 Verhouding tussen het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht 18
2.3 Het kartelverbod 19
2.4 Het verbod op misbruik van een machtspositie 42
2.5 Overige mededingingsrechtelijke regels 52
2.6 Conclusie 60

3 MEDEDINGINGSRECHT VANUIT ECONOMISCH PERSPECTIEF 61

3.1 Inleiding en opbouw 61
3.2 De economische grondslagen van het mededingingsrecht 62
3.3 De markt 68
3.4 Marktmacht 83
3.5 Verzekeren in het economische verkeer 86
3.6 Conclusie 87

ONDER EMBARGO

4	**ALGEMENE BESCHRIJVING VAN DE ZAKELIJKE VERZEKERINGSMARKT IN NEDERLAND**	89
4.1	Inleiding en opbouw	89
4.2	Historisch perspectief: de geschiedenis van coassurantie	90
4.3	Onderscheid tussen verscheidene risicospreidingsmethoden	97
4.4	De organisatie van de Nederlandse coassurantiemarkt: de marktpartijen	102
4.5	Marktkenmerken	108
4.6	Het buitenland	117
4.7	Conclusie	123
DEEL II	TOEPASSING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT IN DE ZAKELIJKE VERZEKERINGSMARKT	125
5	**SLUITING VAN EEN VERZEKERINGSOVEREENKOMST IN COASSURANTIE**	127
5.1	Inleiding en opbouw	127
5.2	Algemene beschrijving van de totstandkoming van een verzekering in coassurantie	128
5.3	Zelfregulering bij het sluitingsproces bij coassurantie – de Bipar regels	152
5.4	Tussenbalans	157
5.5	Mededingingsrechtelijke beoordeling van premieharmonisatie	158
5.6	Enkele mededingingsrechtelijke aspecten van het biedproces bij coassurantie door aanbesteding	173
5.7	Conclusie	178
6	**SLUITING BIJ POOLS**	179
6.1	Inleiding en opbouw	179
6.2	Algemene beschrijving van de verzekering in pools	180
6.3	Zelfregulering voor intermediaire pools	192
6.4	Beoordeling van pools onder het kartelverbod	195
6.5	Beoordeling van pools onder het verbod op misbruik van een machtspositie	229
6.6	Coöperatieve joint venture	232
6.7	Conclusie	233
7	**STANDAARDPOLISVOORWAARDEN BIJ COASSURANTIE EN POOLS**	235
7.1	Inleiding en opbouw	235
7.2	Het gebruik van standaardpolisvoorwaarden op de coassurantiemarkt	235
7.3	Toetsing van standaardvoorwaarden aan het kartelverbod	243
7.4	Conclusie	268

ONDER EMBARGO

8	**SCHADEREGELING BIJ COASSURANTIE EN POOLS**	271
8.1	Inleiding en opbouw	271
8.2	Algemene beschrijving van het verloop van het schaderegelingsproces bij coassurantie	271
8.3	Standpuntbepaling dekking	278
8.4	De rol van de schade-expert bij het schaderegelingsproces	286
8.5	Verticale samenwerking bij schadeafwikkeling, bespreking van het Allianz-arrest	291
8.6	Conclusie	297
DEEL III	BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAGEN	299
9	**CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN**	301
9.1	Inleiding en opbouw	301
9.2	De opzet van dit onderzoek	301
9.3	Beantwoording van de deelvragen en weergave kernbevindingen	304
9.4	Beantwoording onderzoeksvraag	321
9.5	Beleidsaanbevelingen	322
SAMENVATTING		329
SUMMARY		335
APPENDIX		341
I.	Toelichting verwerking gegevens van het praktijkonderzoek 2018 en de gebruikte vragenlijst	343
II.	Overzicht van alle resultaten van het praktijkonderzoek	361
III.	Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht	379
CURRICULUM VITAE		391

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

Inhoudsopgave

VOORWOORD V

GEBRUIKTE AFKORTINGEN XVII

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN XIX

1 OPZET EN VERANTWOORDING VAN HET ONDERZOEK 1

1.1 Aanleiding en belang van het onderzoek 1
1.2 Onderzoeksvraag en de deelvragen 4
1.2.1 Afbakening en terminologie 4
1.2.2 Onderzoeksvraag en deelvragen 6
1.3 Methoden van onderzoek 7
1.3.1 Gekozen perspectieven 7
1.3.2 Verantwoording van het (praktijk)onderzoek 9
1.4 Opbouw van het boek 12

DEEL I ALGEMEEN KADER 15

2 DE INHOUD VAN HET MEDEDINGINGSRECHT 17

2.1 Inleiding en opbouw 17
2.2 Verhouding tussen het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht 18
2.3 Het kartelverbod 19
2.3.1 Is sprake van een kartel? 19
2.3.1.1 Verschillende vormen van kartelafspraken 21
2.3.1.2 Een beperking van de mededinging? 27
2.3.1.3 Ongunstig effect op de handel tussen de lidstaten 30
2.3.1.4 Tussenconclusie 32
2.3.2 Een kartel, maar toch toegestaan? 32
2.3.2.1 Merkbare mededingingsbeperking of niet? 32
2.3.2.2 De uitzondering van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag 34
2.3.2.3 Groepsvrijstelling van het kartelverbod 39
2.4 Het verbod op misbruik van een machtspositie 42
2.4.1 Inleiding 42
2.4.2 De afbakening van de (relevante) markt 44
2.4.3 Het innemen van een machtspositie 45
2.4.4 Misbruik van een machtspositie 47

ONDER EMBARGO

2.4.5	Uitzonderingen op het verbod op misbruik van een machtpositie	50
2.4.5.1	Artikel 106 van het Werkingsverdrag	50
2.4.5.2	Objectieve noodzakelijkheid	51
2.4.5.3	Competition on the merits	52
2.5	Overige mededingingsrechtelijke regels	52
2.5.1	Het toezicht op concentraties	52
2.5.1.1	Regelgeving en werkingssfeer van het concentratietoezicht	52
2.5.1.2	Procedures en beoordeling onder de Concentratieverordening	55
2.5.2	Verbod op staatsteun	56
2.5.2.1	De vereisten voor het verbod op staatssteun	57
2.5.2.2	Wettelijke uitzonderingen op het verbod op staatssteun	59
2.6	Conclusie	60
3	**MEDEDINGINGSRECHT VANUIT ECONOMISCH PERSPECTIEF**	61
3.1	Inleiding en opbouw	61
3.2	De economische grondslagen van het mededingingsrecht	62
3.2.1	Wat is mededinging?	62
3.2.2	De doelstelling(en) van het mededingingsrecht	63
3.2.3	Economische theorieën en de invloed daarvan op het mededingingsrecht	65
3.2.4	Tussenconclusie	68
3.3	De markt	68
3.3.1	Theoretische marktvormen	68
3.3.1.1	De markt van perfecte concurrentie	69
3.3.1.2	Oligopolistische markten	71
3.3.1.3	Monopolistische markten	72
3.3.1.4	Tussenconclusie: (schematisch) overzicht van de relevante marktfactoren	74
3.3.2	De marktafbakening	75
3.3.2.1	Algemene uitgangspunten voor marktafbakening en een voorbeeld	75
3.3.2.2	Instrumenten van vraag- en aanbodsubstitutie	77
3.3.2.3	Afbakening van de verzekeringsmarkt	79
3.3.2.4	Tussenconclusie: marktafbakening als ‘tool’ voor het vaststellen van marktmacht	83
3.4	Marktmacht	83
3.4.1	Wat is marktmacht?	84
3.4.2	Het bepalen van marktmacht	85
3.5	Verzekeren in het economische verkeer	86
3.6	Conclusie	87
4	**ALGEMENE BESCHRIJVING VAN DE ZAKELIJKE VERZEKERINGSMARKT IN NEDERLAND**	89
4.1	Inleiding en opbouw	89
4.2	Historisch perspectief: de geschiedenis van coassurantie	90
4.2.1	Ontstaan van coassurantie	90
4.2.2	De assurantiebeurs	93

ONDER EMBARGO

4.2.2.1	De beurzen te Rotterdam en Amsterdam	93
4.2.2.2	Assurantiebeurs in het Verenigd Koninkrijk: Lloyds	96
4.2.3	Tussenconclusie	97
4.3	Onderscheid tussen verscheidene risicospreidingsmethoden	97
4.3.1	Coassurantie	98
4.3.2	Herverzekering	99
4.3.3	Verzekering in lagen: 'Layering'	100
4.3.4	Pools	101
4.4	De organisatie van de Nederlandse coassurantiemarkt: de marktpartijen	102
4.4.1	Verzekeraars en hun gevolmachtigden (verticale vormen van samenwerking)	102
4.4.2	De makelaar	104
4.4.3	De vraagzijde van de markt	106
4.4.4	Verenigingsrechtelijke structuren	106
4.5	Marktkenmerken	108
4.5.1	De producten	108
4.5.2	Het aantal aanbieders	109
4.5.3	De marktmacht	110
4.5.4	De aard van het product – productdifferentiatie	115
4.5.5	Toetredingsdrempels	115
4.5.6	De mate van transparantie	116
4.6	Het buitenland	117
4.6.1	Het Verenigd Koninkrijk	117
4.6.2	Duitsland	119
4.6.3	Frankrijk	121
4.6.4	België	122
4.7	Conclusie	123
DEEL II	TOEPASSING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT IN DE ZAKELIJKE VERZEKERINGSMARKT	125
5	**SLUITING VAN EEN VERZEKERINGSOVEREENKOMST IN COASSURANTIE**	127
5.1	Inleiding en opbouw	127
5.2	Algemene beschrijving van de totstandkoming van een verzekering in coassurantie	128
5.2.1	Beschrijving van de onderhandelingsprocedure bij coassurantie	128
5.2.1.1	Verloop van de onderhandelingsprocedure	128
5.2.1.2	De onderhandelingen met een leidende verzekeraar	131
5.2.1.3	Het benaderen van volgverzekeraars	134
5.2.1.4	Tussenconclusie	139
5.2.2	Beschrijving van de aanbestedingsprocedure bij coassurantie	140
5.2.2.1	Verloop van de aanbestedingsprocedure	141
5.2.2.2	De verschillende aanbestedingsprocedures	144
5.2.2.3	Hoe werkt de aanbestedingsprocedure in de praktijk?	147
5.2.2.4	Tussenconclusie	151

ONDER EMBARGO

5.3	Zelfregulering bij het sluitingsproces bij coassurantie – de Bipar regels	152
5.3.1	Aanleiding voor de bestaande zelfregulering	152
5.3.2	De tekst van de Bipar regels	153
5.3.3	Toepassing van de Bipar regels in de praktijk	155
5.4	Tussenbalans	157
5.5	Mededingingsrechtelijke beoordeling van premieharmonisatie	158
5.5.1	Beoordeling onder artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag	158
5.5.1.1	Premieharmonisatie: een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag?	159
5.5.1.2	Premieharmonisatie: de strekking of het gevolg dat de mededinging wordt beperkt?	162
5.5.2	Ruimte onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 Mw.	168
5.5.2.1	Efficiëntievoordelen van premieharmonisatie	168
5.5.2.2	Doorgifte van voordelen aan de klanten?	170
5.5.2.3	Onmisbaarheid van de beperkingen	171
5.5.2.4	Restconcurrentie	172
5.5.2.5	Tussenconclusie	173
5.6	Enkele mededingingsrechtelijke aspecten van het biedproces bij coassurantie door aanbesteding	173
5.6.1	Vormen van samenspanning tussen ondernemingen bij het biedproces door aanbesteding	174
5.6.1.2	Bid rigging/biedkartels	174
5.6.1.3	Prijslenen - Cover pricing	176
5.6.2	Aandachtspunten voor het biedproces bij coassurantie door aanbesteding	177
5.7	Conclusie	178
6	**SLUITING BIJ POOLS**	179
6.1	Inleiding en opbouw	179
6.2	Algemene beschrijving van de verzekering in pools	180
6.2.1	Wat is een pool?	180
6.2.2	Wie vormt de pool? Het onderscheid tussen verzekeraars en intermediaire pools	182
6.2.2.1	(Her)verzekeraarspools	182
6.2.2.2	Intermediaire pools	185
6.3	Zelfregulering voor intermediaire pools	192
6.4	Beoordeling van pools onder het kartelverbod	195
6.4.1	Beoordeling van pools op grond van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 1 Mw.	195
6.4.1.1	De pool(overeenkomst) als vorm van horizontale samenwerking	196
6.4.1.2	Beperking van de mededinging?	201
6.4.1.3	Ongunstige invloed op de handel tussen de lidstaten	219
6.4.1.4	Tussenconclusie	220
6.4.2	Verboden, maar toch toegestaan?	221

ONDER EMBARGO

6.4.2.1	Het belang van de GVO voor de beoordeling van pools onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet	221
6.4.2.2	Toepassing van de vier uitzonderingvoorwaarden op samenwerking in pools	222
6.4.2.3	Tussenconclusie	227
6.5	Beoordeling van pools onder het verbod op misbruik van een machtspositie	229
6.5.1	(Collectieve) machtspositie van pools	229
6.5.2	Type marktgedrag dat als misbruik van een machtspositie wordt gezien	232
6.6	Coöperatieve joint venture	232
6.7	Conclusie	233
7	**STANDAARDPOLISVOORWAARDEN BIJ COASSURANTIE EN POOLS**	235
7.1	Inleiding en opbouw	235
7.2	Het gebruik van standaardpolisvoorwaarden op de coassurantiemarkt	235
7.2.1	Introductie en duiding van de verschillende voorwaarden	235
7.2.2	De verschillende soorten polisvoorwaarden	237
7.2.2.1	Beurspolis en beurscondities	237
7.2.2.2	Makelaarspolis en makelaarsvoorwaarden	238
7.2.2.3	VNAB Modelpolissen	239
7.2.2.5	Maatschappijpolissen	241
7.2.3	De functies van standaardpolissen	242
7.2.4	Tussenconclusie	242
7.3	Toetsing van standaardvoorwaarden aan het kartelverbod	243
7.3.1	Standaardbeurspolissen: een kartel?	244
7.3.1.1	Onderlinge afspraken, afgestemd marktgedrag en/of een besluit van een ondernemersvereniging?	244
7.3.1.2	Verhindering, beperking of vervalsing van de concurrentie?	249
7.3.2	Verboden, maar toch toegestaan?	262
7.3.2.1	Algemeen	262
7.3.2.2	Voorwaarde 1: Efficiëntieverbeteringen	262
7.3.2.3	Voorwaarde 2: Onmisbaarheid	264
7.3.2.4	Voorwaarde 3: Doorgifte aan de klant	266
7.3.2.5	Voorwaarde 4: Geen uitschakeling van de mededinging	267
7.3.3	Uitkomst van toetsing van standaardpolisvoorwaarden aan het kartelverbod	268
7.4	Conclusie	268
8	**SCHADEREGELING BIJ COASSURANTIE EN POOLS**	271
8.1	Inleiding en opbouw	271
8.2	Algemene beschrijving van het verloop van het schaderegelingsproces bij coassurantie	271
8.2.1	Zelfregulering bij de schaderegeling bij coassurantie	271
8.2.2	Bespreking van de verschillende fasen van het schadeproces bij coassurantie	273

ONDER EMBARGO

8.3	Standpuntbepaling dekking	278
8.3.1	Het gebruik (en de juridische duiding) van volgclausules bij coassurantie	278
8.3.2	Mededinging en het gebruik van volgclausules bij coassurantie	281
8.3.2.1	Zijn volgclausules te beschouwen als een afspraak tussen ondernemingen?	282
8.3.3	Tussenconclusie	286
8.4	De rol van de schade-expert bij het schaderegelingsproces	286
8.4.1	Benoeming van een expert bij coassurantie of pools	287
8.4.2	De reikwijdte van de opdracht aan een expert & zelfregulering	288
8.4.3	Mededingingsaspecten van de werkzaamheden van een expert	288
8.5	Verticale samenwerking bij schadeafwikkeling, bespreking van het Allianz-arrest	291
8.6	Conclusie	297
DEEL III	BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAGEN	299
9	**CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN**	301
9.1	Inleiding en opbouw	301
9.2	De opzet van dit onderzoek	301
9.3	Beantwoording van de deelvragen en weergave kernbevindingen	304
9.3.1	Deel I (hoofdstukken 2 tot en met 4)	304
9.3.2	Deel II (hoofdstukken 5 tot en met 8)	311
9.4	Beantwoording onderzoeksvraag	321
9.5	Beleidsaanbevelingen	322
SAMENVATTING		329
SUMMARY		335
APPENDIX		341
I.	Toelichting verwerking gegevens van het praktijkonderzoek 2018 en de gebruikte vragenlijst	343
II.	Overzicht van alle resultaten van het praktijkonderzoek	361
III.	Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht	379
CURRICULUM VITAE		391

ONDER EMBARGO

Gebruikte afkortingen

Verordening 1534/91
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)

Verordening 3932/92
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 gedragin-gen in de verzekeringssector (*PbEG* 1992, L 398)

Verordening 358/2003
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)

Verordening 267/2010
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)

Uitvoeringsverordening 1/2003
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, (*PbEG* 2003, L 1)

Richtsnoeren Horizontalen
Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, (*PbEU* 2011, C 11)

Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag
Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, (*PbEU* 2004, C 101)

Richtsnoeren beïnvloeding van de handel
Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (*PbEU* 2004, C 101)

UNDER EMBARGO

Richtsnoeren handhavingsprioriteiten
Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*PbEU* 2009, C 45)

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

ONDER EMBARGO

Lijst van verkort aangehaalde werken

Vedder & Appeldoorn 2019
H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, *Mededingingsrecht, Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht,* Amsterdam: Europa Law Publishing 2019.

Areeda & Hoovenkamp 2017
P. E. Areeda & H. Hoovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Wolters Kluwer 1978 (Updated September 2017).

***Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019**
J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering,* Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Baarsma e.a. 2008
B. Baarsma e.a*., Information on the Dutch coinsurance market, Reaction to the EC DG Competition sectoral inquiry on business Insurance*, Amsterdam: SEO 2008 (commissioned by the VNAB).

Baarsma 2010
B. Baarsma, *Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: een welvaartseconomisch perspectief* (oratie Amsterdam UvA)*,* Amsterdam: Vossiuspers 2010.

Baarsma & Theeuwes 2012
B. Baarsma & J. Theeuwes, *De afbakening van de relevante markt, is de huidige benadering aan herziening toe?* (Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam: SEO 2002.

Van Barneveld 1966
H. van Barneveld, *Inleiding tot de Algemene Assurantiekennis*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1966.

Van den Bergh & Camesasca 2006
R.J. Van den Bergh & P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective,* London: Sweet & Maxwell 2006.

Besanko & Braeutigam 2011
D. Besanko & R. Braeutigam, *Microeconomics,* Asia: John Wiley & Sons 2011.

ONDER EMBARGO

Bishop & Walker 2018
S. Bishop & M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, Londen: Sweath & Maxwell 2018.

Van Dijke 2013
S.C. van Dijke, 'De overstromingsverzekering in Nederland', in: W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek Privaatrecht* (Serie Jonge Meesters) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Boone e.a. 2011
J. Boone e.a. *Coassurantie vanuit speltheoretisch perspectief* (onderzoeksrapport in opdracht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit). Tilburg: Tilec 2012.

Bonnard 1997
J. Bonnard, *Droit et Pratique des assurances particulieres et entreprises*, Paris: Delmas 1997.

Bothenius Brouwer 1920
A.J. Bothenius Brouwer, *Gedenkboek 200 jarig bestaan der Maatschappij van Assurantie, Discontering en Beleening der Stad Rotterdam, 1720-1920,* Amsterdam: Van Ipenbuuur & van Seldam 1920.

Borgesius 2004
J. Borgesius, 'Mededinging verzekerd, enige opmerkingen over Verordening (EG) nr. 358/2003', in: *Tussen persoon en recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.G.C. Kamphuisen* (serie verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2004.

Borgesius 2006
J. Borgesius, 'Concentratietoezicht op verzekeringsmarkten', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *De Wansink Bundel, van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006.

Breeman 1947
M.M. Breeman, *Lloyd's Londen*, Rotterdam: Uitgeverij Wyt 1947.

Brue & Grant 2007
S.L. Brue & R.R. Grant, *The Evolution of Economic Thought,* Mason (USA): Thomson Reuters 2007.

Clarke 2009
M.A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, London: Lloyds of London press 2009.

Colle 2011
P. Colle, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2011.

Couilbault ea. 2002
F. Couilbault, C. Eliashberg & M. Latrasse, *Les grands principes de l'assurance*, Paris: L'Argus 2002.

ONDER EMBARGO

Davids 1998
K. Davids, 'Zekerheidsregelingen in de scheepvaart en het landtransport, 1500-1800', in: J. van Gerwen & M. H.D. van Leeuwen (red.), *Studies over zekerheids-arrangementen, risico's, risicobestrijding en verzekeringen in Nederland vanaf de Middeleeuwen,* Amsterdam/Den Haag: Nederlands Economisch Historisch Archief, Verbond van Verzekeraars 1998.

Davids e.a. 2016
K. Davids e.a, *Zekere zaken, mijlpalen uit de geschiedenis van de coassurantie-markt.* Rotterdam: VNAB 2016.

Devroe 2011
W. Devroe, 'Verzekering en mededinging', in: C. van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen, liber amicorum Herman Cousy,* Antwerpen: Intersentia 2011.

Van Deursen 2013
A. Th. Van Deursen, *De last van veel geluk, geschiedenis van Nederland (1555-1702)*, Amsterdam: Prometheus 2013.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2018
G. van Dijck, M. Snel & T. van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: BJU 2018.

Dijkstra, Ongena & Loosveldt 2014
W. Dijkstra, Y. Ongena & G. Loosveldt, *Onderzoek doen met vragenlijsten: Een praktische handleiding*. Amsterdam: VU University Press 2014.

Dorhout Mees 1967
T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Elink Schuurman 1917
W.A.H. Elink Schuurman, *Korte aanteekeningen betreffende verzekering in de dagen der Republiek,* in: *Economisch Historisch Jaarboek* 1917, deel 3.

Enschedé 1886
H.J.J.D. Enschedé, *De hoofdbeginselen van het zee-assurantierecht historisch toegelicht* (diss. UvA) *1886.*

EY 2014
Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market, (edition July 2014), Brussel: European Commission 2014.

Europe Economics 2016a
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) Brussel: European Commission 2016.

ONDER EMBARGO

Europe Economics 2016b
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) Brussel: European Commission 2016.

Evers 2015
J. Evers, *Kwalitatief interviewen, Kunst én Kunde*, Amsterdam: Boom Lemma Uitgevers 2015.

Faull & Nikpay 2014
J. Faull & A. Nikpay (ed), *The EU Law of Competition*, Oxford: OUP 2014.

Feteira 2016
L.T. Feteira, *The interplay between European and National Competition Law after Regulation 1/2003, 'United (Should) We Stand?'* (International Competition Law Series volume 64), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016.

Fitzsimmons 1994
Fitzsimmons, *Insurance Competition Law, a Handbook tot the Competition law of the European Union and the European Economic Area* (European Business Law & Practice Series), Graham & Trotman 1994.

Fontaine 2017
M. Fontaine, *Verzekeringsrecht (in het Nederlands vertaald door K. Bernauw),* Brussel: de Boeck & Larcier 2017.

Fox & Gerard 2017
E.M. Fox & D. Gerard, *EU Competition Law, Cases, Texts and Context,* Cheltenham: Edward Elgar 2017.

Franken & Meijer 2017
A.Ch.H. Franken & S.Y.Th. Meijer, 'De schaderegeling', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming & Recht 67) Deventer: Kluwer 2017.

Gaastra 2009
Femme S. Gaastra, *Geschiedenis van de VOC,* Zutphen: Walburg Pers 2009.

Gales 1986
B.P.A. Gales, *Werken aan zekerheid, een terugblik over de schouder van AEGON op twee eeuwen verzekeringsgeschiedenis,* Leeuwarden: De Handelsdrukkerij 1986.

Gerrets 2004
R. Gerrets, 'Het kartelverbod op de Nederlandse co-assurantiemarkt, enkele bespiegelingen over de mededingingsrechtelijke positie van de co-assurantieverzekeraar', in: P.J.M. Drion e.a. (red.) *Tussen persoon en recht*, *Afscheidsbundel prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004.

ONDER EMBARGO

Goudsmit 1882
M. Th. Goudsmit, *Geschiedenis van het Nederlansche Zeerecht'*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1882.

Van de Gronden 2017
J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland,* Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

De Groote 1975
Henry L.V. De Groote, 'De zeeassurantie te Antwerpen en te Brugge in de zestiende eeuw', Antwerpen: Marine Academy v.z.w. 1975.

Den Heijer 2002
H. den Heijer, *De VOC en de Beurs, de Verenigde Oost-Indische Compagnie als grondlegger van de eerste aandelenbeurs,* Amsterdam: Euronext N.V 2002.

Henley 2004
C. Henley, *The law of Insurance Broking,* London: Sweet & Maxwell 2004.

Hildebrand 2016
D. Hildebrand, *The role of economic analysis in EU Competition Law, the European School,* (International Competition Law Series volume 39), Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016.

Hondius 1978
E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden, Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraksbedingen en overheidstoezicht daarop* (diss. Leiden)*,* Deventer: Kluwer 1978.

IJzerman & den Dooren de Jong 1930
J.W. IJzerman en E.L.G. den Dooren de Jong, 'De oudst bekende Hollandsche zee-assurantiepolis', *Economisch-Historisch Jaarboek,* XVI (1930).

Israel 2008
J.I. Israel, *De Republiek, 1477-1806*, Zwolle: Van Wijnen 2008.

Jacobs 2008
B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid,* Amsterdam: Bert Bakker 2008.

Jolles 1867
A.J.E. Jolles, *Bijdrage tot de kennis van de ontwikkeling van de zeeassurantie in de Vereenigde Nederlanden* (diss. Leiden) 1867.

Jones & Sufrin 2016
A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law (Text, Cases and Materials),* Oxford: OUP 2016.

De Jong 2016
C.J. de Jong, 'De gevolmachtigd agent', in: S.Y.Th. Meijer e.a. (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector (VR 6),* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

ONDER EMBARGO

Kamphuisen 2006
J.G.C. Kamphuisen, 'Hans Catz in de Rotterdamse verzekeringsmarkt', in: J.G.C. Kamphuisen, R.A. Salomons & J.H. Wansink (red.), *Hans Catz, Trouwe makelaar ter beurze,* Rotterdam: Hudig-Langeveldt Stichting 2006.

Koch 2018
R. Koch, *Insurance Law in Germany*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.

Leliveld 2017
M. Leliveld, 'Voorwaarden ter beurze', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.) *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk,* Deventer: Kluwer 2017.

Lindenbergh 2006
S.D. Lindenbergh, 'Kosten bij verhaal krachtens subrogatie', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *De Wansink Bundel, van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006.

Lista 2013
A. Lista, *EU Competition Law and the financial services sector*, Lloyds Commercial Law Library: Informa Law from Routledge 2013.

Londonck Sluijk 2017
J.B. Londonck Sluijk, 'De verzekeraar: risicodragers ter beurze, internationale programma's en masterpolicies', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming & Recht 67) Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Martin 1876
Frederick Martin, *History of Lloyd's and of Marine Insurance in Great Britain,* London: MacMillan and co 1876.

Meijer, Van Tiggele-van der Velde, Vloemans & Wansink 2016
S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans & J.H. Wansink (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector* (Recht & Praktijk nr. VR6), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Merkin 2013
R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance, second supplement to the ninth edition*, London: Sweet & Maxwell 2013.

Mok 2004
M.R. Mok, *Kartelrecht I, Nederland de Mededingingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

Nolst Trenité 1928
J.G.L. Nolst Trenité, *Zeeverzekering,* Haarlem: De Erven F. Bohn 1928.

Ottervanger 1994
T.R. Ottervanger, 'Mededingingsrecht en de verzekeringssector', in: *Verzekering en Europa (Preadvies VvVW)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

ONDER EMBARGO

Ottervanger 2010
T.R. Ottervanger, *Maatschappelijk verantwoord concurreren: mededingingsrecht in een veranderende wereld* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2010.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009
E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. Nouhuys, *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht,* Den Haag: SDU Uitgevers 2009.

Posner 1976
R.A. Posner, *Antitrust Law, an Economic Perspective,* Chicago: The University of Chicago Press 1976.

Rauh 2013
J.O. Rauh, *Versicherungsverbände und Kartellrecht: - eine wettbewerbspolitische Untersuchung der GVO Nr. 267/2010*, VVW 2013.

Reatz 1870
D.F. Reatz, *Geschichte des Europäischen Seeversicherungsrechts,* Leipzig 1870.

Roijers & Hoogendoorn 2017
G.M. Roijers & J.H.A. Hoogendoorn, 'Het vergroten van de mogelijkheden met herverzekeringen', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming & Recht 67) Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Sauveplanne 1949
J.G. Sauveplanne, *Luchtvaartverzekering,* Leiden: Nederlandse Uitgeversmaatschappij N.V. 1949.

Schaloske 2013
H. Schaloske, *Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung für die Praxis der offenen Mitversicherung*. Hamburg: Veröffentlichungen der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens 2013, Band 40.

Scheepers, Tobi & Boeije 2016
P. Scheepers, H. Tobi & H. Boeije, *Onderzoeksmethoden*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2016.

Scheltema/Mijnssen 1978
H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnssen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht, Deel 4a,* Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink, 1978.

Schuermans & Van Schoubroeck 2015
L. Schuermans & C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015.

Slot & Swaak 2012
P.J. Slot & Chr. Swaak, *Inleiding Mededingingsrecht,* Den Haag: BJU 2012.

ONDER EMBARGO

Stancke 2011
H.J. Bunte & F. Stanke, *Leitfaden Versicherungskartellrecht;* Verlag Versicherungswirtschaft 2011.

Smith 1776
A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Edited by Edwin Cannan),* London: Methuen & Co. 1904.

Soeteman 2016
P.L. Soeteman, 'De dienstverlening van een makelaar ter beurze', in: S.Y.T. Meijer e.a. (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector (Recht en Praktijk nr. VR6),* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Soeteman 2017
P.L. Soeteman, 'Mededinging en coassurantie: een overzicht', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming en Recht: deel 67), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Suermondt 2006
L.A.E. Suermondt, 'De assurantiebeurs te Rotterdam – zoals die was in de tijd van Hans Catz (gezien door de ogen van een assuradeur)', in: J.G.C. Kamphuisen e.a. (red), *Hans Catz, Trouwe makelaar ter beurze,* Rotterdam: Hudig-Langeveldt Stichting 2006.

Taekema 2011
H.S. Taekema, 'Relative Autonomy: A Characterisation of the Discipline of Law', in: B. van Klink & S. Taekema (red.), *Law and Method. On Interdisciplinary Research into Law* (pp. 33-52). Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Thunissen 2015
R. v. Thunissen, *Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Musterversicherungsbedingungen***,** Von Raphaela Thunnissen (Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2015, 400 S., kart., DIN A5.

Verloren van Themaat & Reuder 2018
W. Verloren van Themaat & B. Reuder, *European Competition Law, A Case Commentary*, Cheltenham: EE 2018.

Van Tiggele-van der Velde 2008
N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (dissertatie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008.

Tirole 1988
J. Tirole, *The theory of Industrial Organization,* Cambridge: Mitt Press 1988.

Van Velzen 2017
D. van Velzen, 'Verzekering ter beurze, wat, hoe en waarom?', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a (red.), *Verzekering ter beurze, coassurantie in theorie en praktijk* (Serie Onderneming & Recht 67), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

ONDER EMBARGO

Vergouwen 1945
J.P. Vergouwen, *De geschiedenis der makelaardij in assurantiën hier te lande tot 1813,* 's-Gravenhage: Zuid Hollandse Uitgevers Mij 1945.

Vriesendorp – van Seumeren 2002
R.M. Vriesendorp – van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Wansink 2008
J.H. Wansink, 'Het schaderegelingsproces in verzekeringsrechtelijke verhoudingen. De spelers en hun spelregels', in: G.G. Hesen, S.D. Lindenbergh & G.E. van Maanen, *Schadevaststelling en de rol van de deskundige (Recht en Praktijk nr. 164)*, Deventer: Kluwer 2008.

Wansink 2009
J.H. Wansink, Zwijgen over verzwijging. Een leemte in de wet ten spijt, BW-krant Jaarboek, 25, p. 209-223.

Westermann 1967
F.A.C. Westermann, *Brandverzekering*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1967.

Wiederholt 2016
J. Wiederholt, *Die kartellrechtliche Beurteilung der Zusammenarbeit von Versicherungsunternehmen bei gemeinsamen Erhebungen, Tabellen und Studien unter Geltung der VO (EU) 267/2010 nach europäischem Kartellrecht*, Frankfurter Reihe - Versicherungswissenschaften an der Universität Frankfurt am Main, Band 32. 2016.

Whish & Bailey 2018
R. Whish & D. Bailey, *Competition Law,* Oxford: OUP 2018.

Wright & Fayle 1928
Charles Wright & G. Ernest Fayle, *A history of Lloyds, from the founding of Lloyd's coffee house to the present day,* London: MacMillan and co 1928.

Van Wulfften Palthe 1949
A.A.W. van Wulfften Palthe, *Voorlezingen over Zee-Assurantie,* Rotterdam: Uitgeverij Wyt 1949.

Zenger & Walker 2012
H. Zenger & M. Walker, 'Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report' in: J. Bourgeois & D. Waelbrock (ed), *Ten Years of Effects-based Approach in EU Competition Law,* Bruylant 2012.

Zippro 2008
E.J. Zippro, Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Zweifel & Reisen 2012
P. Zweifel & J. Reisen, *Insurance Economics*, Berlin: Springer 2012.

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

1 Opzet en verantwoording van het onderzoek

1.1 Aanleiding en belang van het onderzoek

Het mededingingsrecht is een rechtsgebied dat de afgelopen jaren steeds vaker in de belangstelling staat. Die belangstelling kan in verband worden gebracht met de grote(re) invloed van het Europese recht op het nationale recht, de opkomst van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (collectieve acties) alsmede de belangrijke politiek-economische rol van het mededingingsbeleid. Vooral in Europa haalt het mededingingsrecht met regelmaat het nieuws. Illustratief zijn het truckkartel en de spraakmakende Google-zaak. Het truckkartel zag kort gezegd op een aantal vrachtwagenbouwers die over een langere periode in het geheim afspraken maakten over onder andere de prijzen van vrachtwagens en de invoering van nieuwe emissienormen. Op die manier beperkten zij de concurrentie en handelden zij in strijd met het kartelverbod. De Europese Commissie legde daarom flinke boetes op.[1] Een ander voorbeeld van de invloed van het mededingingsrecht is de Google zaak. Bij Google was sprake van een inbreuk op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De inbreuk bestond eruit dat Google haar eigen prijsvergelijkingsdienst (Google search) een prominentere plaats en een betere weergave had gegeven dan concurrerende prijsvergelijkingsdiensten.[2] Voorbeelden die duidelijk maken dat het mededingingsrecht een belangrijke rol heeft in de huidige samenleving. Ook het alledaagse bedrijfsleven kan worden geconfronteerd met mededingingsrechtelijke vraagstukken zoals een (voorgenomen) samenwerking met een concurrerende onderneming of een te sluiten distributieovereenkomst ten behoeve van de verkoop van goederen of diensten.

In het mededingingsrecht gaat het kort gezegd om de bescherming van de mededinging of de concurrentie op markten. Met dat doel bevat het mededingingsrecht in de kern de norm dat de concurrentie op markten niet vervalst of beperkt mag worden. Als uitgangspunt geldt dat ondernemingen hun markgedrag onafhankelijk van elkaar moeten bepalen, en geen afspraken mogen maken die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de concurrentie wordt beperkt. Dit is wettelijk verankerd in het kartelverbod dat is neergelegd in artikel 101 van het

ONDER EMBARGO

1 Zie het besluit van de Commissie van 19 juli 2016 inzake een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak AT.39824 — Vrachtwagens), *PbEU* 2017 C/108/05.

2 Zie het besluit van de Commissie van 27 juni 2017 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (Zaak AT.39740 — Google Search (Shopping)) *PbEU* 2018 C/9/08.

Werkingsverdrag van de Europese Unie (hierna: het Werkingsverdrag) en artikel 6 van de Nederlandse Mededingingswet (hierna: Mededingingswet). Wanneer ondernemingen in strijd met de mededingingsregels handelen, kunnen door de bevoegde mededingingsautoriteiten – de Europese Commissie en/of de Autoriteit Consument & Markt (ACM) – forse boetes worden opgelegd.

Ook in de verzekeringssector heeft het mededingingsrecht gelding. Juist in deze sector, waar samenwerking vanouds een belangrijke rol speelt, kan spanning ontstaan met het mededingingsrecht. Samenwerking doet zich bijvoorbeeld voor bij de verzekering van grote commerciële risico's in coassurantie (dat wil zeggen dat meerdere verzekeraars met elkaar één risico verzekeren) of bij de uitwisseling van statistische informatie die wordt gebruikt om (betrouwbare) risico-inschattingen te maken. Ook bij de opstelling van standaardpolisvoorwaarden of de afwikkeling van schades is samenwerking te bespeuren. Makelaars en verzekeraars binnen de zakelijke verzekeringsmarkt (of: coassurantiemarkt) kennen elkaar en hun branche kenmerkt zich door een eigen wereld met eigen gewoonten en afspraken. Afspraken worden bijvoorbeeld gemaakt op het terrein van de zogenoemde makelaarspools: pools die met name in de zakelijke verzekeringsmarkt door makelaars worden gevormd om op eenvoudige wijze – zonder dat ieder klein risico op individueel niveau uit onderhandeld hoeft te worden – risico's onder te brengen. Op het moment dat een risico binnen de omschrijving van een pool valt, verloopt de acceptatie efficiënt om de eenvoudige reden dat de onderhandeling over de voorwaarden van de pool al heeft plaatsgevonden (namelijk één keer per jaar, in de collectiviteit van de makelaarspool). Afspraken worden (dus) gemaakt, maar het is de vraag of deze afspraken geoorloofd zijn.

Dat verzekering in coassurantie spanning kan geven met het mededingingsrecht werd onder meer duidelijk in het onderzoek dat door de Europese Commissie in 2005 werd ingesteld naar de mededinging in de zakelijke verzekeringsmarkt.[3] Als reden voor dit onderzoek werd genoemd dat:

> 'in certain areas of insurance to business, insurers associations and committees jointly set standard policy conditions, offering only limited possibilities for the demand side to negotiate terms of coverage or otherwise restricting competition. Distortive forms of cooperation may also take place within the framework of insurers' associations and in the context of coinsurance arrangements between insurers. Similarly, certain arrangements for distribution of insurance products and services to business may give rise to competition concerns.'

Het vermoeden bestond dus dat in de zakelijke verzekeringsmarkt de mededinging mogelijk beperkt wordt door samenwerking op het gebied van standaardpolisvoorwaarden, coassurantieovereenkomsten en/of de distributie van verzekeringen. Uit het onderzoek kwam naar voren dat door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (méér) aandacht dient te worden besteed aan bepaalde marktpraktijken in de zakelijke verzekeringsmarkt. Zo werd de

3 Commission decision van 13/06/2005 initiating an inquiry into the business insurance sector pursuant to article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003. http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/decision_insurance_en.pdf

ONDER EMBARGO

aandacht gevestigd op de marktpraktijk waarbij de prijs/premie van een marktleider door (her)verzekeraars wordt gevolgd, en gevallen waarin een wijdverbreid gebruik van langetermijncontracten tot cumulatieve marktafscherming kan leiden en indicaties van mogelijk marktfalen op het gebied van verzekeringsbemiddeling.[4] Zoals te verwachten was, veroorzaakte dit onderzoek van de Europese Commissie de nodige onrust in de Nederlandse zakelijke verzekeringssector en dat had tot gevolg dat het economisch onderzoeksinstituut Sociaal Economisch Onderzoek (SEO) in opdracht van de Vereniging Nederlandse Assurantiebeurs (VNAB), de brancheorganisatie voor de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland, een rapport uitbracht over mededinging op die markt.[5] Daarin werd geconcludeerd dat de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt juist efficiënt en competitief is, wat met name het gevolg is van de belangrijke mededingings-bevorderende rol die de makelaar heeft. In navolging van de Europese kartelwaakhond heeft ook de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, thans: ACM) de mededinging op de zakelijke verzekeringsmarkt onder de loep genomen. Daaruit bleek dat er onder meer mededingingseconomische risico's bestonden vanwege vergaande samenwerking tussen verzekeraars en intensieve contacten tussen verzekeraars en makelaars.[6] In de ogen van de NMa was daarom blijvend mededingingstoezicht gewenst. Het spanningsveld is voelbaar.

Dat geldt evenzeer ten aanzien van de ontwikkelingen op het terrein van de vrijstelling van samenwerking van het kartelverbod. Jarenlang heeft er – specifiek voor de verzekeringssector – een zogenaamde groepsvrijstellingsverordening bestaan. In deze groepsvrijstellingsverordening werd een bijzondere vrijstelling gegeven van het kartelverbod voor bepaalde vormen van samenwerking in de verzekeringssector. Onder meer informatie-uitwisseling tussen verzekeraars en het gemeenschappelijk verzekeren van risico's in pools werd bij verordening onder voorwaarden vrijgesteld van het kartelverbod. In maart 2017 is, ondanks tegenwerpingen vanuit de verzekeringssector, door de Europese Commissie besloten om de verordening niet te verlengen. Dit is een belangrijke gebeurtenis omdat het gevolg is dat voortaan alle vormen van samenwerking tussen (her-) verzekeraars en/of assurantietussenpersonen moeten worden beoordeeld op grond van de algemene regels met betrekking tot het kartelverbod en dat niet meer kan worden teruggevallen op 'de veilige haven' die de groepsvrijstelling voorheen bood voor bepaalde vormen van samenwerking.

De bovengenoemde gebeurtenissen vormden de aanleiding om over het onderwerp 'mededinging en verzekering' een proefschrift te schrijven.[7] In dit boek onderzoek en analyseer ik (dus) mededingingsvraagstukken in de (zakelijke) verzekeringssector. Dat is in een aantal opzichten vernieuwend. In de eerste

ONDER EMBARGO

4 COM(2007) 556 definitief, mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Sectoraal onderzoek overeenkomstig artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de mededingingssituatie in de sector zakelijke verzekeringen (Eindverslag) {SEC(2007) 1231}, rn. 37.
5 Baarsma e.a. 2008.
6 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, hoofdstuk 7, p. 85-96.
7 Ik vermeld daarbij dat het promotieonderzoek is gefinancierd door de Stichting Assurantiebeurs Amsterdam.

plaats is er nog geen proefschrift over dit onderwerp verschenen en is de (buitenlandse) literatuur op dit onderzoeksterrein vrij schaars.[8] Daarnaast is dit boek van meerwaarde omdat het niet alleen het onderwerp grondig in kaart brengt, maar daarbij ook gebruikmaakt van zowel een juridisch als een economisch perspectief.[9] De keuze om economische literatuur in het onderzoek te betrekken vloeit voort uit het feit mededinging een economisch verschijnsel is. Economische begrippen en theorievorming spelen daarom in het mededingingsrecht een belangrijke rol. Daar komt bij dat het mededingingsrecht op een economische wijze wordt benaderd.[10] Dat houdt in dat de gevolgen van bepaald marktgedrag op de mededinging (*effect based*-benadering) in aanmerking worden genomen bij een toets aan een inbreuk op het mededingingsrecht.[11] Naast deze economische bouwsteen bevat het onderzoek ook een empirisch gedeelte. Om te weten te komen hoe coassurantie werkt en hoezeer bepaalde onderzoeksbevindingen gelden voor de Nederlandse markt *('reality check'*) is empirisch onderzoek gedaan. Dit empirische onderzoek, dat is verricht in de vorm van een enquête, legt een verbinding tussen theorie en praktijk. Ik zal in paragraaf 1.3 uitgebreider de gekozen onderzoeksmethoden bespreken en een verantwoording daarvan geven. Eerst zet ik in paragraaf 1.2 de onderzoeksvraag en de deelvragen van het onderzoek uiteen.

1.2 Onderzoeksvraag en de deelvragen

1.2.1 Afbakening en terminologie

Het hiervoor geïntroduceerde onderzoeksthema dat in dit boek centraal staat, is 'mededinging en verzekering'. Omdat dit thema in zichzelf (te) omvangrijk is, is ervoor gekozen het onderwerp op een aantal manieren af te bakenen.

In de eerste plaats is het onderwerp afgebakend doordat ervoor is gekozen om niet de toepassing van het gehele mededingingsrecht te onderzoeken, maar de focus te leggen bij het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De reden daarvoor is dat samenwerking in de verzekeringssector een sleutelelement is, waardoor de meeste vragen en onduidelijkheden bestaan bij de toepassing van het kartel- en misbruikverbod. Minder aandacht gaat daarom

ONDER EMBARGO

8 Door meerdere auteurs is wel enige aandacht geschonken aan de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Zie bijvoorbeeld Ottervanger 1994, p. 73-86; Borgesius 2004, p. 1-16; Gerrets 2004, p. 95-105; Soeteman 2017, p. 185-228; S.J. Beeston & N.M. Korstenbroek, 'Samenwerking in de verzekeringssector: wel of niet toegestaan?', *TAV* 2015/53, p. 27-32 alsmede F. Stancke & 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; Edward B. Batchelor & Jan Kresken, 'Insurance Block Exemption Regulation: EU Commission challenges Statistics and Co-(Re)Insurance Exemptions', *ECLR* 2016 vol. 37, No. 7, p. 261. Voor Duitsland, zie onder meer Schaloske 2013, p. 1-120.

9 Ik licht deze keuze in paragraaf 1.3 van dit hoofdstuk verder toe maar teken hier alvast aan dat het juridische perspectief overheersend (dominant) is ten opzichte van het economische perspectief. Het boek bevat een juridische studie waarbij argumenten zijn ontleend aan economische literatuur.

10 Zie over de economische benadering van het mededingingsrecht, Jones & Sufrin 2016, p. 37-38; Fox & Gerard 2017, p. 13 en Hildebrand 2016, p. 5.

11 Zie over de economische benadering van het mededingingsrecht, Jones & Sufrin 2016, p. 37-38; Fox & Gerard 2017, p. 13 en Hildebrand 2016, p. 5.

uit naar de mededingingsregels met betrekking tot het toezicht op voorgenomen fusies en overnames, en het verbod op staatsteun.

Een tweede afbakening van het onderwerp is de keuze om mededingingsvraagstukken te beperken tot de context van de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland. Deze markt wordt in de literatuur en in de praktijk vaak aangeduid met de benaming 'coassurantiemarkt'.[12] Juist omdat de risico's die op deze markt worden ondergebracht vaak te groot of complex zijn om door één verzekeraar te kunnen worden gedragen, komt het verschijnsel van coassurantie in beeld. Ook poolconstructies – in wezen een bepaalde vorm van coassurantie – spelen, althans in Nederland, een belangrijke rol. Teneinde een goed begrip van de materie mogelijk te maken zal ik deze twee begrippen hier definiëren.

Coassurantie, ook wel aangeduid als medeverzekering, is een vorm van risicospreiding die gebaseerd is op het als verzekeraar dragen van (niet meer dan) een deel van een risico.[13] De tussenpersoon – binnen de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt is dat de (beurs)makelaar – brengt het (groot) zakelijk risico dat de klant wil verzekeren onder bij een aantal verzekeraars die ieder voor een deel tekenen.[14] Coassurantie is daarmee een verzekeringstechniek die wordt aangewend om risico's te verzekeren die te groot of te complex zijn om geheel door één verzekeringsmaatschappij gedragen te kunnen worden. De verzekering in coassurantie vindt in de praktijk gewoonlijk plaats op de zakelijke verzekeringsmarkt. Het hoeft als gezegd niet altijd zo te zijn dat risico's op deze markt door middel van coassurantie worden verzekerd. Een risico kan ook voor 100 procent door één verzekeraar worden gedragen. Ook kan het voorkomen dat verzekeringen buiten de assurantiebeurs om via een makelaar, assurantietussenpersoon of gevolmachtigde, al dan niet door middel van een aanbesteding, in coassurantie worden verzekerd. In de regel worden de risico's in coassurantie echter via de assurantiebeurs verzekerd.

Een tweede begrip dat goed is om op deze plaats te definiëren, is het begrip *pools*. In een pool worden risico's door een groep verzekeraars (her)verzekerd tegen vooraf besproken voorwaarden. Het gaat dus om een samenwerkingsverband van verzekeraars voor het verzekeren van een bepaalde categorie risico's. Zo kan een pool worden gevormd voor de verzekering van de schade als gevolg van een terroristische aanslag. Te denken valt ook aan een pool die wordt opgericht voor de verzekering van (toekomstige) schade als gevolg van klimaatverandering. In een pool wordt afgesproken dat ieder van de in een pool deelnemende verzekeraars (de poolleden) een gedeelte van het in de pool te (her)verzekeren risico op zich neemt. Daarmee is in de kern sprake van een vorm van coassurantie. Het verschil

ONDER EMBARGO

12 Zie bijvoorbeeld Van Velzen 2017, p. 32. In dit boek gebruik ik zowel de aanduiding 'coassurantiemarkt' als 'zakelijke verzekeringsmarkt'. Ik bedoel daarmee geen verschillende markten.

13 Een andere schrijfwijze voor coassurantie is co-assurantie. Beiden worden gehanteerd in de literatuur. Ik kies in dit boek voor de schrijfwijze coassurantie.

14 Een makelaar die risico's op de beurs onderbrengt, wordt in de literatuur ook beursmakelaar genoemd. Zie bijvoorbeeld Van Velzen 2017, p. 14; *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2019/118 en Kamphuisen, *Het Verzekerings-Archief* 1990, p. 269. Ik gebruik in dit boek de term 'makelaar' voor de tussenpersoon die in opdracht van de verzekeringnemer een risico op de beurs, al dan niet in coassurantie, onderbrengt.

met coassurantie is dat een pool wordt opgezet om zelfstandig deel te nemen aan het economische verkeer terwijl de samenwerking bij coassurantie anders een ad hoc-karakter heeft.

Zowel coassurantie als pooling wordt dus gebruikt om grote, dikwijls moeilijk te voorspellen, risico's te verzekeren. Het gaat daarmee voornamelijk om schadeverzekeringen. Dat betekent dat levensverzekeringen buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Ook mededinging in de zorgverzekeringsmarkt valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Dat onderwerp rechtvaardigt een afzonderlijke studie. Tenslotte heb ik mij in dit onderzoek in beginsel beperkt tot mededingingsrechtelijke vraagstukken die spelen op de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt. Daarmee is de Europese en internationale dimensie niet uit het oog verloren. Risico's die in coassurantie of pools worden verzekerd zijn vaak grensoverschrijdend en er kunnen daarom verzekeraars uit meerdere landen bij betrokken zijn.

Het bovenstaande laat zien dat het thema 'mededinging en verzekering' op verschillende manieren is afgebakend en verduidelijkt. Dat brengt mij tot de bespreking van de onderzoeksvraag die in dit boek centraal staat. Ik licht deze in de volgende paragraaf toe.

1.2.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Uit het voorgaande volgt dat de verzekering in coassurantie of via pools is gebaseerd op samenwerking terwijl het mededingingsrecht uitgaat van concurrentie. Samenwerking staat lijnrecht tegenover concurrentie. Dat roept de (logische) vraag op hoe coassurantie en het mededingingsrecht zich tot elkaar verhouden en welke spanning tussen beide 'werelden' bestaat. Om dat in kaart te brengen, is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Hoe verhoudt de verzekering in coassurantie of via pools zich tot de inhoud van het mededingingsrecht?

Met het oog op de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat is de kern van het mededingingsrecht?
2. Welke rol spelen economische factoren bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector?
3. Wat is coassurantie, wat is de verzekering in pools en hoe werken zij in de Nederlandse praktijk?
4. Op welke punten geeft de verzekering in coassurantie of via pools spanning met het mededingingsrecht?
   - 4.1. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie of in pools?
   - 4.2. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of in pools?
   - 4.3. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij de schaderegeling bij coassurantie of in pools?
5. Hoe kan worden omgegaan met de spanning tussen coassurantie, pools en het mededingingsrecht?

ONDER EMBARGO

De centrale onderzoeksvraag stelt mij in staat om te onderzoeken hoe het mededingingsrecht staat tegenover de verschillende vormen van samenwerking in de zakelijke verzekeringsmarkt. Daarbij is de uitleg die door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie wordt gegeven aan het mededingingsrecht, als toetsingsmaatstaf gebruikt.

Ik zal in paragraaf 1.4 aan de hand van de deelvragen de opbouw van het boek uiteenzetten. Eerst licht ik in de volgende paragraaf toe welke onderzoeksmethoden ik heb gebruikt om de hierboven gestelde vragen te kunnen beantwoorden.

1.3 Methoden van onderzoek

1.3.1 Gekozen perspectieven

Het onderzoek is vooral beschrijvend van aard.[15] Er wordt een beschrijving gegeven van het mededingingsrecht en (fundamentele) werkwijzen in de verzekeringswereld. Kort gezegd wordt in kaart gebracht hoe de verzekeringsmarkt functioneert, en wordt daarop het mededingingsrecht betrokken. Bij de vraag hoe beiden 'werelden' zich tot elkaar verhouden is ervoor gekozen de status quo van de inhoud van het mededingingsregels, zoals naar voren komt in de Europese beschikkingspraktijk en diverse richtsnoeren van de Europese Commissie als uitgangspunt te nemen. De vraag welke doelen het mededingingsrecht dient, bijvoorbeeld het bereiken van de consumentenwelvaart of de totale welvaart, wordt daarmee in dit boek niet ter discussie gesteld.

Om de onderzoeksvragen goed te kunnen beantwoorden is gekozen voor verschillende onderzoeksmethoden. In de eerste plaats is klassiek juridisch onderzoek verricht.[16] Dit gedeelte van het onderzoek bestaat uit het raadplegen van de relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur op het terrein van het mededingingsrecht. Arresten van het Europese Hof van Justitie (dat bestaat uit het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Gerecht van Eerste Aanleg) zijn geraadpleegd om de geldende uitleg van de mededingingsregels te onderzoeken. Ook is de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie onderzocht. Het klassieke juridische onderzoek bevat dus de systematisering van de rechtsregels die op het terrein van mededinging gelden. Het doel daarvan is om een beoordelingskader op te stellen voor het onderzoek naar de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringssector. Bovendien stelt het mij in staat om antwoord te geven op de (tweede) deelvraag: wat is de kern van het mededingingsrecht?

ONDER EMBARGO

15 Er is niet gekozen voor een meer normatieve insteek, bijvoorbeeld door de vraag te stellen hoe de verzekering in coassurantie of pools zich zou moeten verhouden tot het mededingingsrecht. Een dergelijke onderzoeksvraag vergt een andere onderzoeksopzet/beoordelingskader. Het onderhavige onderzoek was erop gericht in kaart te brengen hoe de verzekeringsmarkt functioneert en op welke punten spanning bestaat met het mededingingsrecht.

16 Zie (uitvoerig) over het doen van klassiek juridisch onderzoek (ook wel juridisch-dogmatisch onderzoek genaamd), Taekema 2011, p. 33 en Van Dijck, Snel & Van Golen 2018, p. 84 (die – liever – spreken over een juridisch-dogmatisch onderzoeksdesign).

Hoewel het dominante perspectief in het onderzoek juridisch is, kent het onderzoek tevens een sterke economische component. Zoals gezegd is het mededingingsrecht een domein dat grenst aan of zelfs overlapt met de economische wetenschap (met name markteconomie, industriële organisatie, micro- en macro-economie). Vanwege deze nauwe samenhang tussen recht en economie heb ik in hoofdstuk drie van dit boek de economische factoren in kaart gebracht die bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector een rol spelen. Methodologisch is de economische discipline gebruikt als een hulpwetenschap.[17] Dat betekent dat informatie uit de economische discipline noodzakelijk was om het onderzoek goed te kunnen uitvoeren, omdat juridische vragen omtrent mededinging niet los kunnen worden gezien van de economische realiteit.[18] Het was (dus) noodzakelijk om me te bedienen van economische inzichten teneinde de juridische vragen goed (en in de juiste context) te kunnen beantwoorden. Het onderhavige onderzoek is niet opgezet als een rechtseconomisch onderzoek; inzichten uit de rechtseconomie zijn wel ter inspiratie gebruikt.

De EU-dimensie is op dit vlak onontkoombaar omdat de toepasselijke rechtsregels niet van nationale origine zijn. Dat maakt dat het onderzoek ook een Europeesrechtelijk perspectief kent. Voor een beschrijving van het mededingingsrecht is aangehaakt bij de inhoud van het Europese mededingingsrecht dat, voor wat betreft het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie, rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde. Omdat het mededingingsrecht in andere lidstaten van de Europese Unie nagenoeg hetzelfde is als in Nederland, lag het voor de hand om acht te slaan op andere rechtstelsels. Er is daarom gekozen om voorbeelden en literatuur uit de landen Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en België te betrekken in het onderzoek. In deze landen neemt coassurantie, net als in Nederland, een belangrijke plaats in. Een algemene beschrijving van de organisatie van de verzekeringsmarkten in die landen is opgenomen in hoofdstuk vier.

Het onderzoek bevat als gezegd ook een empirische component. Het empirische onderzoek (hierna: het praktijkonderzoek) dient meerdere doelen. In de eerste plaats geeft het inzicht in de werking van coassurantie in de Nederlandse praktijk.[19] Daarover bestaat zeer weinig empirisch onderzoek en het (schaarse) onderzoek dat voorhanden is, is gedateerd.[20] Bovendien is het meest recente empirische onderzoek naar de werking van coassurantie en verzekeringspools, uitgevoerd in opdracht van

ONDER EMBARGO

17 Een andere onderzoekdiscipline gebruiken als hulpwetenschap houdt in dat de onderzoeker een probleem formuleert dat niet geheel met juridische methoden kan worden opgelost. De informatie uit een andere discipline is dan noodzakelijk om het onderzoek goed te kunnen doen. Zie H.S. Taekema & B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *NJB* 2009 (84/39), p. 2559-2566.

18 Vgl. H.S. Taekema & B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *NJB* 2009 (84/39), p. 2559-2566.

19 In het begeleidende emailbericht bij de enquête werd aangegeven dat de vragenlijst was bedoeld om de bevindingen van het onderzoek te toetsen aan de praktijk. In de introductie op de vragenlijst was opgenomen dat het doel van de vragenlijst was om te weten te komen op welke mogelijke manieren risico's in coassurantie in de Nederlandse praktijk verzekerd worden (waarom en wanneer wordt de keuze gemaakt voor coassurantie of het onderbrengen in een pool?) en hoe dat precies in zijn werk gaat. Zie de appendix bij dit boek, bijlage I.

20 Het onderzoek van Baarsma e.a. 2008 bevat een specifieke beschrijving van coassurantie in de Nederlandse markt.

de Europese Commissie door EY, gericht op alle lidstaten van de Europese Unie en niet specifiek op de situatie in Nederland. Het tweede doel van het praktijkonderzoek bestond er daarom uit om na te gaan hoezeer de bevindingen uit eerdere onderzoeken gelden voor de Nederlandse markt. Als derde (en meest wezenlijke) doel dient het praktijkonderzoek ertoe om een 'reality check' te doen van enkele belangrijke onderzoeksbevindingen. Ten slotte is het praktijkonderzoek gebruikt om er voorbeelden en/of casusposities aan te ontlenen. In de volgende paragraaf sta ik uitgebreider stil bij de verantwoording van het (praktijk)onderzoek.

1.3.2 Verantwoording van het (praktijk)onderzoek

Het praktijkonderzoek is verricht in de vorm van een enquête. Deze enquête is verspreid onder verzekeraars, makelaars en gevolmachtigd agenten (dat wil zeggen bedrijven die de volmacht ontvangen van één of meer verzekeraars om namens hen risico's te accepteren) die lid zijn van de VNAB. Voor de verspreiding van de enquête onder de leden van de VNAB is een 'mailinglijst' gebruikt voor uitnodigingen voor 'events' (kennis- en ontmoetingsbijeenkomsten).[21] Er is een emailbericht opgesteld waarin een link was opgenomen naar de enquête.[22] Wanneer een persoon via de link de enquête opende, kwam hij of zij in een online omgeving terecht waarin de vragen één voor één werden gesteld (de volgende vraag werd zichtbaar als de voorgaande was beantwoord). De verspreiding van dit emailbericht en de enquête is gefaciliteerd door de VNAB. In het emailbericht stond aangegeven dat de enquête was bedoeld voor degenen die werkzaam zijn bij een makelaar, verzekeraar of volmacht bedrijf als sluiter of acceptant.[23] De reden om specifiek personen met de functie 'sluiter' of 'acceptant' te vragen de enquête in te vullen, was omdat de vragen voor het grootste gedeelte betrekking hadden op onderwerpen uit de sluitfase bij coassurantie. Het bleek niet mogelijk te zijn om deze specifieke groep te selecteren, zodat de enquête breder is verspreid.

De keuze voor een enquête is vergeleken met de voor-en nadelen van het houden van diepte-interviews. Het voordeel van diepte-interviews is het open en flexibele karakter ervan.[24] Diepte-interviews worden veelal gebruikt om persoonlijke ervaringen te weten te komen of juist een beeld te vormen van een bepaald onderwerp. Een enquête sloot beter aan bij het doel van het praktijkonderzoek, zoals weergegeven onder 1.3.1. De (primaire) bedoeling van het praktijkonderzoek was immers om onderzoeksbevindingen te toetsen door middel van een 'reality check'. Daarbij is gekozen voor een kwantitatieve benadering. Het voordeel van het breed uitzetten van de enquête was dat een grote groep mensen kon worden benaderd. Bovendien had een enquête als voordeel dat de anonimiteit beter

ONDER EMBARGO

21 Voor iedereen die werkzaam is bij een verzekeraarslid, makelaarslid of geassocieerd partner van de VNAB organiseert de VNAB periodiek kennis- en ontmoetingsbijeenkomsten (events) waarin bepaalde, voor de branche relevante thema's centraal staan. De VNAB beschikt over een mailinglist met emailadressen van personen werkzaam bij leden van de VNAB die hebben aangegeven op de hoogte te willen worden gesteld van dergelijke bijeenkomsten (events).
22 Dit bericht is te vinden in de appendix bij dit boek (bijlage I).
23 Dit begeleidende emailbericht alsmede de volledige enquête is te vinden in de appendix van dit boek.
24 Evers 2015, p. 17.

kon worden gewaarborgd. Voorafgaand aan de opstelling en verspreiding van de enquête is evenwel gesproken met specialisten uit de sector, zoals personen werkzaam bij verzekeraars, makelaars, advocaten en toezichthouders.[25] Bij het opstellen van de enquête is daarmee rekening gehouden.

Ik ben me ervan bewust dat de groep personen die is gevraagd om de enquête in te vullen bevooroordeeld (*biased*) kunnen zijn. Toch is op verschillende manieren rekening gehouden met een mogelijke 'bias' in de antwoorden. In de eerste plaats zijn personen uit de DMU (Decision Making Unit) en/of directie bewust uitgesloten van deelname omdat die personen mogelijk een groter belang hebben bij een bepaalde uitkomst.[26] Bovendien is aangegeven dat de resultaten op geen enkele manier door de VNAB worden ingezien en/of gebruikt. Ook is vermeld dat de enquête zowel op persoons- als op bedrijfsniveau is geanonimiseerd. Verder is ervoor gekozen gevoelige aspecten (zoals wijze van onderhandeling en de premiestelling bij coassurantie) in te bedden in algemene vragen en niet in het begin aan de orde te stellen.[27] De enquête was daarmee opgebouwd van algemeen naar concreet. De vragen in het begin van de enquête gingen over de gronden voor coassurantie en de volgorde waarin een verzekering bij coassurantie tot stand komt. Nadien kwamen aspecten aan bod die mogelijk gevoeliger zouden zijn.

> Om te weten te komen of bij coassurantie de volgverzekeraars inschrijven op basis van dezelfde voorwaarden (waaronder de premie) als de leidende verzekeraar werd bijvoorbeeld eerst de vraag gesteld *wie* de volgverzekeraars benadert (is dat de makelaar, de leidende verzekeraar of doen zij dat samen?) waarna de respondent werd gevraagd om aan te geven *hoe* door een makelaar en/of leidende verzekeraar de volgverzekeraars werden benaderd (vinden met hen afzonderlijke onderhandelingen plaats of wordt hun doorgaans gevraagd mee te tekenen op basis van dezelfde voorwaarden als de leidende verzekeraar?).

Ondanks dat er bij de opbouw van de enquête en de vraagstelling zorgvuldig rekening is gehouden met de factor 'vooroordeel' is het goed om zich te realiseren dat er respondenten kunnen zijn geweest die de enquête in hun voordeel hebben ingevuld. Het was niet mogelijk dit risico geheel uit te sluiten.

Respons

Naar hoeveel mensen is de uitnodiging verstuurd en hoeveel personen hebben gereageerd? De uitnodiging voor het invullen van de enquête is verstuurd naar 1481 personen. Daarvan zijn 638 personen werkzaam bij een makelaar, 706 bij een verzekeraar en 137 bij een gevolmachtigd agent. Uiteindelijk heeft 16 procent

25 De inhoud van deze gesprekken is niet opgenomen bij het onderzoek omdat zij vertrouwelijk en informeel zijn geweest. Zij dienen dan ook niet als formele bron.
26 Personen uit de Decision Making Unit (DMU) waren de personen op het directieniveau van een organisatie.
27 Zie Scheepers, Tobi & Boeije 2016, p. 169 over de – aan te houden – volgorde van het stellen van vragen in een enquête en de plaatsing van gevoeligere onderwerpen niet in het begin van een vragenlijst.

ONDER EMBARGO

(239 respondenten) de enquête – nagenoeg volledig – ingevuld.[28] Ik spreek van een respondent als een persoon daadwerkelijk met het onderzoek heeft meegedaan en (nagenoeg) alle vragen heeft beantwoord.[29] Het onderzoek kent daarmee een relatief hoge non-respons.[30] Bij het versturen van de enquête is met deze mogelijkheid rekening gehouden en is daarom een zo groot mogelijke groep respondenten benaderd. De eerste uitnodiging voor deelname aan het onderzoek is verstuurd op 20 maart 2018. Daarop hebben 175 personen gereageerd. Op 3 april 2018 is een herinnering gestuurd naar de personen die de eerdere uitnodiging wel hadden ontvangen maar de enquête nog niet hadden ingevuld. Nadien hebben nog 64 personen de enquête ingevuld. De enquête is gesloten op 16 april 2018. De verdeling van de respondenten over de verschillende groepen (verzekeraars, makelaars, gevolmachtigden) en de brancheverdeling is zichtbaar gemaakt in tabel 1.1. Daaruit blijkt dat ongeveer hetzelfde aantal verzekeraars als makelaars heeft deelgenomen. Tabel 1.2 illustreert vervolgens de verhouding tussen het type organisatie en het aantal jaren ervaring van de respondenten. De meerderheid van de respondenten (circa 83%) heeft meer dan tien jaren ervaring in de zakelijke verzekeringsmarkt.

Tabel 1.1 Brancheverdeling van de respondenten

		Branche				
		Brand	Technische verzekeringen	Transport	Varia	*Totaal*
Organisatie	Verzekeraars	29	17	34	36	111
	Makelaars	39	19	34	29	116
	Gevolmachtigd agenten	2	1	3	3	9
	Totaal	70	27	71	68	

Tabel 1.2 Aantal jaar ervaring van de respondenten

		Aantal jaar ervaring			
		Minder dan vijf jaar	Tussen de vijf en tien jaar	Meer dan tien jaar	*Totaal*
Organisatie	Verzekeraars	8	13	95	111
	Makelaars	9	10	92	116
	Gevolmachtigd agenten	1	0	8	9
	Totaal	18	23	195	

28 3 respondenten hebben bij de vraag naar de organisatie waar een persoon werkzaam is, de categorie ‘anders, namelijk’ aangevinkt. Het betrof personen die werkten bij een assuradeur, beursassuradeur en makelaar/volmacht. Van deze personen is niet bekend in welke branche zij werkzaam zijn en hoeveel jaar ervaring zij hebben. Daarom zijn zij niet opgenomen in de tabellen 1.1 en 1.2.

29 Vgl. Dijkstra, Ongena & Loosveldt 2014, p. 47.

30 Waar dat mee te maken heeft, is niet geheel duidelijk. Een mogelijke oorzaak kan de lengte van de enquête zijn geweest. Het invullen duurde circa tien minuten.

ONDER EMBARGO

Opbouw van de enquête

Hoe is de enquête opgebouwd? De enquête bestaat uit drie delen: deel A (algemeen), deel B (sluiting in coassurantie) en deel C (sluiting in een intermediaire pool). Onder A is een viertal algemene vragen gesteld over het type organisatie waarin de respondent werkt (verzekeraar, makelaar of gevolmachtigd agent), de functie, de branche (met onderscheid naar de branches: brand, transport, technische verzekeringen en varia) en het aantal jaren ervaring (bestaand uit de categorieën minder dan vijf jaar, tussen de vijf en tien jaar en meer dan tien jaren ervaring). Omdat de mogelijkheid bestaat dat een respondent in meerdere branches werkzaam is (en het binnen het online vragenlijstsysteem niet mogelijk bleek antwoorden voor meerdere branches in te vullen) is gevraagd om de branche te kiezen waarin de respondent de meeste ervaring heeft. Bij het invullen van het vervolg van de enquête mocht de respondent dan uitgaan van de branche die hij of zij eerder had aangevinkt. Onderdeel B van de enquête bevat 19 vragen die betrekking hebben op het sluiten van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie. Er is binnen dat onderdeel gevraagd naar de redenen voor de verzekering in coassurantie, de volgorde waarin een verzekeringsovereenkomst tot stand komt, de positie en selectie van de leidende- en volgende verzekeraar(s), de wijze van onderhandeling over de verzekeringsvoorwaarden en de naleving van de Bipar principes.[31] Ook is in onderdeel B een aantal vragen gesteld over de aanbestedingsprocedure(s) voor verzekeringsdiensten. In onderdeel C van de enquête – alleen respondenten die bekend waren met de verzekering in pools is gevraagd dit onderdeel in te vullen – zijn enkele aspecten van de verzekering in een intermediaire pool bevraagd zoals op welke gronden gekozen wordt voor het onderbrengen van een risico in een intermediaire pool, de alternatieven van plaatsing van risico's in een pool (voor 100% bij één verzekeraar of in coassurantie) en de voorwaarden waaronder risico's worden verzekerd in een pool.

De resultaten van het praktijkonderzoek zijn voornamelijk verwerkt in de hoofdstukken vier, vijf en zes. De volledige enquête en de onderzoeksresultaten zijn opgenomen in de appendix bij dit boek. Ook is in de appendix een beschrijving opgenomen hoe de gegevens zijn verwerkt.

ONDER EMBARGO

1.4 Opbouw van het boek

Dit boek is opgezet in drie delen. In deel I zal een algemeen kader worden gegeven. Deel II onderzoekt de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt. In deel III wordt de onderzoeksvraag beantwoord.

Deel I bestaat uit de hoofdstukken twee tot en met vier. In hoofdstuk twee wordt een schets gegeven van de inhoud van het mededingingsrecht. Hoofdstuk twee geeft

31 De Bipar principes zijn regels die zijn geformuleerd door de Europese Federatie van Verzekeringsmakelaars voor de naleving van mededingingsregels bij het plaatsen van risico's bij meerdere verzekeraars. Ik bespreek deze regels uitvoerig in hoofdstuk 5, onder paragraaf 5.3.

daarmee antwoord op de eerste deelvraag: wat is de kern van het mededingingsrecht? Hoofdstuk drie onderzoekt het mededingingsrecht vanuit economisch perspectief en geeft daarmee antwoord op de tweede deelvraag: Welke rol spelen economische factoren bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector? Teneinde een goed begrip van de materie mogelijk te maken wordt in dit deel in hoofdstuk vier een algemene beschrijving gegeven van de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland. In dat hoofdstuk werp ik ook een korte blik op de organisatie van de zakelijke verzekeringsmarkten in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België. Het onderzoek in hoofdstuk vier stelt mij in staat om antwoord te geven op de derde deelvraag: Wat is coassurantie, wat is de verzekering in pools en hoe werken zij in de praktijk?

Deel II bestaat uit de hoofdstukken vijf tot en met acht. In dit deel worden drie belangrijke fasen van een verzekering behandeld, te weten het sluiten/de totstandkoming van een verzekering, de inhoud van de verzekering en het schaderegelingsproces. Per onderdeel bespreek ik de relevante mededingingsaspecten en ga ik op zoek naar spanning tussen de coassurantiepraktijk en het mededingingsrecht. De overkoepelende deelvraag bij de hoofdstukken vijf tot en met acht is de vraag op welke punten spanning bestaat tussen coassurantie, pools en het mededingingsrecht (deelvraag vier). Die vraag is uitgesplitst naar de drie onderdelen: sluiting, inhoud en afwikkeling. Het onderdeel sluiting is in een tweetal hoofdstukken onderzocht. In hoofdstuk vijf behandel ik het sluiten van een verzekering in coassurantie en in hoofdstuk zes onderzoek ik de mededingingsaspecten die een rol spelen bij het onderbrengen van risico's in een coassurantiepool. Beide hoofdstukken zien op deelvraag 4.1. Vervolgens beantwoord ik in hoofdstuk zeven deelvraag 4.2 die ziet op de mededingingsrechtelijke risico's die spelen bij de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. In hoofdstuk acht dat ziet op het schaderegelingsproces ga ik op zoek naar de punten waarop spanning bestaat tussen de schaderegeling en het mededingingsrecht. Hoofdstuk acht geeft daarmee antwoord op deelvraag 4.3. In deel III wordt in hoofdstuk negen de onderzoeksvraag beantwoord. Ik zal in dit hoofdstuk ook enkele aanbevelingen formuleren over hoe om te gaan met het spanningsveld tussen coassurantie, pools en het mededingingsrecht. Ik belicht deze vraag vanuit verschillende perspectieven (toezichthouder, wetgeving en/of politiek en ondernemingen). Daarmee geeft hoofdstuk negen een antwoord op de laatste deelvraag en de centrale onderzoeksvraag.

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

Deel I Algemeen kader

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

2 De inhoud van het mededingingsrecht

'People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conservation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot be hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary.'

Adam Smith, 1776.[1]

2.1 Inleiding en opbouw

Kartels zijn een oud fenomeen. Adam Smith spreekt in bovenstaand citaat al over concurrenten – '*people of the same trade'* – die plannen smeden om prijzen te verhogen. Hij geeft daarbij aan dat het haast ondoenlijk is dat te voorkomen – '*it is impossible indeed to prevent such meetings*' – maar dat kartelvorming ook niet moet worden gefaciliteerd, '*to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary*'.[2] Hiermee legt hij de grondslag voor het mededingingsrecht dat ondernemingen verbiedt om door kartels de concurrentie te beperken.

In dit hoofdstuk geef ik een schets van de inhoud van het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht is een breed en omvangrijk rechtsgebied. Het bestaat uit vier pijlers: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een machtspositie, het toezicht op concentraties en het verbod op staatsteun. In dit hoofdstuk sta ik het meest uitgebreid stil bij het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie omdat daarop in het vervolg van dit boek de meeste nadruk zal liggen. De andere twee pijlers worden niet uitgebreid besproken, omdat daarop in de verdere analyse niet de nadruk ligt. Het doel van dit hoofdstuk is om een juridisch beoordelingskader te geven voor de toepassing van het mededingingsrecht in deel II van dit boek.

ONDER EMBARGO

1 Smith 1776, p. 130.
2 Ik zal uitgebreider stilstaan bij de visie van Smith op mededinging in hoofdstuk 3 onder par. 3.2.3.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2.2 bespreek ik kort de verhouding tussen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht. Ik behandel dat aspect eerst omdat het Nederlandse mededingingsrecht is afgeleid van het Europese mededingingsrecht. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 2.3 de inhoud van het kartelverbod. Daarna sta ik in paragraaf 2.4 stil bij de inhoud van het verbod op misbruik van een machtspositie. In paragraaf 2.5 bespreek ik de overige mededingingsrechtelijke regels namelijk het toezicht op concentraties en het verbod op staatsteun. Paragraaf 2.6 bevat de conclusie van dit hoofdstuk.

2.2 Verhouding tussen het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is voornamelijk Europees recht. De Nederlandse mededingingsregels zijn afgeleid van de mededingingsregels uit het Werkingsverdrag en de bepalingen uit de Verordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels (hierna: de Uitvoeringsverordening) en de EG-concentratieverordening (hierna: Concentratieverordening). Het uitgangspunt voor de toepassing van de Mededingingswet is dat zij niet strenger of soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels.[3] Voor de uitleg van het mededingingsrecht wordt dan ook aansluiting gezocht bij rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie.[4] Doordat de Mededingingswet nauw aansluit bij de Europese mededingingsregels en het systeem van de Uitvoeringsverordening vervaagt het onderscheid in het toepassingsbereik van het Nederlandse en Europese mededingingsrecht. Op een aantal punten komt het onderscheid nog wel naar voren, bijvoorbeeld bij de toepassing van de bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 van de Mededingingswet. Daar komt bij dat in Nederland niet alleen de regels van de Mededingingswet van toepassing zijn maar ook het Europese mededingingsrecht vanwege de rechtstreekse werking die daaraan toekomt. Op grond van de Uitvoeringsverordening zijn de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties verplicht om op gedragingen met een effect op de tussenstaatse handel in ieder geval de Europese mededingingsregels toe te passen.[5] De handhaving van het Europese mededingingsrecht is daarmee toebedeeld aan de Europese Commissie, de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de rechterlijke instanties van de lidstaten. In Nederland vindt handhaving plaats door de Autoriteit Consument en Markt (ACM).[6] In de onderlinge verhouding tussen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht geldt, voor wat betreft de handhaving van het kartelverbod, dat het nationale mededingingsrecht niet

ONDER EMBARGO

3 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 (MvT).
4 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 (MvT).
5 Zie artikel 3 van de Uitvoeringsverordening 1/2003. Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar Van de Gronden 2017, p. 33-37 alsmede Feteira 2016, p. 47-70.
6 Artikel 2 van de Mededingingswet.

strenger mag zijn dan het Europese kartelverbod.[7] Uiteindelijk leidt de toepassing van het Europese en nationale kartelverbod daarmee tot hetzelfde resultaat vanwege de onderlinge consistentie.[8] Gelet op de hierboven besproken nauwe aansluiting van de Mededingingswet bij het Europese mededingingsrecht heb ik ervoor gekozen om bij de behandeling van het mededingingsrecht in dit boek het Europese mededingingsrecht tot uitgangspunt te nemen.

2.3 Het kartelverbod

Het kartelverbod is te vinden in artikel 101 van het Werkingsverdrag en in artikel 6 van de Mededingingswet. De toetsing aan het kartelverbod valt uiteen in twee fasen.[9] In de eerste fase, waarbij wordt getoetst aan de voorwaarden gesteld in het eerste lid, wordt kortweg onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen een mededingingsbeperkende strekking heeft of mededingingsbeperkende gevolgen met zich brengt. In de tweede fase, die alleen relevant zal zijn als blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is, wordt nagegaan of de positieve gevolgen van de afspraak voor de mededinging in voldoende mate de nadelen ervan compenseren. Bij toetsing aan deze tweede fase wordt onderzocht of is voldaan aan de vier voorwaarden voor een uitzondering van het kartelverbod. In deze paragraaf bespreek ik onder 2.3.1 de eerste toetsing (is sprake van een kartel?) en onder 2.3.2 de tweede (zo ja, kan dit kartel worden vrijgesteld?).

2.3.1 Is sprake van een kartel?

Het kartelverbod is bedoeld om allerlei vormen van samenwerking tussen ondernemingen (kartels) waardoor de mededinging wordt beperkt, te verbieden. De gedachte is dat ondernemingen onafhankelijk, dus zonder daaraan ten grondslag liggend overleg, hun marktgedrag moeten bepalen.[10] In een kartel is dat niet het geval en spannen ondernemingen samen om de concurrentie te beperken. In artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag worden kartels daarom verboden. De tekst van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag luidt als volgt:

> 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn 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

ONDER EMBARGO

7 Op grond van artikel 3 lid 2 van de Uitvoeringsverordening 1/2003 mag de toepassing van artikel 6 van de Mededingingswet niet leiden tot afwijkingen van artikel 101 van het Werkingsverdrag. Het wordt lidstaten niet belet om strengere regels te stellen ten aanzien van eenzijdige gedragingen van ondernemingen, maar het uitgangspunt van de Mededingingswet staat daaraan in de weg.

8 Van de Gronden 2017, p. 35.

9 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011 C-11, par. 20. In het vervolg van dit boek afgekort als Richtsnoeren Horizontalen.

10 HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jur*. blz. 1663, punt 173 (*Suiker Unie*); HvJ EG 14 juli 1981, C-172/80, *Jur.* blz. 2021, punt 13 (*Züchner*); gevoegde zaken C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-177/85 en C-125/85–C-129/85, *Jur*. blz. I-1307, punt 63 (*Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*), en arrest van 28 mei 1998, C-7/95 P, *Jur*. blz. I-3111, punt 86 (*John Deere*).

> of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:
> a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
> b. het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
> c. het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
> d. het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;
> e. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.'

In artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet is het kartelverbod als volgt geformuleerd:

> 'Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.'

Artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet is duidelijk op Europese leest geschoeid. Beide wetsartikelen hebben als doel om de mededinging te beschermen. Het meest in het oog springende verschil is dat in artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet geen voorbeelden worden gegeven van kartelovereenkomsten terwijl dat in artikel 101 van het Werkingsverdrag wel het geval is. Verder ziet, als gezegd, artikel 101 van het Werkingsverdrag op grensoverschrijdende kartels terwijl artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet zich uitsluitend richt op kartels die de mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt beperken. Naast dit al dan niet grensoverschrijdende aspect zijn in de wettekst van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet nog de volgende twee voorwaarden opgenomen:

1. Er moet sprake zijn van samenwerking tussen ondernemingen, in de vorm van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging (een kartelafspraak).
2. Die samenwerking moet ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging (merkbaar)[11] wordt verhinderd, beperkt of vervalst (de mededingingsbeperking).

Ik werk deze twee voorwaarden die onderdeel uitmaken van de toetsing aan het eerste lid van het kartelverbod hieronder verder uit. Onder 2.3.1.1 bespreek ik de vraag wanneer sprake is van een kartelafspraak tussen ondernemingen. Onder 2.3.1.2 behandel ik de vraag wanneer sprake is van een beperking van de mededinging.

11 Dat de inbreuk op de mededinging 'merkbaar' dient te zijn volgt niet met zoveel woorden uit de tekst van artikel 101 lid 1 Werkingsverdrag, maar is wel af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie. Vgl. Van de Gronden 2017, p. 65-70.

ONDER EMBARGO

2.3.1.1 Verschillende vormen van kartelafspraken

Het eerste vereiste waaraan voldaan moet zijn, is dat er sprake is van een kartelafspraak in de vorm van een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het doel van deze opsomming is om alle mogelijke kartelvormen onder het toepassingsbereik van het kartelverbod te kunnen laten vallen.[12] De drie verschijningsvormen van kartels noem ik hierna 'kartelafspraken'. Ik werk in deze paragraaf de drie vormen één voor één uit.

2.3.1.1.1 Overeenkomst tussen ondernemingen

De eerstgenoemde vorm van samenwerking is een overeenkomst tussen ondernemingen. Voordat ik uitleg wat onder het begrip 'overeenkomst' moet worden verstaan, sta ik stil bij het begrip 'onderneming'. Het kartelverbod richt zich, evenals het hierna nog te bespreken verbod op misbruik van een economische machtspositie, immers tot *ondernemingen*.[13] Ondernemingen spelen een belangrijke rol in het mededingingsrecht vanwege het feit dat zij goederen en/of diensten aanbieden op een markt en daarmee de concurrentie bepalen. Het is voor de werkingssfeer van het mededingingsrecht daarom van belang te weten wat onder het begrip 'onderneming' moet worden verstaan.[14] Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) heeft bepaald dat het begrip onderneming ziet op elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of wijze van financiering.[15] Het Hof hanteert daarbij een functionele benadering: het gaat niet om de kwalificatie van de entiteit maar om de desbetreffende activiteit.[16] Onder een economische activiteit verstaat het Hof het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt.[17] Daarbij is van belang of de desbetreffende activiteit in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend.[18] Niet van belang is of de onderneming in haar bedrijfsvoering een winstoogmerk heeft.[19]

Aan het begrip overeenkomst geeft het mededingingsrecht een geheel eigen invulling zodat niet van doorslaggevende betekenis is welke interpretatie in het recht van de lidstaten wordt gegeven.[20] In het arrest *Bayer*, dat ging over

ONDER EMBARGO

12 Zie HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur.* 1999 p. I-4215, ro. 108 en 131, (*Anic Partecipazioni*).
13 In titel VII van het Werkingsverdrag, onder hoofdstuk 1. Regels betreffende de mededinging, ziet de eerste afdeling op de regels voor de ondernemingen en de tweede afdeling op steunmaatregelen van de staten. Dat het mededingingsrecht zich richt tot ondernemingen wordt ook aangeduid als *ratione personae* of personele werkingssfeer van het mededingingsrecht. Zie Verloren van Themaat & Reuder 2018, p. 29 alsmede Vedder & Appeldoorn 2019, p. 26.
14 Een uitgebreide bespreking van het ondernemingsbegrip met verwijzing naar verscheidene al wat oudere arresten is te vinden in Mok 2004, p. 73-89.
15 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, ro. 21 (*Höfner en Elser/Macrotron*); HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I, ro. 637(*Poucet en Pistre*) waarin het Hof organen belast met het beheer van bepaalde verplichte, op het solidariteitsbeginsel gebaseerde sociale-zekerheidsstelsels, van het ondernemingsbegrip heeft uitgesloten.
16 Zie ook: Vedder & Appeldoorn 2019, p. 28.
17 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 27.
18 Slot & Swaak 2012, p. 25-26; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 27.
19 HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, *Jur.* 1995, p. I-4013, ro. 20 en 21 (*FFSA e.a./Ministère de l'Agriculture en de la Pêche*).
20 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 27.

een verbod op de export van bepaalde geneesmiddelen, heeft het Gerecht[21] de klassieke definitie van een overeenkomst gegeven.[22] Uit dit arrest volgt dat van een overeenkomst in het mededingingsrecht sprake is indien tussen verschillende ondernemingen, direct of via een derde, wilsovereenstemming bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen of zich van een bepaald gedrag te onthouden.[23] Het wezenlijke element voor het bestaan van een overeenkomst in het mededingingsrecht is daarmee wilsovereenstemming tussen (tenminste) twee ondernemingen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven.[24] Het gaat dus om een twee elementen: een meerzijdig karakter en wilsovereenstemming.[25] Meerzijdigheid impliceert geen wederkerigheid.[26] Ook afspraken zonder tegenprestaties vallen onder het begrip overeenkomst. Voor wilsovereenstemming volstaat dat ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen.[27] Voorbeelden van overeenkomsten zijn: vastgelegde (raam)overeenkomsten, mondelinge afspraken, 'gentlemen's agreements' of herenakkoorden[28], alsook algemene voorwaarden die zijn overeengekomen tussen ondernemingen.[29]

Vergaand is de jurisprudentie die spreekt over de deelname aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsbeperkende overeenkomsten zijn gesloten. Dan geldt dat, om de deelneming van een onderneming aan een kartel te bewijzen, het volgens vaste rechtspraak volstaat aan te tonen dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet of zich daarvan op ondubbelzinnige wijze van heeft gedistantieerd.[30] Illustratief is het arrest *Archer Daniels Midland Co/Commissie* waarin sprake was van een kartel tot vaststelling van de prijs van natriumgluconaat[31] en de verdeling van het verkoopvolume van dat product. Volgens het Hof kon het loutere feit dat

ONDER EMBARGO

21 Het Gerecht van eerste aanleg is samen met het Hof van Justitie onderdeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Gerecht behandelt zaken van particulieren en bedrijven in eerste aanleg. Het Hof van Justitie behandelt prejudiciële vragen, bepaalde nietigverklaringen en beroepszaken.

22 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (*Bayer*) in vervolg op de beschikking van de Commissie van 10 januari 1996 (IV/34.279/F3 - Adalat) *PbEG* L 201, blz. 1.

23 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (*Bayer*).

24 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 69 (*Bayer*) en HvJ EU 13 juli 2006, C-74/04 P, punt 37 (*Commissie/Volkswagen*).

25 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 45.

26 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 45.

27 HvJ EG 15 juli 1970, C-41/69, punt 112, *Jur*. 1970, p. 661 (*ACF Chemiefarma/Commissie*); HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken C-209/78 (*Van Landewyck/Commissie*) tot C-215/78 en C-218/78, *Jur*. 1980, p. 3125, punt 86; GvEA EG 17 december 1991, T-7/89, *Jur*. 1991, p. II-1711, punt 256 (*Hercules Chemicals/Commissie*); 19 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 67 (*Bayer*).

28 HvJ EU 20 januari 2016, C-3737/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, ro. 54 e.v. (*Toshiba*) alsmede GvEA EG 6 april 1995, T-141/89, *Jur*. 1995, p. II-791, ro. 96 (*Tréfileurope/Commissie*) in vervolg op de beschikking van de Commissie van 2 augustus 1989 (IV/31.553 - Betonstaalmatten), *PbEG* 1989, L 260, blz.1.

29 Zie ook: Jones & Sufrin 2016, p. 141.

30 HvJ EG, 7 januari 2004, , C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 81 (*Aalborg Portland e.a./Commissie*). Zie ook: HvJ EU, 19 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:166, C-510/06 P, ro. 119 (*Archer Daniels Midland Co v Commissie*).

31 Natriumgluconaat is, zo volgt uit ro. 7 van het arrest, een chelaatvormer, een product dat in industriële processen metaalionen inactief maakt. Tot die processen behoren onder meer de industriële schoonmaak, de oppervlaktebehandeling en de behandeling van afvalwater. Chelaatvormers worden gebruikt in de voedingsindustrie, de cosmetica-industrie, de farmaceutische industrie, de papierindustrie, de betonindustrie en andere industrieën.

een onderneming een bijeenkomst had verlaten op zich niet worden beschouwd als een openlijke distantiëring van het betrokken kartel. Een onderneming die heeft deelgenomen in een dergelijke bijeenkomst zal moeten bewijzen dat de deelnemers aan het kartel van mening waren dat zij haar deelneming aan het kartel had beëindigd.[32] Kortom, wanneer de deelneming aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, is het aan deze onderneming om aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelname aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt dat zij vanuit een andere optiek aan die bijeenkomsten deelnam.[33]

In het kader van het begrip overeenkomst is ten slotte van belang dat zowel overeenkomsten tussen ondernemingen op hetzelfde niveau in de bedrijfskolom (horizontale overeenkomsten) als overeenkomsten tussen ondernemingen die in een verticale verhouding tot elkaar staan onder het kartelverbod kunnen vallen.[34] Uit verschillende arresten van het Hof blijkt dat de tekst van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag verwijst naar alle overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die, hetzij in horizontale hetzij in verticale verhoudingen, de mededinging op de gemeenschappelijke markt vervalsen, ongeacht de markt waarop de partijen werkzaam zijn en ongeacht het feit dat slechts het commerciële gedrag van een van die ondernemingen door de termen van de betrokken afspraken wordt geraakt.[35] Bij horizontale overeenkomsten gaat het om overeenkomsten tussen directe of potentiële concurrenten. Verticale overeenkomsten zien op afspraken tussen ondernemingen in een verschillend niveau van de bedrijfskolom (bijvoorbeeld een fabrikant en een groothandel). Verticale samenwerking was bijvoorbeeld aan de orde in het arrest *AC-Treuhand/Commissie* waarin Treuhand, een consultancy bedrijf in Zwitserland, als intermediair een kartel had gefaciliteerd doordat zij onder meer verschillende bijeenkomsten organiseerde en deze actief bijwoonde, gegevens over de verkoop op betrokken markten verzamelde en aan de betrokken producenten meedeelde.[36]

2.3.1.1.2 Besluit van een ondernemersvereniging

De tweede categorie van kartelafspraken die ik hier bespreek, is een besluit van een ondernemersvereniging. Een ondernemersvereniging, zoals een branche-organisatie, kan door middel van haar besluitvorming het marktgedrag van haar leden en daardoor de mededinging, beïnvloeden. Bovendien zouden ondernemingen een verenigingsverband als dekmantel kunnen gebruiken voor een kartel. Het is daarom niet verwonderlijk dat het bereik van het kartelverbod zich ook uitstrekt tot deze vorm van samenwerking.

ONDER EMBARGO

32 HvJ EU, 19 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:166, C-510/06 P, ro. 120 (*Archer Daniels Midland Co v Commissie*).
33 HvJ EG, 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Jurispr*. blz. I-123, punt 81 (*Aalborg Portland e.a./Commissie*).
34 Zie ook: Jones & Sufrin 2016, p. 146 e.v.
35 HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:717, ro. 35 onder verwijzing naar de arresten *LTM*, gevoegde zaken 56/65, EU:C:1966:38, p. 358; *Consten en Grundig/Commissie*, 56/64 en 58/64, EU:C:1966:41, blz. 499; *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punten 72-80; *Binon*, 243/83, EU:C:1985:284, punten 39-47, en *Javico*, C-306/96, EU:C:1998:173, punten 10-14.
36 HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:717, ro. 9 (*Treuhand*).

Voorbeelden van ondernemersverenigingen in de verzekeringssector zijn het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Verbond) en de VNAB. Een ondernemersvereniging hoeft, in tegenstelling tot haar leden, niet zelf een onderneming te zijn om onder het kartelverbod te vallen.[37] Evenals bij het begrip overeenkomst geldt dat de juridische kwalificatie mededingingsrechtelijk niet relevant is.[38] Zo vormt het geen belemmering indien de vereniging geen rechtspersoonlijkheid bezit, of indien zij door de overheid is ingesteld. Ook kan een beroepsorganisatie, ongeacht haar publiekrechtelijke instelling maar afhankelijk van de door haar uitgevoerde activiteiten, worden aangemerkt als een ondernemersvereniging.[39]

Het gaat in de wet om besluiten van ondernemersverenigingen. Wat wordt bedoeld met een besluit? Een besluit omvat de juridisch bindende beslissingen die door organen of vertegenwoordigers van een ondernemersvereniging worden genomen. Maar ook aanbevelingen, adviezen of richtprijzen, die geen heldere juridisch bindende status hebben, vallen onder het besluitbegrip omdat het ondernemingen in staat stelt het gedrag van concurrenten te achterhalen.[40] Een mooi voorbeeld biedt het *Verband der Sachversicherer*-arrest. Het ging in dat arrest om een niet-bindende aanbeveling van het Duitse 'Verband der Sachversicherer', een brancheorganisatie vergelijkbaar met het Verbond in Nederland. De aanbeveling had betrekking op de stabilisering (en sanering) van de industriële brand- en bedrijfsonderbrekingsverzekering. De achtergrond was dat de premie-inkomsten de schade-uitkeringen niet meer dekten.[41] De aanbeveling schreef een (afhankelijk van de hoogte van het verzekerde bedrag) collectieve, forfaitaire en lineaire premieverhoging voor.[42] Uit de omstandigheid dat Duitse herverzekeringsmaatschappijen na de aanbeveling in hun herverzekeringscontracten met betrekking tot dezelfde risico's een zogenaamde 'premieberekeningsclausule' opnamen waardoor een niet met de aanbeveling in overeenstemming zijnde tarifering bij een schadevoorval als onderverzekering werd beschouwd, bleek dat de aard van de aanbeveling wel degelijk dwingend was. Het Hof overweegt daarom in ro. 32 dat:

> '(…) de aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave was van verzoekers wil om het gedrag van zijn leden op de Duitse verzekeringsmarkt te coördineren. Zij vormt derhalve een besluit in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag [het huidige artikel 101 lid 1 VWEU, toevoeging GTB].'[43]

ONDER EMBARGO

37 HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12 ro. 34 (*Ordem dos Técnicos Officiais de Contas*).
38 HvJ EU 19 februari 2002, C-309/99, *Jur*. 2002, p. I-1577 ro. 66 (*Wouters*).
39 HvJ EU 19 februari 2002, C-309/99, *Jur*. 2002, p. I-1577, ro. 64-66 (*Wouters*).
40 HvJ EG 17 oktober 1972, C-8/72, *Jur*. 1972, p. 977 ro. 15-25 (*VCH*).
41 Een reden dat de individuele verzekeraars niet (gezamenlijk) hun premies hadden verhoogd was gelegen in hun wens om ook in andere verzekeringsbranches – waarin zij actief waren – belangrijke transacties binnen te halen door hun klanten voor brandverzekeringscontracten niet-kostendekkende-premies te rekenen. Zie HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85, *Jur.* 1987, 415 ro. 29 (*Sachversicherer v Commissie*) en K.A.M. Bleeker in zijn noot onder dit arrest in *SEW* 1988, p. 190-191.
42 HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85, *Jur.* 1987, 415 ro 30, (*Sachversicherer v Commissie*) m.nt. K.A.M. Bleeker in *SEW* 1988, p. 190-194.
43 HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85, *Jur.* 1987, 415 ro. 32 (*Sachversicherer v Commissie*).

Uiteindelijk is dus, net zoals bij een overeenkomst, de wil of bedoeling van de ondernemersvereniging bij het vaststellen van een besluit van belang. Wanneer een besluit, ongeacht of dit bindend is of niet, erop is gericht om het marktgedrag van de leden te coördineren zal het kartelverbod van toepassing zijn. Ten slotte is van belang te vermelden dat uit de rechtspraak volgt dat het besluit van een ondernemersvereniging geen betrekking hoeft te hebben op de markt waarop haar leden actief zijn om onder de werkingssfeer van het kartelverbod te vallen.[44]

2.3.1.1.3 Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

De derde categorie van kartelafspraken die genoemd wordt in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag is de onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dit type kartelafspraak is bedoeld om afgestemd marktgedrag tussen ondernemingen waaraan geen duidelijke (wils)overeenstemming ten grondslag ligt, te kunnen verbieden.[45] Deze categorie van samenwerking is daarom vooral relevant in gevallen waarin het besluit of een overeenkomst niet kan worden bewezen. De categorie moet in die zin dan ook worden onderscheiden van een overeenkomst, zij het dat beide vormen van samenwerking elkaar niet uitsluiten.[46] Het Hof heeft namelijk uitgemaakt dat eenzelfde kartel zowel een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan zijn.[47]

Wat wordt bedoeld met een onderling afgestemde feitelijke gedraging? Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging ziet op een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.[48] Voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging is niet vereist dat partijen gezamenlijk een plan hebben opgesteld, zo volgt uit het *John Deere*-arrest.[49] Een belangrijk vereiste voor de vaststelling dat sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een causaal verband tussen de onderlinge afstemming en het daaropvolgend marktgedrag.[50] Samenvattend bestaat een onderling afgestemde feitelijke gedraging dus uit een drietal elementen: onderlinge afstemming, bepaald marktgedrag en een causaal verband tussen die beide.[51]

Het bewijs van deze drie elementen is niet altijd even gemakkelijk te leveren vanwege de lastige scheidslijn tussen afgestemd- en intelligent marktgedrag. Vooral op oligopolistische markten, waarop slechts een paar ondernemingen actief zijn, kan dit probleem zijn.[52] De paar spelers op de markt kunnen immers

ONDER EMBARGO

44 HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ro. 44, 45 (*Ordem dos Técnicos Officiais de Contas*).
45 Jones & Sufrin 2016, p. 153. Vgl. Slot & Swaak 2012, p. 50.
46 HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4125, ro. 132 (*Anic Partecipazioni*) waarin een inbreuk werd aangemerkt als deels een onderling afgestemde feitelijke gedraging en deels een overeenkomst.
47 GvEA EG 20 maart 2003, T-9/99, ro. 186 (*HFB*).
48 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 64 (*ICI*); Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4125, ro. 115 met verdere verwijzingen (*Anic Partecipazioni*). Zie ook de Richtsnoeren Horizontalen, par. 60-63.
49 HvJ EG 28 mei 1998, C-7/95 P, ro. 86 (*John Deere*).
50 HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, Jur. 1999, p. I-4125, ro. 118 (*Anic Partecipazioni*); HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 51 (*T-Mobile Netherlands e.a*);
51 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 51; Jones & Sufrin 2016, p. 154.
52 De marktvorm van een oligopolie zal ik uitvoeriger bespreken in hoofdstuk 3, par. 3.3.1.2.

gemakkelijk onderlinge (prijs)afstemming bewerkstelligen door strategische (prijs)signalen. Het Hof heeft in het arrest *T-Mobile* overwogen dat de uitwisseling van informatie op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad die de ondernemingen in staat stelt kennis te krijgen van de marktposities en de marketingstrategie van hun concurrenten, de nog resterende mededinging tussen de ondernemers merkbaar beïnvloedt.[53] De maatstaf die het Hof aanlegt, is dat ieder contact tussen ondernemingen dat het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent beïnvloedt of deze informeert over beslissingen of afwegingen wat het eigen marktgedrag betreft, is verboden wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen.[54] Wat het voorhanden zijnde bewijsmateriaal betreft, kan een onderscheid worden gemaakt tussen een tweetal situaties. Ik licht dat hieronder nader toe.[55]

In de eerste situatie heeft de toezichthouder de beschikking over direct bewijsmateriaal van onderlinge afstemming. Dat bewijs kan gefundeerd zijn op informatie-uitwisseling via brieven, emailverkeer, faxen, memo's of een openbaarmaking tijdens een bijeenkomst.[56] De toezichthouder rest in die gevallen enkel nog het bewijs dat er sprake is van afgestemd marktgedrag dat in causaal verband staat met de bewezen afstemming. Om de toezichthouder in de bewijslast daarvan tegemoet te komen heeft het Hof in zijn rechtspraak een causaliteitsvermoeden gegeven dat inhoudt dat ondernemingen, die hun gedragingen onderling hebben afgestemd en op de markt actief zijn gebleven, worden vermoed rekening te hebben gehouden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld. Dit vermoeden wordt versterkt indien de ondernemingen gedurende een lange periode en met zekere regelmaat hun gedrag hebben afgestemd.[57] Het is de betrokken ondernemingen echter toegestaan om tegenbewijs te leveren.[58] Volgens het Hof is voor het causaliteitsvermoeden niet vereist dat ondernemingen regelmatig bijeenkomen; een eenmalige uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan, afhankelijk van de inhoud daarvan en specifieke marktomstandigheden, volstaan.[59] Zoals ik eerder aanstipte, is de rechtspraak van het Hof vergaand, waar zij bepaalt dat wanneer een onderneming eenzijdig strategische informatie ontvangt (in een bijeenkomst, per post of langs elektronische weg), zij wordt geacht deze informatie te hebben aanvaard en haar marktgedrag dienovereenkomstig te hebben aangepast tenzij zij ondubbelzinnig – dat kan door zich daar publiekelijk

53 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 34 (*T-Mobile Netherlands e.a*).
54 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 32-33 (*T-Mobile Netherlands e.a*); Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, Jur. 1999, p. I-4125, ro. 117 met verdere rechtspraak verwijzingen (*Anic Partecipazioni*). Zie ook: Mok 2004, p. 140-141.
55 Zie ook: Vedder & Appeldoorn 2019, p. 53-55.
56 Voorbeelden van verboden informatie-uitwisseling zijn te vinden in de Richtsnoeren Horizontalen, par. 61-63.
57 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 58 (*T-Mobile Netherlands e.a*).
58 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 51 (*T-Mobile Netherlands e.a*). HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, Jur. 1999, p. I-4125, ro. 121 (*Anic Partecipazioni*).
59 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 58 (*T-Mobile Netherlands e.a*).

ONDER EMBARGO

van te distantiëren – te kennen heeft gegeven dat zij dergelijke gegevens niet wenst te ontvangen.[60]

In de tweede situatie is het door gebrek aan direct bewijsmateriaal noodzakelijk om aan de hand van een analyse van marktgedrag van de ondernemingen te kunnen beoordelen of sprake is van een voorafgaande gedragsafstemming. Parallel marktgedrag van ondernemingen is daarbij een ernstige aanwijzing – dus uitdrukkelijk geen afdoende bewijs – voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging. [61] Parallel marktgedrag is bijvoorbeeld aan de orde indien onderneming A en haar concurrent B gelijktijdig hun prijzen verhogen met 5%. Parallel gedrag kan alleen als bewijs worden aangemerkt, wanneer de afstemming de enige aannemelijke verklaring daarvoor vormt.[62] De toezichthouder dient dus aanvullend aan te tonen dat het parallelle marktgedrag niet verklaard kan worden uit de structuur en bijzondere kenmerken van de relevante markt.[63] Ook in deze situatie is het de betrokken ondernemingen toegestaan om alternatieve verklaringen voor het parallelle gedrag aan te voeren.[64]

Samenvattend kan een kartelafspraak dus de vorm aannemen van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Wanneer kan worden aangetoond dat sprake is van een kartelafspraak is het vervolgens de vraag of deze de mededinging beperkt. Die vraag bespreek ik in de volgende paragraaf.

2.3.1.2 Een beperking van de mededinging?

2.3.1.2.1 Systematiek

In de vorige paragraaf besprak ik de vormen van samenwerking tussen ondernemingen die onder het bereik van het kartelverbod kunnen vallen. In deze paragraaf behandel ik het vereiste dat een kartelafspraak de mededinging moet beperken. Wanneer eenmaal vaststaat dat sprake is van een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, moet vervolgens worden nagegaan of zo'n kartelafspraak de mededinging beperkt.[65] Dit is de kern van het kartelverbod. In de tekst van het kartelverbod is te lezen dat afspraken ertoe kunnen strekken de mededinging te beperken of een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben.

ONDER EMBARGO

60 Zie HvJ EG, C-199/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4287, ro. 155 (*Hüls*); HvJ 7 januari 2004, C-204/00 P, *Jur*. 2004, p. I-123 ro. 81-82 (*Aalborg Portland*). Vgl. Besluit CMA van 20 januari 2011, zaak CE/8950/08, ro. 239-240 (*RBS/Barclays*) en Richtsnoeren Horizontalen, par. 62 (laatste volzin).

61 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 66 (*Kleurstoffen*) en HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-98/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307, ro. 70-72 (*Houtslijp II*).

62 HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307, ro. 70-72 (*Houtslijp II*).

63 Slot & Swaak 2012, p. 50; HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-98/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307 ro. 90 e.v. (*Houtslijp II*) waarin aan de orde werd gesteld welke prijsstructuur de houtslijpmarkt bij een natuurlijk verloop zou hebben gehad, zie ro. 100-101.

64 HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-98/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307, ro. 126 (*Houtslijp II*).

65 Verhindering, vervalsing en beperking worden hierna gemakshalve samengevat met beperking. Voor een bespreking van het mogelijke onderscheid in deze begrippen verwijs ik naar Mok 2004, 144-147.

Volgens vaste rechtspraak volgt uit het alternatieve karakter van deze voorwaarde, dat blijkt uit het voegwoord 'of' dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst, rekening houdend met de economische context daarvan.[66] Als vaststaat dat sprake is van een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken, dan is het niet meer nodig om de concrete gevolgen van deze afspraak voor de mededinging te onderzoeken.[67] Strekkingsbeperkingen geven dus een bewijscomfort. Ik sta hierna eerst stil bij de vraag wanneer een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, en vervolgens bij de vraag wanneer een afspraak tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

2.3.1.2.2 Mededingingsbeperkende strekking

Een kartelafspraak heeft een mededingingsbeperkende strekking indien zij naar haar aard de mededinging beperkt. Een aantal vereisten moet in acht worden genomen bij de beoordeling of een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken. Het Hof noemt de bewoordingen en de doelstellingen van de overeenkomst, alsook de economische en juridische context.[68] Bij de beoordeling van die context moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.[69] Het vaststellen van een mededingingsbeperkende strekking vergt dus een grondig marktonderzoek. Aanknopingspunten voor het achterhalen van de strekking van een kartelafspraak kunnen de bewoordingen van een afspraak of andere omstandigheden, zoals partijbedoelingen, zijn.[70] Het onderzoek naar de vaststelling van de mededingingsbeperkende strekking van een kartelafspraak valt daarmee in wezen samen met de vraag of die kartelafspraak op zich de mededinging in voldoende mate aantast.[71]

Ten aanzien van afspraken met een mededingingsbeperkende strekking blijkt als gezegd uit de rechtspraak van het Hof dat deze de goede werking van de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.[72] Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen kunnen worden geacht naar hun aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.[73] In dat kader valt te denken aan prijsafspraken, marktverdeling en quoteringsafspraken en uitvoerverboden. Illustratief is de lijst van afspraken die is opgenomen in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag (zie paragraaf 2.3.1 van dit hoofdstuk).

ONDER EMBARGO

66 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 33 met verdere verwijzing (*Allianz);* Fox & Gerard 2017, p. 72.
67 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354, ro. 3.5.2 (*SGD, KNMvD, Agib*). Zie ook: Van de Gronden 2017, p. 64.
68 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P ro. 53 (*Cartes Bancaires*).
69 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P ro. 53 (*Cartes Bancaires*).
70 HvJ EU 6 oktober 2009, C-501/06P, ro. 58 (*GlaxoSmithKline*).
71 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P ro. 57 (*Cartes Bancaires*).
72 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P ro. 49 (*Cartes Bancaires*). Zie ook conclusie A-G N. Wahl, ro. 56 bij *Cartes Bancaires.* Vgl. HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 34 (*Allianz*). arrest ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punt 31.
73 HvJ EU, 3 september 2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, ro. 50 en 51(*Cartes Bancaires*). Het Hof overweegt dat de ervaring leert dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen inzonderheid de consumenten schaadt.

Om de problematiek te verduidelijken geef ik een voorbeeld. In het *Allianz*-arrest stond de vraag centraal of sprake was van afspraken die ertoe strekten om de mededinging te beperken.[74] De casus is als volgt. Autoverzekeraars, in het bijzonder Allianz en Generali, kwamen met autoreparatiebedrijven uurtarieven en voorwaarden overeen voor de door de verzekeringsmaatschappijen te betalen reparaties in geval van schade aan verzekerde voertuigen. Het door de verzekeraar te betalen uurtarief voor de reparaties werd bovendien afhankelijk gemaakt van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de dealer als tussenpersoon voor de verzekeringsmaatschappij afsloot. De autoreparatiebedrijven vervulden dus tegenover de verzekeraars een dubbele rol, waar zij enerzijds acteren als tussenpersoon die hun klanten bij de verkoop of reparatie van een voertuig een autoverzekering aanbiedt, en anderzijds als bedrijf dat beschadigde voertuigen repareert voor rekening van de verzekeraar.[75] De (prejudiciële) vraag die aan het Hof werd voorgelegd was of deze (verticale) afspraken, die de vergoeding voor de reparatie van beschadigde auto's koppelt aan die voor de bemiddeling van autoverzekeringen, een mededingings-beperkende strekking hebben.[76] Volgens het Hof kunnen dergelijke afspraken van een mededingings-beperkende strekking zijn indien na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud en het doel van de overeenkomsten en hun economische en juridische context blijkt dat zij naar hun aard schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging op een van de twee betrokken markten (in casu de autoverzekeringsmarkt en de autoreparatiemarkt).[77] Van belang bij het onderzoek naar de mededinging op de autoverzekeringsmarkt acht het Hof de naar (Hongaars) nationaal recht vereiste onafhankelijke opstelling van de verzekeringstussenpersoon ten opzichte van de verzekeringsmaatschappij.[78] In hoofdstuk 8 van dit boek kom ik terug op dit arrest, maar dan vanuit het perspectief van verticale samenwerking bij de schadeafwikkeling.

2.3.1.2.3 Mededingingsbeperkende gevolgen

Niet van alle kartelafspraken is het schadelijke karakter op basis van ervaring en economische kennis bij voorbaat zo duidelijk dat de concrete mededingingsbeperkende gevolgen niet meer in aanmerking hoeven te worden genomen. Voor afspraken die niet ertoe strekken de mededinging te beperken moeten dus de mededingingsbeperkende gevolgen worden aangetoond. Het toetsingskader is een feitelijk en grondig marktonderzoek naar de daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen waarbij aan de hand van alle relevante marktfactoren een vergelijking moet worden gemaakt tussen de huidige marktsituatie en de marktsituatie zoals die zou zijn geweest zonder de beweerde kartelafspraak.[79] Een voorbeeld biedt het arrest *Delimitis* waarin het gaat om een geschil tussen een caféhouder en een brouwerij in Duitsland. De vraag

74 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 (*Allianz*).
75 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 40 (*Allianz*).
76 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 31(*Allianz*).
77 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 51 (*Allianz*).
78 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 47 (*Allianz*).
79 Zie paragraaf 17 (met verdere verwijzingen) van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEU 2004 C-101/97. In het vervolg van dit boek afgekort als Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.

ONDER EMBARGO

die ter beoordeling voorlag, was of een bierleveringscontract met een exclusieve afnameverplichting verenigbaar was met het kartelverbod. Het Hof overweegt dat de bierleveringscontracten zowel voordelen voor de leverancier (een zekere afzetgarantie) als voor de verkoper (toegang tot de markt van bierdistributie tegen bevoorradingsgarantie) met zich meebrengen.[80] Hoewel dit soort overeenkomsten niet het doel heeft om de mededinging te beperken, diende volgens het Hof te worden onderzocht of zij tot gevolg hadden de mededinging te beperken.[81] Daarvoor moest worden nagegaan in hoeverre een bierleveringscontract van invloed was op de toegang van binnenlandse als buitenlandse ondernemingen tot de markt van bierconsumptie. Het Hof geeft voor dat onderzoek een aantal belangrijke handvatten. In de eerste plaats moet de relevante markt worden afgebakend.[82] Vervolgens moet worden nagegaan of de toegang tot de markt voor binnenlandse of buitenlandse ondernemingen wordt belemmerd. Daarbij moet rekening worden gehouden met de mededingingsverhoudingen op de relevante markt (het aantal en de grootte van de producenten alsmede de verzadigingsgraad van de markt en getrouwheid van consumenten aan bepaalde merken).[83]

Geconcludeerd kan worden dat, om een beperking van de mededinging tot gevolg te hebben, de overeenkomst met een voldoende mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen zal moeten hebben op het punt van prijzen, productie, innovatie, of het aanbod of kwaliteit van de goederen en diensten.[84] Deze ongunstige gevolgen dienen merkbaar te zijn.[85] Voor het in kaart brengen van de ongunstige gevolgen van een bepaalde afspraak voor de mededinging moet de relevante markt worden afgebakend waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de producten, de marktpositie van partijen, concurrenten en afnemers, het bestaan van potentiële concurrenten en de omvang van toetredingsdrempels.[86] Hoe de afbakening van een relevante markt precies in zijn werk gaat, bespreek ik uitvoeriger in par. 2.4.1 en in hoofdstuk 3 onder par. 3.3.2.

2.3.1.3 Ongunstig effect op de handel tussen de lidstaten

Het volgende vereiste dat wordt genoemd in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag is dat de (kartel)afspraak een ongunstig effect heeft op de handel tussen de lidstaten.[87] Dit vereiste is een bevoegdheidscriterium dat het toepassingsbereik van het Europese mededingingsrecht met het nationale mededingingsrecht afbakent. Het Europese mededingingsrecht is niet van toepassing op afspraken

80 HvJ EG 28 februari 1991, C-234/89, ro. 11-12 (*Delimitis*).
81 HvJ EG 28 februari 1991, C-234/89, ro. 13 (*Delimitis*).
82 HvJ EG 28 februari 1991, C-234/89, ro. 16 (*Delimitis*).
83 HvJ EG 28 februari 1991, C-234/89, ro. 22 (*Delimitis*).
84 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 24 (met verdere verwijzingen).
85 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 24. Ik kom op de 'merkbaarheid' van kartelafspraken terug in par. 2.3.2.1.
86 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 27.
87 Artikel 6 lid 1 Mw. richt zich nadrukkelijk enkel op de Nederlandse markt.

ONDER EMBARGO

die de handel tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloeden.[88] In artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet ontbreekt immers de relatie met de handel tussen de lidstaten en wordt gesproken over de invloed van een kartel op de Nederlandse markt. Hoe dit vereiste van de handel tussen de lidstaten moet worden uitgelegd, is nader uitgewerkt in specifieke richtsnoeren van de Commissie.[89] Daarin wordt een drietal elementen onderscheiden, te weten 'handel tussen de lidstaten', 'kunnen beïnvloeden' en 'merkbare beïnvloeding'. Kort samengevat komt het begrip 'handel' neer op alle grensoverschrijdende economische activiteiten.[90] Daartoe behoren ook overeenkomsten die de concurrentiestructuur op een markt beïnvloeden.[91] Het begrip 'kunnen beïnvloeden' komt erop neer dat het mogelijk moet zijn op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden.[92] Het gaat dan om de zogenoemde 'handelsstromen-test'.[93] Het Europese kartelverbod is alleen van toepassing op gedragingen die een zekere (merkbare) invloed hebben op de handel tussen de lidstaten. Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval waarbij met name de marktpositie van de ondernemingen die partij zijn bij de gedraging van belang zal zijn.[94]

Het is goed om te vermelden dat het Hof in zijn rechtspraak aan het criterium 'handel tussen de lidstaten' een ruime interpretatie heeft gegeven. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het Europese kartelverbod ook van toepassing kan zijn op kartels met een nationaal karakter. Zo volgt uit het arrest *Vereniging van Cementhandelaren (VCH)* dat een ondernemingsafspraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft.[95] De ruime interpretatie blijkt eveneens uit het arrest *Houtslijp I* waaruit volgt dat ook kartels die buiten de Europese Unie tot stand zijn gekomen door ondernemingen die hun statutaire zetel niet in de EU hebben, vanwege het effect van die kartels op de Europese handel onder het Europese mededingingsrecht vallen.[96]

ONDER EMBARGO

88 Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004 C 101/07, par. 12. Hierna: afgekort als Richtsnoeren beïnvloeding van de handel.
89 Richtsnoeren beïnvloeding van de handel.
90 HvJ EG 14 juli 1981, C-172/80, *Jurispr*. 1981, blz. 2021, punt 18 (*Züchner*). Zie ook zaak C-309/99, *Jurispr*. 2002, blz. I-1577, punt 95 (*Wouters*); zaak C-475/99, , *Jurispr*. 2001, blz. I-8089, punt 49 (*Ambulanz Glöckner*); gevoegde zaken C-215/96 en 216/96, Jurispr. 1999, blz. I-135, punt 51(*Bagnasco*); zaak C-55/96, *Jurispr*. 1997, blz. I-7119, punt 37(*Job Centre*), en zaak C-41/90, *Jurispr*. 1991, blz. I-1979, punt 33 (*Höfner en Elser*).
91 Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, par. 20.
92 Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, par. 23.
93 Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, par. 24-43.
94 Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, par. 44-57.
95 HvJ EG 17 oktober 1972, C-8/72, *Jur*. 1972, p. 977 ro. 29 (*VCH*).
96 HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-127/85, *Jur.* 1988, p. 5193 (*Houtslijp I*).

2.3.1.4 Tussenconclusie

In de bovenstaande paragrafen besprak ik de drie voorwaarden die worden gesteld in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag. Toetsing valt uiteen in een aantal stappen. In de eerste plaats moet worden onderzocht of een bepaalde gedraging gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. In par. 2.3.1.1 beschreef ik deze verschillende vormen van samenwerking. Vervolgens beantwoordde ik in par. 2.3.1.2 de vraag wanneer zo'n gedraging de mededinging beperkt. Geconcludeerd kan worden dat in de eerste plaats een onderzoek zal plaatsvinden naar de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst. Nadat de strekking van een overeenkomst is nagegaan zal in beginsel pas een uitgebreid(er) onderzoek naar de gevolgen voor de mededinging aan de orde zijn. Ten slotte is als onderdeel van de toetsing aan artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag stilgestaan bij het vereiste dat de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Wanneer deze verschillende stappen zijn doorlopen en wanneer blijkt dat aan alle in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet gestelde voorwaarden is voldaan, valt een afspraak onder het kartelverbod. Op grond van artikel 101 lid 2 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 2 van de Mededingingswet zijn kartels van rechtswege nietig. Dat wil niet zeggen dat alle kartels daadwerkelijk verboden zullen zijn. In artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet is namelijk een wettelijke uitzondering opgenomen. Wat deze uitzondering en de andere gronden voor vrijstelling van het kartelverbod inhouden, bespreek ik in de volgende paragraaf.

2.3.2 Een kartel, maar toch toegestaan?

In deze paragraaf worden drie mogelijke uitzonderingen op het kartelverbod besproken. Eerst de niet-merkbaarheid van een kartelafspraak (par. 2.3.2.1), vervolgens de individuele uitzondering op grond van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet (par. 2.3.2.2), en ten slotte de uitzonderingsgrond van een groepsvrijstellingsverordening (par. 2.3.2.3).

2.3.2.1 Merkbare mededingingsbeperking of niet?

Een kartelafspraak kan een gering negatief effect hebben op de mededinging. Er wordt dan gesproken over een niet-merkbare mededingingsbeperking. Voor dergelijke gevallen heeft het Hof een uitzondering op het kartelverbod gegeven.[97] Deze uitzondering is echter niet toepasselijk op overeenkomsten die het doel hebben om de mededinging te beperken, aangezien daarvan door het Hof is bepaald dat zij naar hun aard en los van elk concreet gevolg een merkbare

97 Deze uitzondering is verankerd in de mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag (laatstelijk gewijzigd per 20 augustus 2014), *PbEU* 2014, C 291. Hierna: de-minimismededeling.

ONDER EMBARGO

mededingingsbeperking opleveren.[98] Dat betekent dat strekkingsbeperkingen bij het Europese kartelverbod altijd een merkbare beperking van de mededinging opleveren.[99] Uit het arrest *Toshiba* is echter af te leiden dat ook bij een strekkingsbeperking moet worden aangetoond dat de mededinging in voldoende mate wordt aangetast, en dat dit eveneens beoordeeld moet worden in het licht van de inhoud, doelstellingen en economische en juridische context van de afspraak.[100] In samenhang met het arrest *Expedia,* waarin werd overwogen dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt,[101] kan worden geconcludeerd dat alleen bij gevolgbeperkingen de merkbaarheid nog niet vaststaat.[102] Als handvat om te bepalen of een overeenkomst al dan niet een merkbaar effect heeft op de mededinging, geeft de Commissie in de de-minimismededeling marktaandeeldrempels.[103] In deze mededeling specificeert zij eveneens de gegevens aan de hand waarvan het marktaandeel bepaald moet worden.[104]

In het Nederlandse mededingingsrecht krijgt de merkbaarheidsuitzondering een wat andere invulling dan in het Europese mededingingsrecht. Allereerst geldt dat, anders dan in artikel 101 van het Werkingsverdrag, in artikel 7 Mw. een bagatelvoorziening is opgenomen die andere drempels en voorwaarden kent dan de Europese regelgeving.[105] Ten tweede geldt dat in het Europese mededingingsrecht merkbaarheid eveneens wordt toegepast bij het bepalen van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Ten derde was er lange tijd in het Nederlandse mededingingsrecht onduidelijkheid over de vraag of afspraken die de strekking hebben de mededinging te beperken desondanks toch niet onder het kartelverbod vallen omdat zij de mededinging alleen maar in geringe mate beïnvloeden.[106] In het arrest *SGD, KNMvD/AGIB* heeft de Hoge Raad deze discussie beslecht door te overwegen dat, als komt vast te staan dat bepaalde besluiten een mededingingsbeperkende strekking hebben, een afzonderlijk onderzoek ook naar de merkbaarheid van de mededingingsbeperking niet meer nodig is.[107]

ONDER EMBARGO

98 Zie de-minimismededeling, overweging 2 met verwijzing naar HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ro. 35-37 (*Expedia*).
99 Zie voor een kritische bespreking van het merkbaarheidsvereiste bij strekkingsbeperkingen, Vedder & Appeldoorn 2019, p. 73-76.
100 HvJEU, C-373/14, 20 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:26, ro. 26-27 (*Toshiba*).
101 HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C2012:795, ro. 37 (*Expedia*).
102 Van de Gronden 2017, p. 65.
103 Zie de-minimismededeling, overwegingen 8-17. De mededeling is niet bindend maar is bedoeld als leidraad voor nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties (Vgl. overweging 5 en 6).
104 In principe moet het marktaandeel berekend worden op basis van de omzetwaarde, zie in meer detail overweging 12 van de de-minimismededeling.
105 Zo geeft artikel 7 lid 1 Mw. wettelijke ondergrenzen voor toepasselijkheid van de merkbaarheidsuitzondering.
106 Zie T&C Mededingingswet, art. 6, aant. 5; Slot & Swaak 2012, p. 56-58; M.R. Mok in zijn annotatie onder HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, *NJ* 2013/363 (*Allianz*). Ook de wat oudere literatuur lijkt deze opvatting met een beroep op het arrest HvJ EG 9 juli 1969, C-5/69, *Jur*. 1969, p. 295 (*Volk/Vervaecke*) te huldigen, zie Van Gerven e.a. 1997, p. 157. Appeldoorn & Vedder 2013, p. 53-55 geven een toetsingsmodel om de merkbaarheid van strekkingsbedingen te kunnen toetsen en handhaven hun visie in Vedder & Appeldoorn 2019, p. 73-76.
107 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354, ro. 3.5.2 (*KNMvD*).

Wetssystematisch is van belang te vermelden dat een uitzondering op grond van de niet-merkbaarheid van een mededingingsbeperking ertoe leidt dat niet is voldaan aan de vereisten van het kartelverbod. Er is immers geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking, zodat überhaupt geen sprake is van een verboden kartel. Kortom, de merkbaarheid van een afspraak wordt meegenomen in de toets aan artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet.

2.3.2.2 De uitzondering van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag

Hierboven werd al gezegd dat in de wet ook een uitzonderingsregeling is opgenomen. Het gaat dan om de bepaling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en, in dezelfde zin, artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet.[108] De uitzondering omvat een viertal cumulatieve voorwaarden die, als daaraan is voldaan, het kartelverbod buiten toepassing verklaard. Een onderneming of een ondernemersvereniging die zich op het derde lid beroept, draagt de bewijslast daarvan.[109] Wanneer dit beroep niet slaagt, geldt op grond van artikel 101 lid 2 van het Werkingsverdrag dat de kartelafspraak alsnog verboden en van rechtswege nietig is.[110] De toets aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag komt neer op een (af-)weging tussen de positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging. Deze weging dient volgens de Europese Commissie te worden uitgevoerd in het licht van de geldende marktomstandigheden.[111] Ik geef hieronder de tekst van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag weer:

> De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard
> – voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
> – voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
> – voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang [*voorwaarde 1, GTB*], mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt [*voorwaarde 2, GTB*], en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
>
> a. beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn [*voorwaarde 3, GTB*],
>
> b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen [*voorwaarde 4, GTB*].

Kort en goed gaat het om de volgende vier voorwaarden:
1. efficiëntieverbeteringen
2. doorgifte aan de gebruikers
3. onmisbaarheid
4. voldoende restconcurrentie

108 De uitzondering is eveneens te vinden in artikel 6 lid 3 Mw.
109 Zie artikel 2 van Uitvoeringsverordening EG 1/2003 en artikel 6 lid 3 Mw.
110 Deze nietigheid betreft slechts de met artikel 101 lid 1 onverenigbare onderdelen, zie par. 41 van de algemene richtsnoeren. De nietigheid heeft terugwerkende kracht, zie Van de Gronden 2017, p. 76.
111 Zie paragraaf 11 en 44 (met verdere verwijzingen) van de richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Verdrag.

ONDER EMBARGO

Deze vier vrijstellingsvoorwaarden, die gelden voor iedere categorie van samenwerking, worden hieronder kort besproken.[112]

1. Efficiëntieverbeteringen

De eerste voorwaarde voor een beroep op de individuele vrijstelling komt erop neer dat de kartelafspraak de productie of economische vooruitgang moet verbeteren. Deze stimulering of bevordering wordt aangeduid met verbetering van de productie of van de verdeling der producten of verbetering van de technische of economische vooruitgang. Alleen objectieve economische voordelen kunnen in aanmerking worden genomen bij het bepalen van efficiëntiewinsten. Kostenbesparingen die wellicht voortvloeien uit het subjectieve standpunt van partijen leggen geen gewicht in de schaal.[113] Door uitoefening van marktmacht kan immers een kostenbesparing worden gerealiseerd. De bedoeling van deze eerste voorwaarde is het soort efficiëntiewinsten te bepalen dat in aanmerking kan worden genomen en waarop ook de overige criteria van de tweede en derde voorwaarde van het artikel van toepassing kunnen zijn.[114] Een viertal punten dient in het bijzonder te worden nagegaan: de aard van de beweerde efficiëntieverbeteringen (a), het verband tussen de afspraak en de efficiëntieverbeteringen (b), de waarschijnlijkheid en de omvang van elke beweerde efficiëntieverbetering (c) en, hoe en wanneer elke beweerde efficiëntieverbetering zal worden verwezenlijkt (d).[115] In de richtsnoeren wordt een onderscheid gemaakt tussen kostenverbeteringen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen die waarde creëren in de vorm van, bijvoorbeeld, nieuwe of verbeterde producten.[116] Voorbeelden van kostenverbeteringen die bij het bepalen van de efficiëntie van een afspraak in aanmerking kunnen worden genomen zijn synergie-effecten, schaalvoordelen, kostenbesparingen door toepassingsvoordelen of een betere planning.[117] Kwalitatieve verbeteringen kunnen hun oorsprong vinden in de samenwerking tussen twee ondernemingen. Samenvoeging van activa kan immers resulteren in producten van een hogere kwaliteit of met nieuwe kenmerken.[118] Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten kunnen dus gepaard gaan met efficiëntieverbeteringen.

ONDER EMBARGO

112 Belangrijkste aanknopingspunt voor de interpretatie van de voorwaarden vormen de richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. In de Richtsnoeren Horizontalen wordt meer specifiek ingegaan op de werking van artikel 101 lid 3 VWEU ten opzichte van horizontale samenwerkingsovereenkomsten, en voornamelijk informatie-uitwisseling.

113 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 49.

114 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 50.

115 Zie de opsomming in par. 51, en de navolgende paragrafen (52-58) de Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Voorwaarde (b) vereist een voldoende causaal verband tussen de afspraak en de efficiëntieverbetering in die zin dat de efficiëntieverbeteringen normaalgesproken (rechtstreeks) resulteren uit de economische activiteit die het voorwerp van de afspraak uitmaakt.

116 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 59. Uitvoerig in paragraaf 3.2.2.1 van deze richts-noeren over de kostenverbeteringen (genoemd worden: nieuwe productietechnologieën- en methoden, synergie-effecten door integratie van bestaande activa, schaalvoordelen, toepassingsvoordelen, planning- en capaciteitsverbeteringen) en par. 3.2.2.2 voor een bespreking van de kwalitatieve efficiëntieverbeteringen (genoemd worden: onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, samenvoegen van activa en distributieovereenkomsten).

117 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 66-68.

118 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 70-71.

2. Doorgifte aan de gebruikers

De tweede voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om in aanmerking te komen voor een vrijstelling van het kartelverbod is dat de gebruikers een billijk aandeel moeten ontvangen van de behaalde (efficiëntie)voordelen. Twee begrippen verdienen hierbij uitleg: het begrip 'gebruikers' en het begrip 'billijk aandeel'. Het begrip *gebruikers* dient ruim te worden geïnterpreteerd. Alle directe of indirecte afnemers van een product of dienst kunnen eronder vallen: zowel ondernemers/producenten als consumenten/eindgebruikers. Het betreft veelal de klanten van de partijen bij de overeenkomst en de opvolgende kopers.[119] Een *billijk aandeel* ziet op een in voldoende mate doorgeven van voordelen ter compensatie van de negatieve gevolgen van de mededingingsbeperking.[120] Indien door de beperking bijvoorbeeld een hogere prijs tot stand komt, moeten de gebruikers daarvoor worden gecompenseerd via betere kwaliteit of andere voordelen.[121] De behaalde efficiëntieverbeteringen mogen dus niet terecht komen bij de karteldeelnemers. Verder zal de zwaarte van de mededingingsbeperking bepalend zijn voor de vraag hoeveel compensatie is vereist.[122] Van belang is uiteraard op welke wijze de gerealiseerde voordelen aan de gebruikers worden doorgegeven. Zoals gezegd bij de bespreking van de eerste voorwaarde van de individuele vrijstelling, kunnen de voordelen bestaan uit kostenverbeteringen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen.[123] Vervolgens is de vraag in hoeverre deze beide vormen van efficiency worden doorgegeven aan gebruikers. Een aantal factoren is van belang bij de beantwoording van de vraag hoe waarschijnlijk het is dat gerealiseerde kostenverbeteringen worden doorgegeven aan gebruikers. Het gaat dan om de kenmerken en structuur van de markt (a), de aard en de omvang van de efficiëntiewinsten (b), de elasticiteit van de vraag (c), en de omvang van de mededingingsbeperking (d).[124] Deze factoren geven aan of en in welke mate het waarschijnlijk is dat kostenverbeteringen daadwerkelijk resulteren in voordelen voor de gebruikers, ik werk ze daarom hieronder nader uit.

Ten aanzien van (a) geldt dat hoe groter de resterende concurrentie, hoe meer kans bestaat dat voordelen worden doorgegeven. Verder zal concurrentie op prijs eerder leiden tot doorgeven van voordelen dan concurrentie op capaciteit. Wanneer een markt gevoelig is voor stilzwijgende collusie,[125] bevordert dat niet het doorgeven van de kostenverbeteringen.[126] Ten aanzien van punt (b) geldt dat efficiëntiewinsten eerder worden doorgegeven aan de gebruikers indien er een kostenverbetering

UNDER EMBARGO

119 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 84.
120 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 85-86. Bij de compensatie dient bedacht te worden dat de waarde van een toekomstige winst voor gebruikers niet hetzelfde is als de actuele winst voor de gebruikers. De richtsnoeren wijzen daarom op het verdisconteren van toekomstige winsten, zie par. 88.
121 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 86.
122 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 90. De voorwaarde functioneert als een glijdende schaal: naarmate de mededingingsbeperking bij toetsing aan artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag groter blijkt te zijn, moeten ook de efficiëntieverbeteringen en het aandeel dat daarvan aan de gebruikers wordt doorgegeven, groter zijn (par. 90 en par. 101).
123 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 3.4.2 en 3.4.3.
124 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 95-101.
125 Deze term ziet op samenspanning tussen ondernemingen, zie ook: Jones & Sufrin 2016, p. 661.
126 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 97.

plaatsvindt in de variabele kosten. Dit omdat productie en prijszetting worden beïnvloed door de marginale kosten. In het kader van de elasticiteit van de vraag (punt c) geldt dat het aandeel van kostenverbeteringen dat wordt doorgegeven aan gebruikers afhankelijk is van de mate waarin gebruikers reageren op prijsveranderingen. Hoe groter de toename van de vraag is als gevolg van een prijsdaling, hoe waarschijnlijker het is dat voordelen worden doorgegeven. Stel dat consumenten bijvoorbeeld sterk hun marktgedrag aanpassen als gevolg van een verhoging van de prijs van benzine (bijvoorbeeld door de fiets te pakken in plaats van de auto) en vice versa, dan wordt gesproken van een grote elasticiteit. Wat de omvang van de mededingingsbeperking betreft (punt d) dient de wisselwerking tussen een mededingingsbeperking en kostenverbeteringen in aanmerking te worden genomen. Enerzijds geeft iedere toename in marktmacht ondernemingen een prikkel om de prijzen te verhogen, maar aan de andere kant kunnen kostenverbeteringen een prikkel geven tot een verlaging van prijzen.[127] In dit verband is van belang of de overeenkomst de concurrentiedruk die ondernemingen ervaren sterk doet afnemen. Als dat het geval is, zijn hoge kostenverbeteringen vereist om te waarborgen dat de voordelen in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven.[128]

Om te beoordelen in hoeverre de voordelen van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen – zoals de beschikbaarheid van nieuwe of betere producten – of kostenverbeteringen worden doorgegeven, dient (dus) een weging plaats te vinden tussen de (dynamische) waarde/welvaart die nieuwe of verbeterde producten/kostenverbeteringen aan de gebruikers geven en de schade die wordt geleden door de mededingingsbeperking. Zolang de toename in waarde hoger ligt dan de eventuele schade, zijn de gebruikers beter af dan zonder de beperking het geval zou zijn geweest en is over het algemeen voldaan aan het tweede vereiste van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.[129]

3. Onmisbaarheid

De derde voorwaarde die wordt gesteld aan de vrijstelling van het kartelverbod is de onmisbaarheid van de beperking. In de kern gaat het dan om de vraag of de afspraak noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te realiseren en of daarvoor geen (minder beperkende) alternatieven bestaan. Anders gezegd, het gaat om de beoordeling van de proportionaliteit tussen de door de kartelafspraak opgelegde beperkingen en de door de kartelafspraak te realiseren voordelen.

Beslissend is de vraag of de beperkende overeenkomst en de individuele beperkingen die daaruit voortvloeien het al dan niet mogelijk maken om de betrokken activiteit efficiënter uit te voeren dan wellicht het geval zou zijn zonder de overeenkomst of de betrokken beperking.[130] Daarbij is als gezegd van belang dat geen minder beperkend middel voorhanden is om de efficiëntieverbetering te

127 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 101.
128 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 101.
129 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 104.
130 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 73.

ONDER EMBARGO

kunnen realiseren.[131] Ondernemingen zijn niet verplicht dergelijke alternatieven te onderzoeken maar zij dienen, als de Commissie aangeeft dat realistische en haalbare alternatieven bestaan, wel uiteen te zetten en aan te tonen dat dergelijke alternatieven aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn.[132]

Wanneer is vastgesteld dat de betrokken afspraak noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te realiseren, dient de onmisbaarheid van elk van de mededingingsbeperkingen die uit de afspraak voortvloeien, te worden onderzocht.[133] Een beperking is onmisbaar indien het ontbreken van deze beperking de uitschakeling of de aanzienlijke vermindering meebrengt van de efficiëntieverbeteringen welke uit de overeenkomst voortvloeien, dan wel het aanzienlijk minder waarschijnlijk maakt dat deze efficiëntieverbeteringen zich zullen voordoen.[134] De beoordeling van de onmisbaarheid vindt plaats binnen het feitelijke kader waarin de overeenkomst functioneert en daarbij dient met name rekening te worden gehouden met de structuur van de markt, de aan de overeenkomst verbonden economische risico's en de prikkels waarmee partijen te maken hebben.[135]

4. Voldoende restconcurrentie

De vierde voorwaarde die wordt gesteld in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat de overeenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geeft om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen. Er moet dus voldoende concurrentie blijven resteren op de relevante markt. Het antwoord op de vraag of de mededinging door de afspraak voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld hangt volgens de Commissie af van de vermindering van de concurrentie die de overeenkomst meebrengt.[136] Om dat vast te kunnen stellen, dient een breed scala aan concurrentiebronnen te worden onderzocht. In ieder geval moet rekening worden gehouden met de marktaandelen, toetredingsdrempels, marktgedrag en marktmacht.[137] In hoofdstuk 3 zal ik uitvoeriger hierbij stilstaan. Ter illustratie geef ik op deze plaats een voorbeeld dat ik heb ontleend aan de eerder genoemde richtsnoeren van de Europese Commissie:

> Onderneming A is een brouwerij die 70% in handen heeft van de relevante markt, de markt voor de verkoop van bier via cafés en andere drankgelegenheden. In de afgelopen vijf jaar heeft A zijn marktaandeel van oorspronkelijk 60% uitgebreid. Op de markt zijn er vier andere concurrenten: B en C met elk 10% marktaandeel en D en E met elk 5% marktaandeel. In het recente verleden zijn geen nieuwe ondernemingen tot deze markt toegetreden en de door A doorgevoerde prijsaanpassingen zijn doorgaans door haar concurrenten gevolgd. A sluit overeenkomsten met 20% van de drankgelegenheden die samen goed zijn voor 40% van de verkoopvolumes, waarbij de contractpartijen toezeggen om voor een periode van vijf jaar enkel bij A bier af te nemen. Door deze overeenkomsten stijgen de kosten en dalen de inkomsten van concurrenten, die de

131 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 75.
132 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 75.
133 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par 78 (eerste zin).
134 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 79.
135 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 80.
136 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 107.
137 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 108.

ONDER EMBARGO

> toegang tot de aantrekkelijkste drankgelegenheden afgeschermd zien. Gezien de marktpositie van A, die in recente jaren is versterkt, het uitblijven van nieuwe toetreding en de reeds zwakke positie van concurrenten, bestaat de kans dat de concurrentie op de markt wordt uitgeschakeld.[138]

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat de marktaandelen van ondernemingen van belang zijn voor de vraag hoeveel concurrentie resteert. Indien concurrenten zich in een zwakke positie bevinden en toetreding van nieuwe ondernemingen niet waarschijnlijk is, ervaart een dominante onderneming op een markt weinig hinder. Het sluiten van exclusieve afnamecontracten met de drankgelegenheden die goed zijn voor 40% van de verkoopvolumes geeft dan het risico dat de concurrentie op de markt wordt uitgeschakeld en onvoldoende concurrentie resteert.

2.3.2.3 Groepsvrijstelling van het kartelverbod

2.3.2.3.1 Systematiek van een groepsvrijstellingsverordening

Een derde mogelijkheid op grond waarvan overeenkomsten kunnen worden uitgezonderd van het kartelverbod is door middel van een groepsvrijstellingsverordening (hierna: GVO). In een GVO worden bepaalde groepen afspraken die voldoen aan de voorwaarden van een GVO automatisch vrijgesteld van het kartelverbod. Ondernemingen dienen enkel aan te tonen dat hun handelwijze valt onder de voorwaarden die zijn neergelegd in een GVO. Op hen rust dus niet de verplichting om aan te tonen dat een 'kartel' voldoet aan de vier cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, waarbij ik in de vorige paragraaf stilstond. Dit betekent dat, als een afspraak niet voldoet aan de voorwaarden neergelegd in een GVO, deze niet zonder meer nietig en verboden zal zijn. In feite moet dan eerst nog worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en indien daaraan voldaan is, staat ook de toetsing aan de individuele vrijstelling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag open.[139]

Het karakter van een GVO veronderstelt dat de overeenkomsten die onder het toepassingsbereik van zo'n verordening vallen, voldoen aan de vereisten voor de individuele vrijstelling en daarmee uitgezonderd zijn van het kartelverbod. Dit impliceert dat een GVO kan worden ingetrokken voor een bepaalde groep van samenwerking wanneer niet meer wordt voldaan aan de in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag gestelde voorwaarden.[140] Het bewijs hiervan rust dan wel op de mededingingsautoriteiten.[141] GVO's werken rechtstreeks door in de Nederlandse Mededingingswet.[142] Voor verschillende soorten van overeenkomsten zijn door de Raad of de Commissie in de loop der jaren groepsvrijstellingen gegeven en weer ingetrokken. Ook de verzekeringssector kende geruime tijd een GVO.[143] Vanwege

ONDER EMBARGO

138 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 116.
139 Zie considerans nr. 8 van de Verordening 267/2010. Zie ook Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 24.
140 Zie artikel 29 lid 1 Verordening 1/2003. Vgl. Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 36.
141 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 36.
142 Zie art. 12 en 13 Mw. Vgl. T&C Mededingingswet, art. 6, aant. 1. Een verordening is rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten en verbindend in al haar onderdelen, zie art. 288 VWEU.
143 Verordening 267/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector.

het belang van deze GVO voor de beoordeling van samenwerkingsvormen in de verzekeringssector geef ik in de volgende paragraaf een kort overzicht.[144]

2.3.2.3.2 De groepsvrijstelling voor de verzekeringssector

Gedurende lange tijd heeft er een GVO bestaan voor de verzekeringssector. Op 31 maart 2017 is de door de Europese Commissie laatst vastgestelde GVO nr. 267/2010 vervallen.[145] Hoewel door de Commissie werd erkend dat er in de verzekeringssector behoefte bestaat aan samenwerking, met name op het gebied van de uitwisseling van statistische gegevens en de samenwerking in pools, achtte zij een verlenging niet langer noodzakelijk. Vanwege de grote rol die de GVO binnen de verzekeringssector gespeeld heeft, schets ik de achtergrond en de invulling die tot 31 maart 2017 aan de GVO gegeven werd.

De Commissie ontleende de mogelijkheid een groepsvrijstellingsverordening te verlenen aan de verzekeringssector aan de machtiging van de Raad.[146] Als reden daarvoor werd gegeven dat 'samenwerking tussen ondernemingen in de verzekeringssector tot op zekere hoogte gewenst is voor een goed functioneren van die sector en terzelfder tijd de belangen van de consument kan dienen'. De Commissie werd in 1991 gemachtigd bij verordening het kartelverbod niet van toepassing te verklaren op afspraken ten aanzien van:

a. gemeenschappelijke risicopremietarieven die op collectief opgestelde statistieken of op het aantal schadegevallen berusten;
b. gemeenschappelijke standaardvoorwaarden;
c. gemeenschappelijk verzekeren van bepaalde standaardrisico's;
d. de schadeafwikkeling;
e. het onderzoek en de goedkeuring van veiligheidsvoorzieningen
f. registers van en informatie omtrent verhoogde risico's, op voorwaarde dat het bijhouden van deze registers en de behandeling van deze informatie zodanig gebeurt dat de vertrouwelijkheid wordt beschermd.[147]

Op 21 december 1992 maakte de Commissie voor het eerst gebruik van deze bevoegdheid door vaststelling van Verordening 3932/92. In de eerste GVO werd samenwerking ten aanzien van de hierboven genoemde punten (a), (b), (c) en (e) vrijgesteld. De resterende punten, de samenwerking omtrent de schadeafwikkeling (d) en de registers van en informatie over verhoogde risico's (f) werden niet vrijgesteld omdat – zo volgt uit overweging 2 van Verordening 2932/92 – de Commissie van mening was dat zij niet voldoende ervaring had opgedaan bij de behandeling van

144 In volgende hoofdstukken van dit boek zal op meerdere plekken worden verwezen naar de regeling van bepaalde onderwerpen in de GVO.
145 Zie daarover G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector?', *Het Verzekerings-Archief* 2016 (1), p. 29-34 alsmede G.T. Baak, 'Verzekering & mededinging: de gevolgen van het einde van de groepsvrijstellingsverordening', *Markt & Mededinging* 2017, afl. 3, p. 98-104.
146 Verordening 1534/1991, derde overweging.
147 Zie artikel 1 lid 1 van Verordening 1534/1991.

UNDER EMBARGO

individuele gevallen om haar door de Raad gegeven machtiging tot het verlenen van een vrijstelling op die gebieden te gebruiken.[148]

Verordening 3932/92 was geldig tot 31 maart 2003. Op 27 februari 2003 meende de Commissie voldoende reden te hebben om de verordening te verlengen door het vaststellen van Verordening 358/2003. In deze tweede GVO werd dezelfde vrijstelling gegeven als in de eerste GVO, zij het dat een aantal aanpassingen werd doorgevoerd. De tekst van de verordening werd gewijzigd door aan te haken bij de destijds gekozen lijn van de Commissie om het mededingingsrecht meer economisch te benaderen, wat inhoudt dat de nadruk bij de beoordeling ligt op de invloed van een overeenkomst op mededinging.[149] Zo werd in de GVO meer nadruk gelegd op het omschrijven van de groepen overeenkomsten waarvoor tot een bepaald niveau van marktmacht een vrijstelling geldt en op het aangeven van de beperkingen of bepalingen die niet in dergelijke overeenkomsten mogen worden opgenomen.[150] De verordening kende een geldigheidsduur van zeven jaren.

De derde herziening vond plaats bij Verordening 267/2010.[151] De herziening ging gepaard met een Mededeling van de Commissie waarin een toelichting is te vinden op de gewijzigde verordening.[152] De verordening bevatte een vrijstelling voor twee groepen overeenkomsten. In de eerste plaats gemeenschappelijke compilaties, tabellen en onderzoeken (ten behoeve van de berekening van risicopremietarieven) en in de tweede plaats de gemeenschappelijke dekking van bepaalde soorten risico's in pools. In tegenstelling tot Verordening (EG) nr. 358/2003, werd daarmee geen vrijstelling verleend voor de vaststelling en goedkeuring van standaardpolisvoorwaarden en de samenwerking ten aanzien van veiligheidsvoorzieningen. De voornaamste reden was, volgens de Commissie, dat deze niet specifiek genoeg waren voor de verzekeringssector en de opneming ervan in een dergelijk uitzonderlijk rechtsinstrument zou kunnen leiden tot een ongerechtvaardigde discriminatie van andere sectoren waarvoor geen groepsvrijstelling bestaat.[153] De beoordeling van deze twee vormen van samenwerking diende vanaf toen individueel te geschieden, waarbij evenwel de Richtsnoeren voor horizontale samenwerking behulpzaam zijn. Het is goed om te vermelden dat de individuele beoordeling het gevolg is geweest van de vaststelling van de Uitvoeringsverordening. De invoering van deze verordening heeft het handhavingssysteem van het mededingingsrecht ingrijpend veranderd. Het

ONDER EMBARGO

148 Vgl. overweging 3 bij Verordening 358/2003.
149 Zie voor een bespreking van Verordening 358/2003, Borgesius 2004, p. 1-17.
150 Zie considerans nr. 7 bij Verordening 358/2003.
151 Verordening 267/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEU* 2010, L-83 (geldend tot 31-03-2017).
152 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.
153 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 (overweging 19). De Commissie wijst daarnaast op mededingingsbezwaren verbonden aan deze twee vormen van samenwerking. Zie daaromtrent het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad naar aanleiding van de evaluatie van de werking van Verordening (EG) nr. 358/2003, zie COM(2009)138 def.

ontheffingensysteem waarbij ondernemingen om in aanmerking te kunnen komen voor een vrijstelling van het kartelverbod een ontheffing van de Europese Commissie moesten verkrijgen, veranderde in een systeem van een wettelijke uitzondering. Daarin werkt de wettelijke uitzondering van art. 101 lid 3 van het Werkingsverdrag rechtstreeks door in de lidstaten en dienen ondernemingen zelf te beoordelen of zij in aanmerking komen voor een vrijstelling van het kartelverbod. Het einde van het ontheffingensysteem bracht met zich dat een einde kwam aan de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om ex ante te beoordelen of de uitzondering van art. 101 lid 3 van het Werkingsverdrag in een specifiek geval van toepassing is. Deze bevoegdheid komt nu ex post ook toe aan nationale rechters, arbiters en mededingingsautoriteiten.[154]

Met deze belangrijke wijziging in het mededingingsrechtelijke handhavingsbeleid hebben GVO's aan belang ingeboet. De Commissie stelde zich dan ook op het standpunt dat verlenging enkel plaatsvindt indien een sector dusdanig 'bijzonder' is dat er een grotere behoefte aan samenwerking bestaat dan in andere sectoren en waarbij een groepsvrijstellingsverordening noodzakelijk is om die samenwerking te bevorderen of te beschermen. Met de (gewijzigde) verlenging van Verordening (EU) nr. 267/2010 heeft de Commissie dit bijzondere karakter van de verzekeringssector erkend. Toch bleek uit de evaluatie van deze verordening naar voren te komen dat de Commissie een GVO voor de sector verzekeringen niet langer noodzakelijk vond om samenwerking te bevorderen of te beschermen.[155] Verordening (EU) nr. 267/2010 is daarom vervallen op 31 maart 2017. Dit heeft tot gevolg dat samenwerking in de verzekeringssector gewoon moet worden getoetst aan het kartelverbod, zonder dat kan worden teruggevallen op de 'veilige haven' die de GVO bood. Desalniettemin kunnen de aanknopingspunten die door de Europese Commissie werden gegeven in de GVO nog steeds worden gebruikt voor de uitleg en toepassing van het kartelverbod in de verzekeringssector. In het vervolg van dit boek zal daarom herhaaldelijk aansluiting worden gezocht bij de regeling zoals die bestond in de GVO en de daarbij behorende documenten.

2.4 Het verbod op misbruik van een machtspositie

2.4.1 Inleiding

In artikel 102 van het Werkingsverdrag is het verbod op misbruik van een machtspositie opgenomen. In tegenstelling tot het hiervoor besproken kartelverbod dat ziet op samenwerking tussen concurrenten, richt het verbod op misbruik van een machtspositie zich juist op het eenzijdige marktgedrag van ondernemingen. Beide verboden hebben wel een gemeenschappelijk doel: de bescherming van de

154 G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector?', *Het Verzekerings-Archief*, 2016 (1), p. 30.
155 G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector?', *Het Verzekerings-Archief*, 2016 (1), p. 31-33.

ONDER EMBARGO

concurrentie op de markt.[156] De tekst van artikel 102 van het Werkingsverdrag luidt als volgt:

> 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan.
>
> Dit misbruik kan met name bestaan in:
> a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
> b. het beperken van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
> c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;
> d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.'[157]

In het artikel ligt een aantal vereisten besloten waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van verbod op misbruik van een machtspositie. Het gaat om de volgende vier voorwaarden:
1. een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten;
2. een gedraging van een of meer ondernemingen;
3. een machtspositie;
4. misbruik.

De eerste twee vereisten, de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en een gedraging van een of meer ondernemingen, heb ik reeds besproken bij de behandeling van het kartelverbod en laat ik daarom hier verder rusten.[158] Hieronder zullen het derde en vierde vereiste worden besproken. Eerst behandel ik de afbakening van de relevante markt waarop een onderneming een machtspositie kan innemen. Hoewel uit de bespreking in par. 2.3 bleek dat de afbakening van de relevante markt ook van belang is bij een beoordeling onder het kartelverbod, is er naar de opzet van dit hoofdstuk voor gekozen om de marktafbakening te plaatsen bij het verbod op misbruik van een machtspositie. De reden daarvoor is dat (het leerstuk van) de marktafbakening onontbeerlijk is voor het vaststellen van een machtspositie van een onderneming en daar het meest prominent een rol bij speelt. Dat neemt niet weg dat ook bij de toepassing van het kartelverbod de marktafbakening een belangrijk onderdeel is, vooral bij de vraag of een kartelafspraak gelet op de marktmacht van de betrokken ondernemingen de mededinging op de relevante markt merkbaar beperkt.

ONDER EMBARGO

156 Zie HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, *Jur*. 1973, p. 215, ro 25 (*Continental Can*)
157 Vgl. artikel 24 Mw.
158 Zie paragraaf 2.3.1.1 en 2.3.1.3 van dit hoofdstuk.

2.4.2 De afbakening van de (relevante) markt

Om de machtspositie van een onderneming te kunnen vaststellen, is het noodzakelijk eerst de relevante markt te bepalen om vervolgens de graad van marktmacht (de machtspositie) van de betrokken onderneming op die markt te onderzoeken.[159] Na de afbakening van een markt (dus: het vaststellen van de 'relevante markt', dat wil zeggen de markt waarop de macht van een onderneming zich uitstrekt) zal immers pas kunnen worden beoordeeld in hoeverre een daadwerkelijke beperking van de mededinging op die relevante markt plaatsvindt.[160] Een markt die breed wordt afgebakend zal voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van de machtspositie van de onderneming op die markt voordeliger uit kunnen pakken dan een markt die nauw wordt gedefinieerd. Op een ruim afgebakende markt ondervindt een onderneming meer concurrentie en is het daarom minder waarschijnlijk dat een onderneming een machtspositie inneemt dan op een kleine markt.

Aanknopingspunten voor de marktafbakening zijn te vinden in de bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht.[161] Daaruit is af te leiden dat de relevante markt waarop een mededingingskwestie moet worden beoordeeld wordt vastgesteld aan de hand van de combinatie van de productmarkt en de geografische markt.[162] Een relevante productmarkt omvat alle producten en diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.[163] Zo beschouwde het Hof in de zaak *United Brands* de markt voor bananen als afzonderlijke productmarkt, te onderscheiden van de markt voor vers fruit (waaronder appels, druiven, sinaasappelen, perziken en aardbeien), omdat de banaan zich onderscheidt door haar uiterlijk, smaak en zachtheid, evenals het niet bevatten van pitten, de gemakkelijke verhandelbaarheid, de gelijkmatige productie en het voorzien in constante behoeften van belangrijke groepen van de bevolking zoals ouderen, zieken en kinderen.[164] Een banaan verschilt dus van andere soorten fruit waardoor voor de marktafbakening van een afzonderlijke productmarkt moet worden uitgegaan. Een belangrijk instrument dat de Europese Commissie noemt voor de marktafbakening is de mate waarin een product vervangbaar is voor de consument. Dit wordt de vraagsubstitueerbaarheid genoemd. Vanwege de economische achtergrond van dit instrument bespreek ik de toepassing ervan uitvoerig in hoofdstuk 3. Dit criterium werd in bovenvermelde zaak gebruikt om te komen tot het oordeel dat een banaan door haar bijzondere eigenschappen (uiterlijk, smaak etc.) zich in voldoende mate onderscheidt van ander fruit, zodat consumenten ondanks de aanwezigheid van concurrerend fruit er niet van worden weerhouden een banaan te kopen.

159 Zie HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, *Jur*. 1973, blz. 215, punt 32 (*Continental Can*).
160 In die zin Mok 2004, p. 91-92.
161 Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEG* 1997, C 372), hierna: Bekendmaking relevante markt.
162 Zie de Bekendmaking relevante markt, paragraaf 9.
163 Zie de Bekendmaking relevante markt, paragraaf 7.
164 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, *Jur*. 1978, blz. 207, p. 274-275 (*United Brands*).

ONDER EMBARGO

Naast het bepalen van de productmarkt omvat de marktafbakening in het mededingingsrecht ook het vaststellen van de relevante geografische markt. Daarmee wordt het gebied bedoeld waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.[165] Bij de bepaling van de geografische markt wordt bijvoorbeeld rekening gehouden met de marktintegratie binnen de Europese Unie, alsmede de prijs- en concurrentiedruk die ondernemingen kunnen ondervinden van elders gevestigde concurrenten.[166]

Een belangrijk economisch instrument dat wordt toegepast bij de marktafbakening is de (kruislingse) prijselasticiteit. In hoofdstuk 3, onder 3.3.2.3 behandel ik de economische instrumenten bij marktafbakening uitvoeriger. Ik volsta hier met een korte omschrijving van elasticiteit. De elasticiteit (van de vraag) geeft aan in hoeverre de vraag naar een product of dienst gevoelig is voor een prijsverandering van hetzelfde of een ander product of dienst.[167] Naarmate de vraag sterker reageert op een prijsverandering, geldt dat het product een grotere prijselasticiteit kent. Voor de marktafbakening betekent dit instrument dat in de situatie dat een product een hoge prijselasticiteit kent waardoor consumenten (sneller) geneigd zijn over te stappen op een soortgelijk of vervangend product, dat de keuze rechtvaardigt om dat vervangend product op te nemen in de relevante productmarkt.

2.4.3 Het innemen van een machtspositie

Nadat de relevante markt is bepaald, kan worden vastgesteld hoe groot de invloed van een onderneming is op die markt. Als eerste stap bij de toepassing van artikel 102 van het Werkingsverdrag geldt de vaststelling van de machtspositie van een onderneming met daaraan gekoppeld de vraag hoe groot haar marktmacht is.[168] Uit de jurisprudentie van het Hof is af te leiden dat een machtspositie wordt gezien als:

> 'een economische machtspositie welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.'[169]

ONDER EMBARGO

165 Zie de Bekendmaking relevante markt, paragraaf 8.
166 Zie meer uitgebreid op dit punt paragraaf 28-32 van de Bekendmaking relevante markt.
167 De kruislingse prijselasticiteit ziet op de verandering van de vraag naar product X (bijvoorbeeld diepvriesmaaltijden) als gevolg van een prijsverhoging van product Y (bijvoorbeeld verse kant en klare maaltijden). Indien deze een negatieve uitkomst kent, geldt dat de producten complementair aan elkaar zijn. Andersom zijn de producten X en Y elkaars substituten.
168 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, par. 9.
169 Zie HvJEG 14 februari 1978, C-27/76, *Jur*. 1978, blz. 207, punt 65 (*United Brands*); HvJEG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur*. 1979, p. 461 ro. 38 (*Hofmann-La Roche*); Vgl. paragraaf 10 van de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten. De omschrijving is eveneens overgenomen in artikel 1 sub i van de Mededingingswet.

Een machtspositie stelt een onderneming dus in staat om zich onafhankelijk op de markt te gedragen.[170] Juist die positie, zo volgt uit het arrest *Hofmann-la Roche*, stelt een onderneming in staat om de voorwaarden waaronder de mededinging zich ontwikkelt te bepalen danwel aanmerkelijk te beïnvloeden en biedt haar de gelegenheid zich bij haar marktgedrag niet aan de concurrentie te storen.[171] Uit de richtsnoeren van de Commissie volgt dat onafhankelijk gedrag verband houdt met de sterkte van de concurrentiedruk die op de onderneming wordt uitgeoefend.[172] Een onderneming met een machtspositie die daardoor in staat is zich onafhankelijk te gedragen op de markt zal geen sterke concurrentiedruk voelen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de *Google*-zaak, waarin de Commissie concludeert dat Google op de markt voor online zoekdiensten een dominante marktpositie heeft.[173] De Commissie stelt dat een onderneming die in staat is om haar prijzen gedurende een aanzienlijke periode winst vergrotend te verhogen boven het concurrerende niveau, onder onvoldoende concurrentiedruk staat, en dus in de regel als een onderneming met een machtspositie kan worden beschouwd.[174]

De cruciale vraag in dit kader is welke mate van marktmacht tenminste vereist is, wil er sprake zijn van een onderneming met een machtspositie.[175] Marktmacht kan worden beschouwd als een schaal met twee uitersten, enerzijds perfecte concurrentie zonder enige marktmacht van een onderneming en anderzijds een monopolie waarin een onderneming alleenheerser is op de markt. In hoofdstuk 3 ga ik daar uitgebreider op in. Aangezien beide uitersten niet alledaags zijn, zal een zeker punt genomen dienen te worden van waaraf een onderneming geacht kan worden een machtspositie te bezitten. Marktaandelen vormen daarbij een nuttige eerste indicatie van de marktstructuur en van het relatieve belang van de verschillende ondernemingen die op de markt actief zijn.[176] De Europese Commissie is van mening dat:

> 'geringe marktaandelen doorgaans een goede indicatie zijn voor het ontbreken van substantiële marktmacht. De ervaring van de Commissie leert dat een machtpositie weinig waarschijnlijk is wanneer het marktaandeel op de betrokken markt onder 40 % ligt. Toch kunnen er zich specifieke gevallen voordoen waarin concurrenten, ook al overschrijden zij die drempel niet, niet in staat zijn de gedragingen van een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk in toom te houden (wanneer zij bijvoorbeeld te maken hebben met ernstige capaciteitsbeperkingen). Ook die gevallen verdienen mogelijk de aandacht van de Commissie.'[177]

ONDER EMBARGO

170 Vgl. Jones & Sufrin 2016, p. 285.
171 HvJEG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur*. 1979, p. 461 ro. 39 (*Hofmann-La Roche*).
172 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, par. 10.
173 Beschikking van de Europese Commissie van 27 juni 2017, zaak AT.39740, rn. 271 (*Google Search – Shopping*).
174 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, par. 11 onder vermelding dat de lengte van 'de aanzienlijke periode' – normaal gesproken is twee jaren voldoende – afhangt van het product en de omstandigheden op de betrokken markt (zie voetnoot 6 van de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten). Met deze omschrijving sluit de Commissie aan bij een meer economische benadering van het mededingingsrecht, aangezien de economische wetenschap marktmacht ziet als de mogelijkheid voor een onderneming om de prijzen boven het concurrerende niveau te zetten en te handhaven.
175 Vgl. Jones & Sufrin 2016, p. 322.
176 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, par. 13. Marktaandelen zijn voor verscheidene mededingingsrechtelijke doeleinden van belang zoals de toepasselijkheid van het kartelverbod en de toets voor de merkbaarheid.
177 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, par. 14.

Indien een onderneming een wettelijk monopolie heeft, zal dat doorgaans een machtspositie opleveren.[178]

Een machtspositie kan worden ingenomen door één of meer ondernemingen. Het verbod kan dus ook van toepassing zijn op een collectieve machtspositie tot stand gekomen tussen meerdere ondernemingen. Ondernemingen die onderdeel uitmaken van dezelfde economische eenheid, zoals een concern of holding, worden bij een mededingingsbeperking geacht een collectieve machtspositie te hebben ingenomen. Voor het bestaan van een collectieve machtspositie is vereist dat de ondernemingen door dusdanige banden met elkaar zijn verenigd dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren.[179] De ondernemingen dienen naar de buitenwereld toe, concurrenten, handelspartners en consumenten, op duidelijk kenbare wijze op te treden als een collectieve eenheid die gevormd kan zijn door juridische en/of economische relaties.[180]

In voorkomende gevallen is de grens tussen het verbod op misbruik van een machtspositie en het kartelverbod flinterdun en valt het gedrag van de ondernemingen onder beide verboden.[181]

2.4.4 Misbruik van een machtspositie

Het innemen van een machtspositie is op zichzelf niet verboden. Dat is anders als een onderneming daarvan misbruik maakt. De kern van het verbod op misbruik van een machtspositie is daarom de vraag wanneer een onderneming (met een machtspositie) daarvan misbruik maakt. Een onderneming die een machtspositie inneemt op een markt heeft volgens het Hof een bijzondere verantwoordelijkheid om zich zodanig te gedragen dat geen afbreuk wordt gedaan aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging.[182] Dat komt omdat een onderneming met een machtspositie wezenlijke invloed heeft op de mededinging op een bepaalde markt. Bij de toepassing van het misbruikverbod gaat het om misbruik in objectieve zin.[183] Het *Michelin II*-arrest leert dat daarmee wordt gedoeld op gedragingen van een onderneming die invloed uitoefenen op de structuur van een markt waarop, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan

ONDER EMBARGO

178 Slot & Swaak 2012, p. 9.
179 Zie Slot & Swaak 2012, p. 103 e.v.
180 Zie Jones & Sufrin 2016, p. 264. Zie ook HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395 en 396/96 P, *Jur*. 2000, I. p-1365 (*Compagnie Maritime Belge*).
181 Zie ook Slot & Swaak 2012, p. 128. Bovendien zal het bestaan van een collectieve machtspositie aan de orde komen bij concentraties, zie daaromtrent de Concentratieverordening (EU) nr. 139/2004. Zie eveneens het arrest van het Gerecht van 6 juni 2002, T-342/99, *Jur.* 2002, II. P-2585, ro. 62 (*Airtours v Commissie*) over de vraag onder welke voorwaarden een fusie een collectieve machtspositie in het leven roept. Voor een bespreking van dit arrest, zie Slot & Swaak 2012, p. 104-105.
182 Zie GvEA EG 30 september 2003, T-203/01, *Jur*. 2003, p. II-4071 ro. 55 (*Michelin II*); HvJEU 9 november 1983, 322/81, ECLI:NL:XX:1983:BF5823 (Michelin), punt 57; HvJEU 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:NL:XX:2009:BI0827 (*France Télécom*), punt 105; HvJEU 6 december 2012, C-457/10 P, ECLI:NL:XX:2012:BY6475 (*AstraZeneca*), punt 134.
183 HvJEG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur*. 1979, p. 461 ro. 91 (*Hofmann-La Roche*).

met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten.[184] Het gaat er dus om dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie niet strookt met het normaal te verwachten ondernemersgedrag, waardoor de mededinging (die al verzwakt is door de machtspositie van de onderneming) temeer wordt beperkt. Misbruik kan in de hand worden gewerkt door een gebrek aan concurrentie wat uit het oogpunt van zuivere marktverhoudingen ongewenst wordt geacht.[185]

De intentie van de partij is, evenals dat het geval was bij de vraag of sprake is van een overeenkomst, bij de juridische beoordeling van misbruik niet doorslaggevend. Het misbruik hoeft evenmin in causaal verband te staan met de machtspositie.[186] Ook volgt uit de jurisprudentie dat niet is vereist dat het misbruik plaatsvindt op de markt waarop de onderneming een machtspositie inneemt. Er zijn meerdere voorbeelden in de jurisprudentie van misbruiken met effecten op een andere markt dan de dominerende markt.[187] Dit was bijvoorbeeld het geval in het *AKZO*-arrest. AKZO overtrad het verbod op misbruik van een machtspositie doordat zij gedurende lange tijd de prijzen van meeladditieven op de markt voor bakkerijproducten in het Verenigd Koninkrijk kunstmatig laag hield.[188] Op die manier belette AKZO de toetreding van concurrenten op de markt voor bakkerijproducten (meeladditieven) in het Verenigd Koninkrijk. Ook hanteerde Akzo lokprijzen voor een productpakket, bestaand uit onder andere kaliumbromaat, vitaminemengsels en benzoylperoxyde, waardoor klanten van de concurrent Engineering Chemical Supplies (ECS) werden overgehaald om hun gehele assortiment meeladditieven bij ECS weg te halen.[189]

Soorten van misbruik

Welk soort gedragingen van een onderneming met een machtspositie kwalificeren nu als misbruik? Een eerste aanknopingspunt zijn de voorbeelden genoemd in artikel 102 van het Werkingsverdrag:[190]

a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
b. het beperken van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;

ONDER EMBARGO

184 Zie, met verdere verwijzingen, GvEA EG 30 september 2003, T-203/01, *Jur*. 2003, p. II-4071 ro. 54 (*Michelin II*).
185 Mok 2004, p. 330.
186 Zie HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, *Jur*. 1973, p. 215, ro 25-26 (*Continental Can*). Vgl. conclusie bij HvJ EG 3 juli 1999, C-62/86, *Jur*. 1991, p. I-3359, punt 41, (*AKZO/Commissie*) en Slot & Swaak 2012, p. 112.
187 HvJ EG 14 november 1996, C-333/94 punt 25, met verdere verwijzingen, (*Tetrapak II*).
188 HvJ EG 3 juli 1999, C-62/86, *Jur*. 1991, p. I-3359, punt 41, (*AKZO/Commissie)*. Zie over dit arrest ook Slot & Swaak 2012, p. 112.
189 HvJ EG 3 juli 1999, C-62/86, *Jur*. 1991, p. I-3359, punt 122-130 (*AKZO/Commissie*).
190 Deze voorbeelden zijn niet-limitatief bedoeld: HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, Jur. 1973, p. 215, ro 26 derde zin (*Continental Can*).

d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Het opleggen van onbillijke prijzen (sub a) ziet op het door een onderneming hanteren van een hoger of lager prijspeil dan gebruikelijk is in de markt. Wanneer de dominante onderneming een (extreem) hoog prijsniveau hanteert, wordt wel gesproken over uitbuitingsgedrag.[191] Anderzijds kan sprake zijn van uitsluitingsgedrag op basis van een lage prijs waardoor de markt wordt afgeschermd voor concurrenten. De onderneming offert in die situatie haar winst op korte termijn op en kiest er bewust voor verlies te lijden door het hanteren van roofprijzen. Dit wordt ook wel *predatory pricing* genoemd.[192] Een voorbeeld hiervan biedt de (hiervoor aangehaalde) AKZO-zaak. AKZO maakte misbruik van haar machtspositie doordat zij gedurende lange tijd de prijzen van meeladditieven op de markt voor bakkerijproducten in het Verenigd Koninkrijk kunstmatig laag hield (*predatory pricing*) waardoor toetreding van concurrenten werd belet.[193]

Van een onbillijke prijs kan ook sprake zijn bij *margin squeeze*. Daarmee wordt bedoeld dat een verticaal geïntegreerde dominante onderneming bij het leveren van bepaalde grondstoffen of diensten aan derden hogere prijzen hanteert dan bij interne levering.[194] Naast de levering tegen een onbillijke prijs kan ook sprake zijn van misbruik ingeval de dominante onderneming weigert te leveren aan afnemers actief op een 'stroomafwaartse markt' die de geweigerde input nodig hebben om een product te vervaardigen of een dienst te leveren.[195]

Contractuele voorwaarden kunnen onder omstandigheden ook misbruik opleveren. Te denken valt aan exclusief-verkeersregelingen (d.w.z. exclusieve afnameverplichtingen of kortingen), koppelverkoop en bundeling.[196] Kortingen kunnen bestaan uit getrouwheids- en aankoopkortingen of Engelse clausules. Een getrouwheidskorting komt erop neer dat een afnemer een (extra) korting krijgt wanneer hij (vrijwel) zijn gehele behoefte inkoopt bij de dominante onderneming. Een aankoopkorting is een individuele klantenkorting afhankelijk van het aantal inkopen dat wordt gedaan bij de dominante onderneming. Engelse clausules zien op de verplichting van de dominante

ONDER EMBARGO

191 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 140-141 en Slot & Swaak 2012, p. 112. Uitbuitingsgedrag op basis van een hoge prijs was aan de orde in het arrest United Brands. Zie HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, *Jur*. 1978, blz. 207, ro. 250-252 (*United Brands*). Een onbillijke prijs is een prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische prestatie. De aangewezen toets is het eerst vast stellen van het verschil tussen de verkoopprijs en de onderliggende kostprijs (Average Avoidable Cost) en vervolgens of dit verschil in vergelijking met concurrerende producten buitenproportioneel is.

192 De Commissie beschrijft in haar Richtsnoeren handhavingsprioriteiten onder paragraaf 63-74 deze vorm van uitsluitingsgedrag.

193 Slot & Swaak 2012, p. 112.

194 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 154; Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overweging 80.

195 Zie over leveringsweigering als vorm van misbruik, de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overweging 75-90; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 165; Slot & Swaak 2012, p. 119-120.

196 Zie voor een uitleg van die vormen van uitsluitingsmisbruik de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten, overweging 32-62.

onderneming tot het altijd doen van een beter bod dan het gunstigste bod van de concurrenten.[197]

Koppelverkoop zal in beginsel misbruik opleveren indien er is voldaan aan een viertal voorwaarden: de twee te koppelen producten maken geen deel uit van dezelfde productmarkt (1), de consument wordt gedwongen de twee producten gekoppeld te kopen (2), er mag geen objectieve rechtvaardiging zijn voor de koppeling (3) en de koppeling moet een markt afschermende werking hebben (4).[198]

Een andere vorm van misbruik is *prijsdiscriminatie*, zijnde het hanteren van verschillende prijzen voor gelijkwaardige groepen afnemers. Deze vorm van misbruik wordt wel geschaard onder artikel 102 sub c van het Werkingsverdrag.[199] Onder prijsdiscriminatie valt ook het aanbieden van het product of de dienst in verschillende geografische gebieden/markten tegen verschillende prijzen.[200]

Uit het *Continental Can*-arrest blijkt dat misbruik niet alleen ziet op handelwijzen die de gebruikers rechtstreeks kunnen benadelen maar ook op die welke hen benadelen door in te grijpen in de structuur van de markt, het zogenaamde structureel misbruik. Structureel misbruik ziet op het versterken van de machtspositie van een onderneming door het overnemen van gelieerde ondernemingen waardoor een marktdominantie wordt bereikt die de mededinging wezenlijk gaat belemmeren (d.w.z. slechts ondernemingen laat bestaan die in hun gedrag afhankelijk worden van de dominante onderneming).[201] Momenteel bestaat voor dergelijk marktgedrag het concentratietoezicht dat is neergelegd in de Concentratieverordening en in artikel 26 e.v. van de Mededingingswet.

2.4.5 Uitzonderingen op het verbod op misbruik van een machtpositie

In deze paragraaf worden de uitzonderingen op het verbod op misbruik van machtspositie behandeld. Aan de orde komen de wettelijke uitzondering op grond van artikel 106 van het Werkingsverdrag, de objectieve noodzakelijkheid van een gedraging en het normaal concurrerend gedrag.

2.4.5.1 Artikel 106 van het Werkingsverdrag

Een eerste uitzondering op het verbod op misbruik van een machtspositie wordt vermeld in artikel 106 lid 2 van het Werkingsverdrag. De uitzondering ziet op de situatie dat een onderneming van overheidswege belast is met de uitvoering van bijzondere taken in het algemeen economisch belang.[202] Onverkorte toepassing

197 Slot & Swaak 2012, p. 117; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 162.
198 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 163-164. Vgl. de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overwegingen 47-62.
199 Zie hierover Vedder & Appeldoorn 2019, p. 144-145; Slot & Swaak 2012, p. 123-124.
200 Dit was het geval in het arrest *United Brands*. Zie HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, *Jur*. 1978, blz. 207, ro. 250-252 (*United Brands*).
201 HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, Jur. 1973, p. 215, ro. 26 (*Continental Can*).
202 Zie uitgebreid over deze wettelijke uitzondering, Vedder & Appeldoorn 2019, p. 301 e.v.

ONDER EMBARGO

van de mededingingsregels kan in dat geval botsen met de goede uitvoering van een publieke taak. Zo kan de overheid aan een onderneming die is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, zoals elektriciteit, exclusieve rechten toekennen die strijdig zijn met de mededingingsregels maar die noodzakelijk zijn voor een behoorlijke taakvervulling.[203] Om aan de uitzondering van artikel 106 lid 2 van het Werkingsverdrag te voldoen, is wel vereist dat aan de onderneming door wetgeving of een andere overheidshandeling de publieke taak daadwerkelijk is toebedeeld.[204] Ook moet de onderneming die op de rechtvaardigingsgrond een beroep wil doen, aantonen dat de betreffende taak niet kan worden vervuld onder normale marktcondities en dat de handel tussen de lidstaten niet onevenredig wordt benadeeld wanneer de uitzondering wordt toegekend.[205]

2.4.5.2 Objectieve noodzakelijkheid

In de tweede plaats kan een onderneming met een machtspositie haar gedraging ook rechtvaardigen wanneer zij kan aantonen dat deze objectief noodzakelijk is of aanzienlijke efficiëntieverbeteringen oplevert die opwegen tegen eventuele concurrentieverstorende effecten voor gebruikers.[206] De beoordeling of een gedraging objectief noodzakelijk en evenredig is, wordt beantwoord op basis van externe factoren zoals veiligheids- of gezondheidsoverwegingen.[207] In dat kader is van belang dat het Hof heeft bepaald dat het zeker niet aan de onderneming die een machtspositie inneemt is om op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij al of niet terecht als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren.[208]

Voor een geslaagd beroep op de rechtvaardiging op basis van efficiëntieverbeteringen dient de onderneming aan de hand van controleerbare gegevens aan te tonen dat aan elk van de volgende vier voorwaarden is voldaan:

1. De efficiëntiewinsten zijn of worden waarschijnlijk behaald als gevolg van de gedraging.
2. De gedraging dient onmisbaar te zijn voor de verwezenlijking van de efficiëntiewinsten.
3. De efficiëntiewinst moet opwegen tegen de te verwachten negatieve gevolgen voor mededinging en welvaart van de gebruikers.
4. De gedraging mag de daadwerkelijke mededinging niet geheel uitschakelen in de zin dat geen concurrentie meer resteert en ook geen voorzienbare dreiging van toetreding bestaat.[209]

ONDER EMBARGO

203 Dit was het geval in het *Elektriciteits*-arrest waarin de Nederlandse Staat de import van elektriciteit wettelijk verbood behalve voor een vereniging van samenwerkende elektriciteitsproducten (SEP). Zie HvJ EG 23 oktober 1997, C-157/94, Jur. 1994, p. I-5699, ro. 32 (*Elektriciteit*).
204 Slot & Swaak 2012, p. 229.
205 HvJ EG 23 oktober 1997, C-157/94, Jur. 1994, p. I-5699, ro. 32 en 34-72 (*Elektriciteit*).
206 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overweging 28.
207 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overweging 29. De Commissie tekent hierbij wel aan dat het normaal de taak van de overheid is om voor de volksgezondheid en veiligheid normen vast te stellen en deze te doen naleven.
208 GvEA EG 12 december 1991, T-30/89, *Jur*. 1991 p. II-1439, ro. 118 (*Hilti*); GvEA EG 6 oktober 1994, T-83/91, *Jur*. 1994 p. II-755, ro. 83-84 (*Tetrapak II*).
209 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten overweging 30.

Deze vier voorwaarden vertonen veel gelijkenissen met de vier voorwaarden voor vrijstelling van het kartelverbod die ik besprak in par. 2.3.2.2.

2.4.5.3 Competition on the merits

Ten slotte zal normaal concurrerend gedrag (competition on the merits) buiten het bereik van het verbod op misbruik van een machtspositie vallen.[210] Het door een onderneming streven naar een hogere winstgevendheid of naar marktmacht is mededingingsrechtelijk in beginsel toegestaan. Het hebben van een machtspositie, zonder misbruik daarvan, is immers niet verboden. Klantenbinding, bijvoorbeeld door het geven van kortingen, kan schaalvoordelen en economische groei opleveren. Een dergelijk streven naar efficiëntie en vooruitgang levert geen misbruik op zolang de mededinging maar niet wezenlijk wordt belemmerd en kostenvoordelen ook aan de gebruikers worden doorgegeven.

2.5 Overige mededingingsrechtelijke regels

In deze paragraaf geef ik een beknopte beschrijving van de overige mededingingsrechtelijke regels: het toezicht op concentraties en het verbod op staatsteun. Hoewel deze pijlers van het mededingingsrecht in de verdere analyse in dit boek niet echt meer een rol spelen, kies ik ervoor ze op deze plaats kort te bespreken om de lezer een volledig beeld te geven van het mededingingsrecht.

2.5.1 Het toezicht op concentraties

Hiervoor stond ik stil bij de inhoud van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Een derde pijler van het mededingingsrecht is het toezicht op concentraties. In tegenstelling tot de voorgaande mededingingsrechtelijke bepalingen is het concentratietoezicht preventief van aard. Het concentratietoezicht beoogt mededinging te beschermen bij structuurveranderingen (zoals fusies en overnames) in het bedrijfsleven. In het onderstaande zal achtereenvolgens worden stilgestaan bij: de regelgeving en werkingssfeer van het concentratietoezicht, procedures en beoordelingen onder het concentratietoezicht.

2.5.1.1 Regelgeving en werkingssfeer van het concentratietoezicht

De regels zijn op Unieniveau neergelegd in de Concentratieverordening nr. 139/2004 en de bijbehorende Uitvoeringsverordening nr. 802/2004.[211] Het Werkingsverdrag bevat geen regeling ten aanzien van concentraties. De Concentratieverordening geeft twee beoordelingsstappen: in de eerste plaats een verplichte voorafgaande

210 Zie Vedder & Appeldoorn 2019, p. 152.
211 Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (concentratieverordening) en Verordening (EG) nr. 802/2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (uitvoeringsverordening concentraties).

ONDER EMBARGO

melding van een voorgenomen concentratie gevolgd door een toetsing (het zogenoemde vooronderzoek) en in de tweede plaats de vervolgprocedures ingeval een concentratie voornemen problemen oproept.[212] De Mededingingswet volgt in grote lijnen het Europese concentratietoezicht en heeft haar bepalingen inzake concentraties opgenomen in hoofdstuk 5 Mw. (artikelen 26-49). De daar opgenomen bepalingen vertonen als gezegd parallellen met het Europese concentratietoezicht. Tijdelijke deelnemingen door banken, financiële instellingen of verzekeraars als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, in een onderneming met als doel om deze deelnemingen weer te verkopen vallen krachtens artikel 28 lid 1 sub a van de Mededingingswet buiten het concentratietoezicht, mits zij de aan deze deelnemingen verbonden stemrechten niet uitoefenen om het marktgedrag van deze onderneming te bepalen, of zij deze stemrechten slechts uitoefenen om de verkoop van deze deelnemingen voor te bereiden, en deze verkoop plaatsvindt binnen een jaar na de verwerving. Illustratief voor het concentratietoezicht zijn de overnames die met enige regelmaat plaatsvinden in de verzekeringssector. Zo deelde de ACM op 19 juni 2015 mee dat aan de voorgenomen concentratie tussen ASR Levensverzekeringen N.V., (als onderdeel van de ASR groep), en Axent Verzekeringen B.V, (als onderdeel van de Axent Holding B.V.), geen mededingingsrechtelijke bezwaren kleefden.[213] Op grond van artikel 37 lid 2 van de Mededingingswet kan de ACM een vervolgprocedure inleiden door te bepalen dat een vergunning is vereist voor een concentratie waarvan zij reden heeft om aan te nemen dat die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Om dat vast te stellen zullen marktaandelen van belang zijn.[214]

Werkingssfeer van het communautaire concentratietoezicht

De Concentratieverordening geldt voor alle concentraties die een communautaire dimensie hebben.[215] In beginsel is uitsluitend de Commissie bevoegd om een oordeel te geven over dergelijke concentraties.[216] Een concentratie komt volgens artikel 3 lid 1 van de Concentratieverordening tot stand door een duurzame wijziging van zeggenschap, wat bijvoorbeeld het geval is wanneer twee voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren of een deel van elkaars aandelenkapitaal overnemen.[217] Ook de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die

ONDER EMBARGO

212 Zie Slot & Swaak 2012, p. 135.
213 Besluit van 19 juni 2015, zaaknummer: 15.0606.22 (*ASR Nederland – Axent verzekeringen*).
214 De bepaling van marktaandelen van verzekeraars zijn niet alleen in het mededingingsrecht relevant. EIOPA (de Europese Autoriteit -toezichthouder- voor verzekeringen en bedrijfspensioenen die blijkens art. 16 van de oprichtingsverordening 1094/2010, *PbEU* 2010, L 331/48, bevoegd is richtsnoeren en aanbevelingen te richten tot DNB, AFM en verzekeraars en assurantietussenpersonen) heeft de 'Richtsnoeren inzake de methoden voor de bepaling van de marktaandelen met het oog op rapportage' (EIOPA-BoS-15/106) vastgesteld. Bedoeld is rapportage in verband met prudentieel toezicht op basis van art. 35 van Richtlijn solvabiliteit II, zoals gewijzigd door art. 2 sub 7 van Richtlijn Omnibus II, *PbEU* 2014, L 153/1.
215 Zie artikel 1 lid 1 Concentratieverordening. In artikel 4 lid 5 en artikel 22 is bepaald onder welke voorwaarden een concentratie zonder communautaire dimensie toch onder de Concentratieverordening kan vallen.
216 Zie artikel 21 lid 1 Concentratieverordening. Zie Slot & Swaak 2012, p. 136-137 voor de relativering van het *one stop-shop* systeem. Zie artikel 4 lid 4 en 5 concentratieverordening.
217 Zie artikel 3 lid 1 aanhef en onder a en b concentratieverordening. Uitzonderingen op het concentratiebegrip zijn opgenomen onder artikel 3 lid 5 concentratieverordening.

duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (de zogenoemde *full function joint venture*), vormt een concentratie volgens artikel 3 lid 4 Concentratieverordening.[218] De communautaire dimensie volgt uit artikel 1, lid 2 en 3 van de Concentratieverordening en is gebaseerd op het overschrijden van een primaire- en secundaire omzetdrempel. Hieronder geef ik de Europese omzetdrempels weer:

> 'Lid 2. Een concentratie heeft een communautaire dimensie indien:
> a. de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan 5 miljard EUR bedraagt, en
> b. ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan 250 miljoen EUR bedraagt,
>
> tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.
>
> Lid 3. Een concentratie die niet voldoet aan de in lid 2 vastgestelde drempels, wordt beschouwd als een concentratie met een communautaire dimensie indien
> a. de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan 2,5 miljard EUR bedraagt,
> b. de totale omzet die door alle betrokken ondernemingen in elk van ten minste drie lidstaten is behaald, meer dan 100 miljoen EUR bedraagt,
> c. in elk van de drie lidstaten die ten behoeve van letter b) in aanmerking zijn genomen, ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan 25 miljoen EUR bedraagt, en
> d. ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan 100 miljoen EUR bedraagt,
>
> tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.'[219]

De communautaire dimensie ontbreekt volgens (de laatste zin van) het artikel bij beide drempels indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt (de zogenoemde twee-derde-regel). Het concentratietoezicht in Nederland dat is neergelegd in de Mededingingswet kent aanzienlijk lagere omzetdrempels dan het Europese concentratietoezicht. In artikel 29 lid 1 van de Mededingingswet wordt gesproken van een gezamenlijke omzetdrempel van €150 miljoen door de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste €30 miljoen in Nederland is behaald.

UNDER EMBARGO

218 Vgl. considerans punt 20 van de concentratieverordening.
219 Voor de berekening van de omzet, zie artikel 5 concentratieverordening. Het Nederlandse concentratietoezicht kent eveneens een op omzet gestoelde methode waarbij de drempels lager liggen, zie artikel 29-31 Mw. Uit artikel 31 lid 2 Mw. volgt dat voor verzekeraars in plaats van de omzet gekeken wordt naar de waarde van de bruto geboekte premies.

2.5.1.2 Procedures en beoordeling onder de Concentratieverordening

Herstructureringsprocessen tussen ondernemingen mogen de mededinging niet blijvend schaden zodat mededingingsautoriteiten concentraties vooraf toetsen op hun mogelijk nadelige effect op de mededingingsstructuur in de markt.[220] Valt een concentratie mogelijk onder het toepassingsbereik van de Concentratieverordening, dan dient deze bij de Commissie te worden aangemeld voordat de concentratie er door bijvoorbeeld een fusie of overname is.[221] Het is verboden te fuseren of over te nemen wanneer de desbetreffende concentratie niet ter beoordeling is aangemeld bij de Commissie en nog onduidelijk is of sprake is van verenigbaarheid met de interne markt.[222]

In de eerste beoordelingsfase die na aanmelding volgt, wordt getoetst of de concentratie onder het bereik van de Concentratieverordening valt en, indien dat het geval is, vindt vervolgens een inhoudelijke beoordeling plaats. De inhoudelijke beoordeling komt neer op de vraag of de concentratie (on)verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Onverenigbaar (voor verenigbaar geldt vice versa) zijn de concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als resultaat van het ontstaan of versterken van een machtspositie.[223] Het vooronderzoek zal resulteren in een beschikking waarin de Commissie aangeeft of de voorgenomen concentratie op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit.[224] Aan een positieve beschikking kan de Commissie voorwaarden en verplichtingen verbinden om te bewerkstelligen dat door de betrokken ondernemingen toegezegde ‘corrigerende maatregelen’ zullen worden nagekomen.[225] Deze ‘corrigerende maatregelen’ zijn door de betrokken ondernemingen bij de concentratie aangeboden verbintenissen om de aan de voorgenomen concentratie klevende mededingingsbezwaren weg te nemen.[226]

Wanneer de Commissie echter constateert dat de aangemelde concentratie binnen het toepassingsbereik van de Concentratieverordening valt en er ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, zal de tweede faseprocedure worden ingeleid die aanzienlijk langer duurt dan het eerste

ONDER EMBARGO

220 Zie overweging 5 en 6 bij Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.
221 Artikel 4 lid 1 Concentratieverordening.
222 Artikel 7 lid 1 Concentratieverordening. Op dit verbod is het mogelijk een ontheffing te verkrijgen, zie artikel 7 lid 3 Concentratieverordening.
223 Zie artikel 2 lid 3 Concentratieverordening. De Commissie houdt bij haar beoordeling rekening met de factoren die zijn opgesomd in artikel 1 onder sub a en b. Eveneens speelt de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht en het Hof van Justitie over machtsposities een rol (Appeldoorn & Vedder 2013, p. 151).
224 Artikel 6 lid 1 Concentratieverordening. De beschikking kan de boodschap bevatten of de aanmelding in de werkingssfeer van de verordening valt en, indien dat het geval is, of zij aanleiding geeft tot ernstige mededingingsrechtelijke twijfel. Onder de beschikking vallen ook de zogenaamde nevenrestricties: de beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de concentratie (artikel 6 lid 1 sub b, tweede alinea Concentratieverordening). Zie uitgebreid daarover de Mededeling Nevenrestricties bij concentraties, *PbEU* 2005, C 56/3.
225 Artikel 6 lid 2, alinea 2, Concentratieverordening.
226 Vgl. artikel 19 Uitvoeringsverordening concentraties.

faseonderzoek.[227] In de tweede faseprocedure wordt een beschikking gegeven overeenkomstig artikel 8 Concentratieverordening. De Commissie houdt rekening met structuurwijzigingen die door de betrokken ondernemingen in de tussentijd zijn aangebracht en toetst – ingeval sprake is van een concentratie als bedoeld in artikel 2 lid 4 Concentratieverordening: een concentratie gevormd door ondernemingen die onafhankelijk blijven – aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.[228]

Concentraties kunnen ook in aanmerking komen voor een vereenvoudigde procedure. De voorwaarden daarvoor zijn opgenomen in de bekendmaking inzake de vereenvoudigde behandeling.[229]

Voor een verdere bespreking van de bevoegdheden van de Commissie op grond van de Concentratieverordening, wordt de lezer verwezen naar de bepalingen opgenomen in de Uitvoeringsverordening concentraties.

2.5.2 Verbod op staatsteun

Het laatste mededingingsrechtelijke verbod dat voor de volledigheid in dit hoofdstuk bespreking verdient, is het verbod op staatsteun. In de tweede afdeling van titel VII van het Werkingsverdrag zijn de bepalingen over de steunmaatregelen van staten aan ondernemingen neergelegd in de artikelen 107 en 108 van het Werkingsverdrag. In de kern zien de bepalingen erop dat het voor de lidstaten ongeoorloofd is om bepaalde ondernemingen door steunmaatregelen een concurrentievoordeel te verschaffen op een bepaalde markt. Staatsteun wordt dus verboden. Voorgenomen steunmaatregelen moeten door de lidstaten bij de Europese Commissie worden aangemeld.[230]

De tekst van artikel 107 lid 1 van het Werkingsverdrag, waarin dit verbod is vastgelegd, luidt als volgt:

> 'Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.'

In de tekst van het wetsartikel ligt een viertal vereisten besloten: staatssteun (1), selectiviteit (2), een ongunstig effect op de mededinging (3) en de interstatelijke handel (4).[231] Deze vier vereisten zullen hieronder kort worden besproken, voorzover zij niet eerder in dit hoofdstuk reeds aan de orde zijn gekomen.

227 Artikel 6 lid 1 sub c Concentratieverordening.
228 Vgl. Artikel 8 lid 1, 2 en 3 jo. Artikel 4 van de Concentratieverordening.
229 Bekendmaking inzake vereenvoudigde behandeling, *PbEU* 2005 C 56/32.
230 Artikel 108 lid 3 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.
231 Zie (uitvoerig) de mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107 lid 1 van het Werkingsverdrag, Pb. 2016, C 262/1.

ONDER EMBARGO

2.5.2.1 De vereisten voor het verbod op staatssteun

Staatssteun

Uit de rechtspraak van het Hof valt af te leiden dat het begrip staatssteun een algemenere strekking heeft dan het begrip subsidie: staatssteun omvat niet alleen positieve prestaties zoals de subsidie zelf maar ook maatregelen die (in verschillende vormen) de lasten verlichten die normaliter op het budget van de onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.[232] Alleen voordelen die direct of indirect door staatsmiddelen worden bekostigd, zijn te beschouwen als steunmaatregelen.[233] Indirect zou dat bijvoorbeeld kunnen door toekenning van steun door publiek- of privaatrechtelijke lichamen die door de staat zijn aangewezen of ingesteld.[234]

De steunmaatregel moet de staat kunnen worden toegerekend. Uit de jurisprudentie volgt dat het gegeven dat een openbaar bedrijf onder staatscontrole staat, nog niet volstaat om door dat bedrijf genomen (steun)maatregelen aan de staat toe te rekenen.[235] Er dient – mede op basis van de omstandigheden van de zaak en de context waarin de maatregel is genomen – te worden nagegaan of de overheid betrokken was bij de steunmaatregel.[236]

Slot & Swaak geven een heldere opsomming van mogelijke steunmaatregelen die onder artikel 107 van het Werkingsverdrag kunnen vallen. Zij noemen: directe subsidies, rentesubsidies, rentevrije leningen, kapitaalinjecties, schenkingen, herwaardering van activa, vergoeding voor door de overheid opgelegde financiële verplichtingen, het afzien van terugbetaling van verschuldigde bedragen, gunstige voorwaarden, prijskortingen, contracten voor levering aan de publieke sector, korting op sociale premies, staatsgaranties, belastingconcessies waaronder toezeggingen voor een gunstige fiscale behandeling en het afzien van normale overheidsinkomsten.[237]

Een voorbeeld van een kapitaalinjectie is de staatsteun van 10 miljard euro die ING ontving in 2008. Illustratief voor het verbod op staatssteun is tevens de steunmaatregel van de Nederlandse staat die werd gegeven voor de uitbreiding van de gewasschadeverzekering tot vorstschade voor de periode 2007-2013.[238] Deze steun bestond uit een subsidie als stimulans voor verzekeraars om verzekeringen te introduceren voor schade aan de agrarische productie in de fruitsector als gevolg van extreme vorst. Deze (vooraf bij de Europese Commissie aangemelde) maatregel werd gezien als staatsteun in de zin van artikel 107 lid 1 van het Werkingsverdrag

ONDER EMBARGO

232 HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92, *Jur*. 1994 p. I-877, ro. 13 (*Banco de Credito*).
233 HvJ EG 24 januari 1978, C-82/77, *Jur*. 1987 p. 25, ro. 24-25 (*Van Tiggele*) en arrest van het Gerecht van 12 december 1996, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punt 63 (*Compagnie nationale Air France/Commissie*).
234 HvJ EG 17 maart 1993, gevoegde zaken C-72/91 en C/73/91, *Jur*. 1993 p. I-887, ro. 19 (*Sloman Neptune*).
235 HvJ EG 16 mei 2002, C-482/99, *Jur*. 2002 p. I-4397, ro. 52 (*Stardust Marine*).
236 HvJ EG 16 mei 2002, C-482/99, *Jur*. 2002 p. I-4397, ro. 52, 53-57, (*Stardust Marine*).
237 Slot & Swaak 2012, p. 247.
238 Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2007, C(2007) 3096, Steunmaatregel nr. N 124/2007 betreffende de uitbreiding van de gewasschadeverzekering in de fruitsector tot vorstschade in vervolg op de (eerder goedgekeurde) steunmaatregel nr. N.36/2003.

omdat de door de Nederlandse autoriteiten maatregelen met staatsmiddelen werd bekostigd en werd toegekend aan verzekeraars die de subsidie moesten doorsluizen naar de betrokken landbouwers om de premie te verlagen. Daarbij werd in aanmerking genomen dat de verbetering van de mededingingspositie van een onderneming als gevolg van staatsteun gewoonlijk een bewijs is dat de mededinging met andere ondernemingen die dergelijke steun niet hebben ontvangen, wordt verstoord.[239] Om in aanmerking te komen voor een subsidieaanvraag moesten verzekeraars aantonen dat de garantie volledig in mindering werd gebracht op de premie. Bovendien werden voorwaarden gesteld aan de minimale omvang van de dekking van de verzekering. In dit geval was de steunmaatregel vrijgesteld op grond van artikel 107 lid 3 van het Werkingsverdrag, die ik behandel in 2.5.2.2.

Selectiviteit

Het tweede vereiste voor staatssteun is begunstiging van bepaalde ondernemingen ten opzichte van hun concurrenten. Dit komt erop neer dat de steun niet selectief mag zijn. Illustratief is het *Altmark*-arrest waarin overheidssubsidies werden gegeven aan een busonderneming om een dienst in het algemeen belang uit te voeren: het rijden van lijndiensten. Deze overheidssubsidies werden niet als staatssteun aangemerkt omdat zij dienden ter compensatie van de kosten die met de uitvoering van de busdienst gemoeid waren.[240]

Een uitzondering die op deze plaats een rol speelt, is het *market economy investor principle*. Dat wil zeggen dat een transactie niet als staatssteun wordt gezien indien de staat tegen bepaalde voorwaarden financiële middelen verstrekt die door een particuliere investeerder onder dezelfde voorwaarden zouden zijn verstrekt. Anderzijds schendt de staat dit principe als zij een onderneming een voordeel verleent door ten aanzien van een bepaalde transactie niet te handelen als een marktdeelnemer in een economie. Over dit principe valt veel meer te zeggen, maar dat valt buiten het bestek van dit boek.[241]

Effect op de mededinging en de handel tussen de lidstaten

De steunmaatregel dient te resulteren in een ongunstig effect op de mededinging. Cruciaal daarbij is de constatering dat de concurrentiepositie van de onderneming die de steun ontvangt, versterkt wordt ten opzichte van haar concurrenten. De Commissie dient de omstandigheden waarom de mededinging ongunstig wordt beïnvloed, te motiveren. Te denken valt dan aan de situatie op de betrokken markt, het marktaandeel, het handelsverkeer in de betrokken producten tussen de lidstaten en de export.[242] Het is echter niet noodzakelijk om een afbakening te geven van de relevante markt zoals dat aan de orde kwam bij de toepassing

239 C-730/97, Jur. 1980, blz. 2671, punten 11 en 12.
240 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, *Jur*. 2003 p. I-7747, ro. 110, (*Altmark*).
241 Ik verwijs naar de mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107 lid 1 van het Werkingsverdrag, Pb. 2016, C 262/1, considerans 4.2.
242 HvJ EG 13 maart 1985, gevoegde zaken C-296 en 318/82, *Jur*. 1985 p. 809, ro. 24, (*Leeuwarder papierwarenfabriek*).

ONDER EMBARGO

van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie.[243] Ook hier geldt, evenals dat het geval was bij het kartelverbod, dat een steunmaatregel die geen merkbaar effect op de mededinging heeft, niet is verboden.[244] Voor een bespreking van het vereiste dat de handel tussen de lidstaten ongunstig moet worden beïnvloedt, zij verwezen naar paragraaf 2.3.1.3 van dit hoofdstuk.

2.5.2.2 Wettelijke uitzonderingen op het verbod op staatssteun

In artikel 107 lid 2 van het Werkingsverdrag wordt een aantal (steun)maatregelen toegestaan, het betreft de volgende soorten maatregelen:

a. steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten;
b. steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen;
c. steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voorzover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economische nadelen te compenseren. Vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kan de Raad op voorstel van de Commissie een besluit tot intrekking van dit punt vaststellen.

Verder zijn volgens artikel 107 lid 3 van het Werkingsverdrag de volgende steunmaatregelen toegestaan:

a. steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
b. steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
c. steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
d. steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
e. andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.

ONDER EMBARGO

243 HvJ EG 17 september 1980, C-730/79, *Jur*. 1980 p. 2671, ro. 9-12 (*Philip Moris*).

244 Sinds 2012 bestaat er voor de compensatie van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) een aparte de-minimisvrijstelling, zie Verordening (EU) 360/2012. De reguliere de-minimisvrijstellingsverordening is per 1 januari 2014 neergelegd in Verordening (EU) 1407/2013. Daaruit volgt – zie artikel 3 lid 2 – dat €200.000 steun aan één onderneming over een periode van 3 jaar per lidstaat is vrijgesteld van artikel 107 lid 1 van het Werkingsverdrag.

Eveneens bestaat er een aantal groepsvrijstellingsverordeningen op het gebied van staatssteun.[245]

De vraag kan rijzen hoe het zit met de deelname van de staat in verzekeringspools zoals die er zijn voor terrorisme- klimaat of overstromingsrisico's. Voorzover er sprake is van staatsteun zou een rechtvaardiging kunnen worden gevonden in artikel 107 lid 2 sub c. De deelname van de staat in verzekeringspools fungeert immers als een garantie met als doel om bij te springen bij uitzonderlijke schadegebeurtenissen. Artikel 107 lid 3 sub b van het Werkingsverdrag heeft de Commissie als rechtsgrondslag gebruikt om problemen in de financiële crisis te verhelpen door een aantal steunmaatregelen van tijdelijke aard af te kondigen.[246] Financiële instellingen werden door de staat geholpen door bijvoorbeeld herkapitalisatie-, garantie- en herstructureringsmaatregelen.[247] Ook het hierboven genoemde voorbeeld van de staatsteun voor de introductie van schadeverzekeringen voor landbouwers was verenigbaar met het verbod op staatssteun op grond van artikel 107 lid 3 sub c van het Werkingsverdrag.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de inhoud van het mededingingsrecht besproken. De vier pijlers van het mededingingsrecht, het kartelverbod, het verbod op misbruik van een machtspositie, het toezicht op concentraties en het verbod op staatsteun, kwamen aan bod. Meest uitvoerig is aandacht geschonken aan de inhoud van het kartelverbod, vanwege de centrale plek die dat verbod in het vervolg van dit boek zal innemen. De uiteenzetting in dit hoofdstuk zal gebruikt worden bij de toepassing van het mededingingsrecht in het tweede deel van dit boek. In het volgende hoofdstuk belicht ik het mededingingsrecht vanuit economisch perspectief en onderzoek ik welke economische factoren een rol spelen bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector.

ONDER EMBARGO

245 De Commissie is daartoe gemachtigd bij Verordening 994/98. De volgende GVO zijn relevant: Verordening 659/99. De algemene GVO voor staatsteun is Verordening (EU) nr. 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

246 Zie voor een bespreking van enige voorbeelden van staatssteun verleent in het verleden aan (bank)verzekeraars (ING-Groep, Aegon, SNS-Reaal en Fortis): Borgesius, *Het Verzekerings-Archief* 2009/3, p. 129-131.

247 Zie de bankenmededeling van de Commissie, *PbEU* 2013, C-216/01.

3 Mededingingsrecht vanuit economisch perspectief

3.1 Inleiding en opbouw

In het vorige hoofdstuk gaf ik een schets van het mededingingsrecht. De inhoud en uitleg van de wettelijke bepalingen van het mededingingsrecht werden besproken. Daaruit bleek dat bij de toepassing van het mededingingsrecht economische begrippen van belang zijn.[1] Het gaat dan om begrippen als de marktstructuur, de marktmacht van ondernemingen, toe- en uittredingsdrempels, concurrentiedruk, compenserende afnemersmacht ('countervailing buyerpower') of 'theory of harm'.[2] Begrippen die de niet-economisch ingevoerde lezer niet steeds tot de verbeelding zullen spreken. Tegelijkertijd is het zo dat juist bij de toepassing van het mededingingsrecht dergelijke economische factoren een belangrijke rol spelen. De vraag of bepaald marktgedrag de mededinging beperkt, kan immers niet worden losgekoppeld van de economische context. Het past bij de opzet van dit boek om afzonderlijk aandacht te schenken aan de economische achtergrond van het mededingingsrecht en de betekenis daarvan voor een analyse van mededingingsvraagstukken in de verzekeringssector. Ondanks dat over de economische achtergrond van het mededingingsrecht in de literatuur goede overzichten zijn te vinden, wil ik in dit boek een korte schets geven van de belangrijkste economische principes die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen.[3] Het doel daarvan is tweeledig. Enerzijds kan het (juist die minder ingevoerde) lezer helpen een indruk te krijgen van de economie achter het mededingingsrecht. Anderzijds helpt het om enkele kernbegrippen te verduidelijken, zodat daar in deel II van dit boek (de analyse van de vraagstukken) op kan worden teruggevallen. Centraal staat daarmee op deze plaats de vraag welke economische aspecten van belang zijn voor een beoordeling onder het mededingingsrecht en wat die ons kunnen leren voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector.

Ik zal mij in dit hoofdstuk beperken tot de volgende onderwerpen. In paragraaf 3.2 bespreek ik in vogelvlucht de economische grondslagen van het mededingingsrecht. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3.3 de economische invulling van het begrip 'markt' en de 'marktafbakening'. Het begrip 'marktmacht' bespreek ik afzonderlijk

ONDER EMBARGO

1 Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a, *GlaxoSmithKline*, punt 58 (met verdere verwijzingen), ECLI:EU:C:2009:610; Richtsnoeren Horizontalen, p. 8, rn. 25. Zie ook de Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, p. 102, rn. 32.

2 Zenger & Walker 2012, p 185.

3 Uitgebreid over de economie achter het mededingingsrecht zijn de volgende boeken: Jones & Sufrin 2016, p. 3-90; Bishop & Walker 2018, Fox & Gerard 2017.

onder paragraaf 3.4. In paragraaf 3.5 wil ik de lijnen samenbrengen en enkele (voorlopige) conclusies formuleren voor de verzekeringssector.

3.2 De economische grondslagen van het mededingingsrecht

3.2.1 Wat is mededinging?

Wat is mededinging? Dit is een logische eerste vraag die gesteld zou kunnen worden bij het in kaart brengen van de economische aspecten van het mededingingsrecht. De vraag is niet alleen van belang om een beter begrip te krijgen van het mededingingsrecht, maar laat ook zien hoe economisch het mededingingsrecht eigenlijk is. Mededinging is de pit of kern van het mededingingsrecht. Het gaat in het mededingingsrecht om de bescherming van de mededinging. Maar wat wordt daar dan mee bedoeld? Een synoniem voor mededinging is concurrentie. Bij concurrentie wordt gedacht aan wedijver of strijd. Bij concurrentie draait het om de wil om een ander te overtreffen. Bijvoorbeeld de strijd tussen supermarkten voor het grootste marktaandeel of de beste kwaliteit in producten. Mededinging is dus rivaliteit. Ook bij ondernemingen is dat zo. Baarsma spreekt treffend van 'meedogenloze mededinging'.[4] Concurrentie is inderdaad meedogenloos in die zin dat een bedrijf wordt 'afgestraft' als zij niet scherp (genoeg) blijft op de prijs en kwaliteit van de door haar aangeboden producten. Het valt te verwachten dat het bedrijf (na verloop van tijd) dan klanten zal kwijtraken.

In de wet is geen definitie van het begrip mededinging opgenomen. De reden daarvoor is dat mededinging een veelzijdig begrip is dat moeilijk is te vatten in één allesomvattende, juridische definitie.[5] Bovendien wordt gesteld dat een definitie niet noodzakelijk zou zijn omdat door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten nadere invulling wordt gegeven aan het begrip via de formele beschikkingspraktijk en andere instrumenten zoals groepsvrijstellingsverordeningen en richtsnoeren.[6] Een omschrijving van het begrip 'mededinging' is daarin echter niet te vinden. De Nederlandse wetgever heeft verwezen naar deze lacune die bestaat op Europees gebied.[7] Vanwege de nauwe aansluiting van de Nederlandse mededingingswet bij de Europese mededingingsregels bevat de Nederlandse Mededingingswet ook geen wettelijke definitie. Zou dat wel zo zijn, dan zou namelijk het risico kunnen bestaan dat er onbedoelde fricties kunnen ontstaan tussen de Europese en nationale mededingingsregels. Ondanks dat een wettelijke definitie ontbreekt, geef ik graag de beschrijving van het begrip mededinging weer, zoals deze in de Parlementaire Geschiedenis wordt gehanteerd. Daaruit blijkt dat het begrip mededinging of concurrentie omschreven wordt als:

UNDER EMBARGO

4 Baarsma 2010.
5 *Kamerstukken I* 2013/14, 33622, G Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 1-2.
6 *Kamerstukken I* 2013/14, 33622, G Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 2.
7 *Kamerstukken I* 2013/14, 33622 E Nadere Memorie van Antwoord, p. 3.

> ‘een fundamenteel mechanisme in een markteconomie dat bedrijven aanmoedigt om goederen en diensten aan te bieden aan consumenten tegen de meest gunstige voorwaarden; het is een vorm van rivaliteit tussen ondernemingen die efficiëntie en innovatie stimuleert en tot lagere prijzen leidt en daarmee zowel ondernemingen als consumenten ten goede komt’.[8]

Mededinging komt dus neer op rivaliteit tussen ondernemingen. Die rivaliteit moedigt bedrijven aan om scherp te blijven op de prijs/kwaliteit verhouding van de door hen aangeboden producten. Zowel bedrijven als consumenten zouden daar dan profijt van hebben. Mededinging wordt in het opgenomen citaat ook omschreven als een fundamenteel mechanisme in een markteconomie. De vraag waarom mededinging fundamenteel is voor het functioneren van een economie komt aan bod in de volgende paragraaf waarin ik de doelstellingen van het mededingingsrecht behandel.

3.2.2 De doelstelling(en) van het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht wordt in verband gebracht met meerdere doelstellingen.[9] In de literatuur is daar reeds uitgebreid aandacht aan geschonken.[10] Over het algemeen wordt aangenomen dat de belangrijkste functie van het mededingingsrecht de bescherming van de concurrentie is. Door dat doel te verwezenlijken worden ook andere doelen bereikt, zoals de vergroting of maximalisatie van de consumentenwelvaart (*consumer welfare*) en de doelmatige allocatie van middelen (*allocative efficiency*).[11] Dat zijn economische begrippen. Zij zijn van belang bij de interpretatie van het mededingingsrecht. Zo speelt het begrip ‘efficiëntie’ een belangrijke rol bij de vraag of een beroep op een uitzondering van het kartelverbod is gerechtvaardigd. Wat wordt bedoeld met *welvaartsmaximalisatie* en een *doelmatige middelenallocatie*?

Met de maximalisatie van de welvaart wordt bedoeld dat het mededingingsbeleid erop is gericht om de *consumentenwelvaart* te vergroten.[12] Consumentenwelvaart ziet op het nut dat consumenten ontlenen aan het kopen van een product. Welvaart wordt daarom ook wel als nut aangeduid. Economen zien nut als alles wat de behoeften van mensen beïnvloedt en waarvoor schaarse, alternatief aanwendbare middelen nodig zijn.[13] Als de (consumenten)welvaart wordt gemaximaliseerd wil dat dus zeggen dat de schaars beschikbare middelen zo worden ingezet dat de behoeften van de gebruikers/consumenten optimaal worden bevredigd.

ONDER EMBARGO

8 Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 33622, G Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 1, waar het antwoord van de directeur-generaal van het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie op de wenselijkheid van een definitie is weergegeven. Het Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal verwijst bij mededinging naar concurrentie. Het gaat dan om wedijver: het streven een ander te evenaren of te overtreffen.
9 Whish & Bailey 2018, p. 18-19.
10 Zie bijvoorbeeld Zimmer e.a. 2000.
11 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, par. 13.
12 Jones & Sufrin 2016, p. 37-38. Zie ook: Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 36 en Bishop & Walker 2018, p. 24 en 39.
13 Baarsma 2010, p. 7.

Bij welvaartsmaximalisatie is ook sprake van een doelmatige middelenallocatie. Zoals gezegd worden bij de maximalisatie van welvaart de (schaars) beschikbare middelen namelijk optimaal ingezet/verdeeld. Economen spreken dan van een *allocatieve efficiëntie*. Geen van de spelers op een markt kan er bij een situatie van allocatieve efficiëntie op vooruit gaan zonder dat een ander erop achteruitgaat (Pareto-efficiënt).[14] De productiemiddelen worden, met andere woorden, zo ingezet dat de behoeften optimaal worden bevredigd. Naast de allocatieve efficiëntie wordt er door economen ook gesproken van productieve en dynamische efficiëntie.[15] *Dynamische efficiëntie* ziet op de vermindering van het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel tot innovatie. En bij *productieve efficiëntie* worden de producten tegen zo laag mogelijk kosten geproduceerd.[16]

Om deze begrippen beter te verduidelijken, verwijs ik naar een passage uit de memorie van toelichting gegeven bij de Mededingingswet waarin zowel de allocatieve als de dynamische efficiëntie te herkennen zijn:

> 'Een bekend ongewenst effect van monopolistische en kartelmatige restricties op de vrije prijsvorming, de te produceren en af te zetten producten of de toetredingsvoorwaarden van een markt is dat daardoor een minder efficiënte verdeling van productiemiddelen tot stand komt, zowel in statische als in dynamische zin. Dat betekent dat de prijzen en kosten van bestaande goederen en diensten ongunstig beïnvloed worden. Voorts leert de ervaring dat een ingreep in de marktverhoudingen en marktuitkomsten ook het marktmechanisme zelf niet ongemoeid laat. De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert. Wanneer dat mechanisme, om welke reden dan ook, die functies niet goed meer kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar nieuwe en betere producten en diensten. Ook dat zijn in zekere zin kosten; nadelige effecten die op den duur zwaar kunnen gaan wegen in het internationale spel om de gunsten van de consument en de investeerder.'[17]

Naast deze economische doelstellingen die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen, wordt het Europese mededingingsrecht ook in verband gebracht met de integratie van de Europese interne markt. Zeker binnen de Europese Unie geldt dat het mededingingsrecht ten dienste staat van de verwezenlijking van de Europese interne markt en de bevordering van handel tussen de lidstaten.[18] Zo werd er door het Hof in het arrest *Grundig/Consten* overwogen dat een overeenkomst

ONDER EMBARGO

14 Allocatieve efficientie kan in verband worden gebracht met Pareto-efficientie, waarbij de middelen zo zijn verdeeld dat geen betere verdeling mogelijk is. Zie (uitvoerig) Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 29-31: '*Put differently, Pareto improvements are no longer possible in a market which is allocatively efficient'*. Zij merken op dat allocatieve efficiëntie kan botsen met productieve en dynamische efficiëntie. Productieve efficiëntie (waarbij efficiëntere bedrijven die tegen lagere kosten kunnen produceren, de minder efficiënt producerende bedrijven zouden mogen overnemen) is geen Pareto-verbetering. Een oplossing hiervoor is het Kaldor-Hicks criterium, dat inhoudt dat verbeteringen mogelijk moeten zijn waarbij er als gevolg van de verandering winnaars en verliezers zijn (met als voorwaarde dat de winnaars meer winnen dat de verliezers zullen verliezen). Dit wordt ook wel een '*potential Pareto-improvement'* genoemd omdat de compensatie van de inefficiënte bedrijven uiteindelijk weer zal leiden tot een Pareto-optimum. Zie Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 30.

15 Voor een bespreking van deze begrippen verwijs ik naar Jones & Sufrin 2016, p. 7 en Zippro 2008, p. 34.

16 Jones & Sufrin 2016, p. 7.

17 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24707 nr. 3, p. 4.

18 Van de Gronden 2017, p. 2; Jones & Sufrin 2016, p. 35.

die de parallelle invoer tegenging en daardoor verschillende markten van elkaar scheidde in strijd was met de mededingingsregels.[19]

De functie van het mededingingsrecht om zorg te dragen voor efficiënt werkende markten is afkomstig uit mededingingstheorie. Het valt buiten het bestek van dit hoofdstuk om uitvoerig de verschillende mededingingstheorieën te behandelen.[20] Toch is het nuttig om – als sluitstuk van deze paragraaf – een schets te geven van enkele belangrijke economische theorieën die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen. In de eerste plaats maakt dat duidelijk waarom het mededingingsrecht überhaupt bestaat en, in de tweede plaats, biedt het inzicht welke economische criteria bij toetsing aan het mededingingsrecht van belang zijn. In de volgende paragraaf staan enkele economische theorieën centraal die van invloed zijn (geweest) op het mededingingsrecht.

3.2.3 Economische theorieën en de invloed daarvan op het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is in de loop des tijd beïnvloed door verschillende economische theorieën afkomstig uit met name Europa en de Verenigde Staten. Als grondlegger voor de mededingingstheorie wordt vaak genoemd de econoom en filosoof Adam Smith. Ik haalde hem al aan in de inleiding van het vorige hoofdstuk. Er wordt wel gezegd dat hij de basis legde voor het vrije-markt-denken.[21] Volgens Smith was een open markteconomie met een vrij prijsvormingsmechanisme het beste voor de economische ontwikkeling. Smith duidde mededinging aan als een 'invisible hand': een sturende kracht die ervoor zorgt dat individueel eigenbelang tot maatschappelijke welvaart leidt.

Adam Smith beschreef dit proces in zijn boek 'The Wealth of Nations' als volgt:

> '(…) he [het individu, GTB], intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that is was part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.'[22]

In de kern komt Smith's gedachte erop neer dat bedrijven die streven naar de hoogst mogelijke winst daarin worden beperkt door concurrenten die hetzelfde doel voor ogen hebben. Juist door deze wedijver of mededinging zal de prijs uiteindelijk dalen tot de laagst mogelijke productiekosten en betalen de consumenten een prijs waarbij de marginale kosten gelijk zijn aan de marginale opbrengsten.[23] Zonder overheidsinmenging zou de markt in staat moeten zijn om te komen tot een efficiënte uitkomst.[24] Deze voorspelling gaat alleen op onder bepaalde veronderstellingen.

ONDER EMBARGO

19 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58-64, (*Grundig/Consten*).
20 Daarvoor verwijs ik de lezer naar het boek van Van den Bergh & Camesasca 2006.
21 Jones & Sufrin 2016, p. 2.
22 Smith 1776, boek IV, H. 2, par. 9. Vgl. Grant/Brue 2007, p. 65.
23 Zie ook: Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 59.
24 Smith zag drie belangrijke functies voor de overheid: bescherming van de staat tegen vijandelijke aanvallen, rechtspraak, en het oprichten en beheren van publieke werken in instanties die private ondernemers niet winstgevend kunnen maken. Vgl. Grant/Brue, p. 70.

Alleen in de (enigszins theoretische) markt van volledig vrije mededinging, ook wel aangeduid als perfecte concurrentie,[25] zal de prijs dalen tot het niveau van de marginale kosten (zijnde de kosten voor de laatst geproduceerde eenheid van het product) en wordt een perfect evenwicht bereikt tussen de vraag en het aanbod.[26]

Mededinging komt volgens economen het beste tot zijn recht in de zogenaamde *vrije markteconomie*, een economisch ordeningssysteem waarin de verdeling van de productiemiddelen wordt bepaald door vraag en aanbod zonder enige overheidsbemoeienis.[27] De keerzijde daarvan is de centraal geplande economie, zoals die voorkwam in de voormalige Sovjet Unie, en waarbij de Staat bepaalde hoe productiemiddelen werden verdeeld. De basis van een vrije markteconomie is gelegen in de mededinging die er bestaat tussen bedrijven. Doordat bedrijven met elkaar concurreren (wedijveren) worden zij op een natuurlijke manier gedwongen om de prijzen laag te houden en efficiënt en innovatief hun productieproces in te richten. Deze gedachte is ook terug te vinden bij economische theorieën die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen. Twee economische stromingen zijn met name van belang.. Ik bespreek deze stromingen hierna omdat zij de economische achtergrond van het mededingingsrecht verduidelijken.

De invloed van de Chicago School en de Harvard School

Bij het in kaart brengen van de economische theorieën die van invloed zijn (geweest) op het mededingingsrecht, komen ook de 'Chicago School' en de 'Harvard School' in beeld. De 'Chicago School' is een Amerikaanse economische stroming die zich bezighoudt met de bestudering van het Amerikaanse mededingingsrecht (*Antitrust law*). Door deze stroming wordt aangenomen dat markten zelfcorrigerend zijn. Het enige doel van het mededingingsrecht (*US anti-trust law*) is het bereiken van economische efficiëntie.[28] Voor de rol van de overheid en mededingingsbeleid is volgens de aanhangers van de 'Chicago School' weinig ruimte omdat de markten zelf in staat zouden zijn inefficiënties te corrigeren.[29] Zo zal volgens aanhangers van de 'Chicago School' een markt waarop een monopolist actief is een sterke aantrekkingskracht hebben op andere bedrijven doordat de prijs ver boven de marginale kosten ligt. Op die manier zal er vanzelf een einde komen aan de monopoliepositie van de onderneming. De 'Chicago School' heeft vooral invloed (gehad) in het Amerikaanse mededingingsrecht, en de rechtseconomische bestudering van het mededingingsrecht.[30] Ondanks dat – door de aanhangers van de 'Chicago School' – wordt aangenomen dat markten zelfcorrigerend zijn en het beste in staat zouden moeten zijn efficiëntie te bereiken,

ONDER EMBARGO

25 Ik bespreek de markt van perfecte concurrentie uitvoeriger in par. 3.3.1.1.
26 Zie Slot & Swaak 2012, p. 4. De prijs in de evenwichtssituatie wordt ook wel Pareto-efficiënt genoemd: er is geen andere markuitkomst denkbaar die tot een hoger welvaartsniveau kan leiden. Zie ook de bespreking in par. 3.3.1.1.
27 Jones & Sufrin 2016, p. 2.
28 Hildebrand 2016, p. 25.
29 R. A. Posner, 'The Chicago School of Antitrust Analysis', *University of Pennsylvania Law Review* 1979 (Vol. 127), p. 925-948.
30 Zie ook: M. Motta, *Competition Policy*, h. 1. Een goed overzicht van de verschillen tussen de Chicago School en de 'European Approach' biedt Hildebrand 2016, p. 6-8.

is er volgens economen zeker een rol voor de overheid weggelegd. In de realiteit zijn markten namelijk niet altijd in staat om goed te kunnen functioneren. Ik kom daarop hieronder – bij de bespreking van situaties van marktfalen – terug.

Een tegenhanger van de 'Chicago School' is de eveneens Amerikaanse economische stroming van de 'Harvard School'. Deze stroming staat vooral bekend om het S-C-P paradigma. Dit paradigma houdt in dat de structuur van een markt (*Stucture*) bepaalt hoe ondernemingen zich jegens elkaar gedragen (*Conduct*) en hoe een markt zal presteren (*Performance*). Het S-C-P paradigma heeft een grote invloed gehad op de toepassing van het mededingingsrecht, met name het toezicht op concentraties van ondernemingen. Door middel van het S-C-P paradigma kon namelijk verklaard worden waarom geconcentreerde markten economisch vaak slecht(er) presteren. Onder het concentratietoezicht wordt daarom beoordeeld of een voorgenomen fusie of overname niet leidt tot een aanmerkelijke marktpositie van de onderneming waardoor de marktstructuur te ingrijpend wordt gewijzigd.

Economische rechtvaardiging voor marktingrijpen – situaties van marktfalen

Zoals gezegd zijn er situaties voorstelbaar waarin de markt niet in staat is om een efficiënte uitkomst te leveren. Bijvoorbeeld omdat er geen of slechts een paar aanbieders zijn van een product of dienst, of doordat het gaat om diensten die van openbaar belang zijn. Sommige diensten kunnen daarom niet aan marktwerking worden blootgesteld. Denk aan defensie. Er zijn dus situaties waarin de markt faalt in het bereiken van een efficiënte marktuitkomst. In de economische wetenschap worden vier vormen van marktfalen genoemd: marktmacht, externe effecten, informatieproblemen en publieke goederen. Ik bespreek deze kort omdat zij laten zien waarom het mededingingsrecht, dat in principe uitgaat van het 'vrije marktdenken', toch een rol ziet weggelegd voor ingrijpen door de overheid in de markt. Vooral de eerstgenoemde reden voor marktfalen, *marktmacht,* is een belangrijke grond voor mededingingsautoriteiten om toe te zien op het gedrag van ondernemingen op markten. Bij marktmacht zijn één of meerdere ondernemingen (bijvoorbeeld: in de vorm van economisch machtsmisbruik of een kartel) in de positie om de concurrentie gedurende een langere periode te beperken. Vanwege het belang van het begrip *marktmacht* bij de toepassing van het mededingingsrecht zal ik de (economische) interpretatie ervan uitgebreid behandelen onder 3.4. Voor de volledigheid noem ik ook de andere vormen van marktfalen. Bij *externe effecten* gaat het om negatieve of positieve gevolgen voor een derde partij die niet direct betrokken is bij een economische transactie.[31] Een bekend voorbeeld van negatieve externe effecten is milieuvervuiling. *Informatieproblemen* duidt erop dat één van de contractspartijen beschikt over meer informatie dan de ander waardoor degene met de beste informatie kan profiteren van de onwetendheid van de ander. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een verzekering waarbij de verzekeringnemer over het algemeen over meer informatie beschikt over het te verzekeren risico dan de verzekeraar. Marktfalen in de vorm van *publieke goederen* ziet op bepaalde

31 Vgl. Goolsbee, Levitt & Syverson, *Microeconomics,* 2012, p. 645.

ONDER EMBARGO

goederen of diensten die een publiek belang hebben. Een bekend voorbeeld is de infrastructuur. De samenleving is erbij gebaat als dergelijke goederen juist niet aan marktwerking worden overgelaten, omdat anders bepaalde groepen consumenten mogelijk uitgesloten zouden worden van de toegang tot het goed of de dienst.

3.2.4 Tussenconclusie

Ik besprak in deze paragraaf de economische grondslagen van het mededingingsrecht. Kern is het begrip mededinging dat betrekking heeft op de werking van markten. Marktwerking staat ook in de economische wetenschap centraal. Daarom zijn de economische inzichten besproken die ten grondslag liggen aan het mededingingsrecht. Aantasting van de marktwerking door samenspanning tussen ondernemingen, het vergaren van marktmacht (marktfalen), rechtvaardigt in het algemeen ingrijpen door de overheid. Mededinging wordt echter altijd beoordeeld ten aanzien van een bepaalde markt. Zoals reeds aan de orde werd gesteld in hoofdstuk 2 is een eerste stap bij een beoordeling onder het mededingingsrecht dat de 'relevante markt' moet worden bepaald.[32] Nadat de 'relevante markt' is bepaald, kan er pas worden beoordeeld of er sprake is van mededinging beperkende gedraging(en) van ondernemingen die actief zijn op die markt. Vanwege het belang van het begrip markt in het mededingingsrecht besteed ik daar in de volgende paragraaf aandacht aan.

3.3 De markt

In deze paragraaf sta ik, vanuit economisch perspectief, stil bij het belang en de invulling van het begrip markt in het mededingingsrecht. Een markt kan worden omschreven als het geheel van vraag naar en aanbod van goederen of diensten. In deze paragraaf zal ik eerst een aantal marktvormen bespreken (in par. 3.3.1) om vervolgens de afbakening van markten (in par. 3.3.2) uit te werken. Ik heb ervoor gekozen om het begrip marktmacht afzonderlijk te bespreken in par. 3.4, vanwege de zelfstandige betekenis die daaraan moet worden toegekend; doorgaans wordt marktmacht pas beoordeeld nadat de relevante markt is bepaald.

3.3.1 Theoretische marktvormen

Markten kunnen worden ingedeeld in drie vormen: de markt van perfecte concurrentie, de oligopolistische markt en de monopolistische markt.[33] Binnen die driedeling zouden aparte markten kunnen worden onderscheiden, maar die laat ik hier buiten beschouwing.[34]

ONDER EMBARGO

32 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.3.1.
33 Zie Bishop & Walker 2018, p. 11.
34 Zie voor de verschillende markttypen ook: Besanko & Braeutigam 2011, p. 530.

3.3.1.1 De markt van perfecte concurrentie

De markt van perfecte concurrentie is een markt of model waarin er sprake is van volledige mededinging. Met andere woorden: in die markt heeft de mededinging volledig vrij spel en kunnen aanbieders en vragers van goederen of diensten, zonder dat dat ten koste gaat van een van de spelers, met elkaar tot overeenstemming komen. Toch zijn er in de praktijk weinig markten waarin er echt sprake is van perfecte concurrentie.[35] Te denken valt aan de aandelenmarkt op de New York Stock Exchange. Een valutamarkt zou kunnen worden gekenmerkt door volledige mededinging. Ondanks dat de markt van perfecte concurrentie in de praktijk zich weinig voordoet, biedt zij wel een nuttig theoretisch kader aan de hand waarvan door economen kan worden aangetoond hoe welvaart wordt gemaximaliseerd. Ik roep in herinnering dat ik in par. 3.2.2 besprak dat welvaartsmaximalisatie een van de doelstellingen van het mededingingsrecht is.

De reden waarom er in de praktijk weinig markten zijn die voldoen aan het model van volledige mededinging is omdat voldaan moet zijn aan een aantal veronderstellingen. Alleen onder die veronderstellingen worden de efficiëntievoordelen bereikt en wordt welvaart gemaximaliseerd.[36] De volgende assumpties worden in de economische wetenschap genoemd: er zijn zoveel kopers en verkopers dat geen van hen merkbare invloed kan uitoefenen op de aangeboden hoeveelheid en prijs van het goed, elke (ver)koper neemt zijn eigen beslissing zonder overleg met de andere (ver)kopers, er zijn geen toe-en uittredingsdrempels, alle (ver)kopers hebben voldoende kennis van de markt, verkopers zijn gericht op winstmaximalisatie en er zijn geen externaliteiten.[37] De genoemde veronderstellingen houden ook in dat de verkopers een min of meer identiek (homogeen)product aanbieden en niet over marktmacht beschikken.

Zoals het gering aantal verschijningsvormen aantoont, is de markt van perfecte concurrentie eigenlijk te mooi om waar te zijn. Toch is zij een belangrijk ijkpunt voor het mededingingsrecht.[38] De insteek daarbij is dat als een markt sterk afwijkt van het marktmodel van perfecte concurrentie, dat zou kunnen betekenen dat er mededingingsproblemen aanwezig zijn op zo'n markt.

Juist omdat de markt van perfecte concurrentie lastig is voor te stellen, wordt er in het mededingingsrecht uitgegaan van het concept van 'werkzame mededinging' (*workable competition*). Dit betekent volgens het Hof van Justitie een mate van mededinging die noodzakelijk is voor de naleving van de fundamentele vereisten en het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag, met name de totstandbrenging van één markt met soortgelijke voorwaarden als een interne markt. Hoewel de markt van perfecte concurrentie wel een voorbeeldfunctie vervult, is het streven in

35 Jones & Sufrin 2016, p. 10.
36 Faull & Nikpay 2014, 3-4. Vgl. par. 3.2.3 in dit hoofdstuk.
37 Zie voor een bespreking van de genoemde veronderstellingen onder meer: Areeda & Hoovenkamp, 2017, nr. 402a; Slot & Swaak 2012, p. 4; Jacobs 2008, p. 26. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 19-21 en Bishop & Walker 2018, p. 17.
38 Jones & Sufrin 2016, p. 11; Slot & Swaak 2012, p. 4.

ONDER EMBARGO

de praktijk dus naar een markt van 'werkzame mededinging'. De insteek daarvan is dat de aard en intensiteit van de mededinging kunnen variëren naar gelang van de betrokken producten of diensten en de economische structuur van de betrokken marktsectoren.[39] Bij het in kaart brengen van de economische structuur kan gedacht worden aan factoren als het aantal concurrenten, het marktaandeel en de mate van concentratie van de relevante markt, de beschikbaarheid van substituten en de mate van productdifferentiatie en – de aan- en afwezigheid van toetredingsbelemmeringen en de daarmee verband houdende potentiële concurrentie.

Kort en goed betekent dit dat voor het in kaart brengen van de mededinging op een markt er gelet moet worden op de structuur van een markt. Tegen die achtergrond moet dan beoordeeld worden welke mate van mededinging is vereist en of de mededinging in een concreet geval wordt beperkt. De veronderstellingen van de markt van perfecte concurrentie hoeven dus niet aanwezig te zijn, omdat deze markt zich in de praktijk nauwelijks voor zal doen.

Visualisatie van de markt van perfecte concurrentie

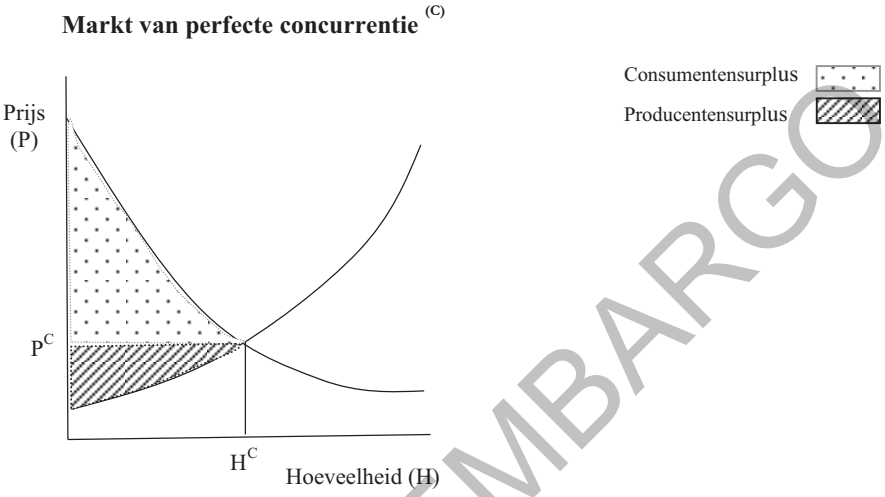
Hierboven noemde ik dat de welvaart in de markt van perfecte concurrentie wordt gemaximaliseerd. Wat betekent dat nu precies? En hoe wordt welvaart gemaximaliseerd bij perfecte concurrentie? Om dat te kunnen begrijpen, is het goed om bij de lezer enige wiskundige en economische basiskennis in beeld te brengen.

Een markt wordt in de economie weergegeven door middel van vraag en aanbodcurves. In het algemeen geldt dat consumenten bereid zijn meer producten te kopen als de prijs daalt, terwijl verkopers juist bereid zijn om bij een hoge(re) prijs meer te verkopen (wet van vraag- en aanbod). Er is een punt waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten; dat is het snijpunt van de vraag- en aanbodcurves.[40] Vraag en aanbod zijn dan in evenwicht; de kopers betalen een prijs die voor de verkopers gelijk is aan de marginale kosten[41] om het product te produceren. In figuur 3.1 zijn de vraag- en aanbodcurves weergegeven, met de evenwichtsprijs. Relevant is dat bij de evenwichtsprijs en -hoeveelheid er kopers zijn die bereid zouden zijn geweest om meer te betalen. Deze kopers genieten dus een voordeel of surplus (het zogenaamde consumentensurplus). Het consumentensurplus is een economische term voor de maximale bereidheid van de afnemers/consumenten om een goed of dienst tegen een bepaalde prijs aan te schaffen.[42] Consumentensurplus wordt ook wel consumentenwelvaart genoemd.[43] Omgekeerd kunnen ook de aanbieders, de producenten, voordeel genieten. Het gaat dan om het verschil tussen de omzet en de (variabele) productiekosten. De optelsom van de opbrengsten die

UNDER EMBARGO

39 HvJ EG 25 oktober 1977, C-26/76, (*Metro I*), ro. 20.
40 Een grafische weergave hiervan is bijvoorbeeld te vinden bij Jones & Sufrin 2016, p. 4.
41 De marginale kosten kunnen worden omschreven als de kosten die nodig zijn om een extra product te kunnen produceren. De marginale kostprijs ziet op de prijs die 'nog net rendabel' is.
42 In economisch jargon wordt ook wel gesproken van de '*maximum willingness to pay'*.
43 M. Motta, *Competition Policy* 2004, p. 18; Bishop & Walker 2018, p. 24 (uitgebreid). Zie ook: Jones & Sufrin 2016, p. 11.

door producenten wordt behaald, is het 'producenten surplus'.[44] Producenten- en consumentensurplus zijn samen de maatstaf voor de totale welvaart.[45] Bij de markt van perfecte concurrentie is de marktprijs gelijk aan de marginale kosten en is het consumentensurplus het grootst. Welvaart wordt daarom gemaximaliseerd bij perfecte concurrentie.



Figuur 3.1

3.3.1.2 Oligopolistische markten

Een andere marktvorm is de oligopolistische markt. Deze markt bevindt zich tussen de markt van perfecte concurrentie en de hierna nog te bespreken monopolistische markten. Een oligopolistische markt heeft een beperkt aantal leidende spelers (bijvoorbeeld vijf), en wordt daarom gekenmerkt door een relatief hoge concentratiegraad.[46] Bovendien zijn er substantiële toetredingsbarrières waardoor de op de markt actief zijnde ondernemingen niet hoeven te vrezen voor potentiële concurrentie. Omdat er weinig aanbieders zijn van het product, zullen zij elkaar kennen.[47] Dat betekent ook dat de spelers zich ervan bewust zijn dat hun marktpositie wordt beïnvloed door het marktgedrag van de andere spelers. Stel dat een van de aanbieders besluit om zijn prijs te verlagen, dan zullen de andere spelers dat direct merken, en daar waarschijnlijk op reageren. Een bekend voorbeeld van een oligopolistische markt is de markt van vliegtuigfabrikanten.[48] Er zijn slechts een paar bouwers op die markt actief en er zijn grote toetredingsdrempels. Een ander voorbeeld is de markt van

ONDER EMBARGO

44 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 23.
45 Bishop & Walker 2018, p. 24.
46 Jones & Sufrin 2016, p. 10; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 182.
47 Jones & Sufrin 2016, p. 10.
48 Zie J. Perloff, *Microeconomics Global Edition* 2015, p. 448.

vrachtwagenfabrikanten.[49] Zo waren in het truckkartel zes bouwers betrokken namelijk Scania, Daimler, DAF, Iveco, MAN en Volvo/Renault.[50]

Oligopolistische markten zijn vanuit mededingingsperspectief met name interessant vanwege de interactie die er kan bestaan tussen de aanbieders, waardoor het risico bestaat op kartelvorming. Door het Hof is in het arrest *T-Mobile* overwogen dat de uitwisseling van informatie op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad die de ondernemingen in staat stelt kennis te krijgen van de marktposities en de marketingstrategie van hun concurrenten, de nog resterende mededinging tussen de ondernemers merkbaar beïnvloedt.[51] Door mededingingsautoriteiten zal daarom sneller worden aangenomen dat er sprake is van samenspanning indien informatie-uitwisseling plaatsvindt op een oligopolistische markt. Op zich is het niet verkeerd of verboden als aanbieders bij het bepalen van hun marktgedrag rekening houden met de mogelijke reacties van hun concurrenten. Ondernemingen mogen immers reageren of anticiperen op het gedrag van hun concurrenten. Het gevaar bestaat wel dat, juist omdat er weinig spelers zijn die elkaar kennen en relatief gemakkelijk elkaars marktgedrag kunnen achterhalen, zij samenspannen.

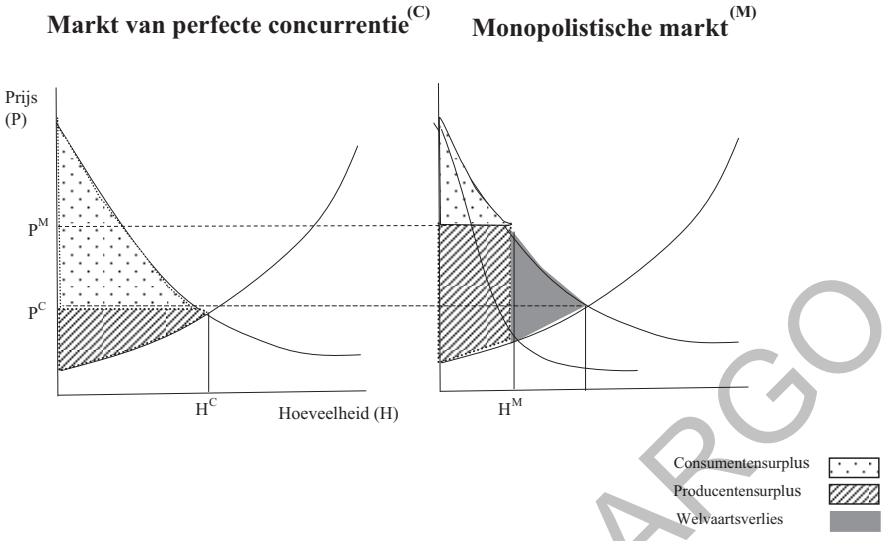
Uit de economische literatuur blijkt dat in een oligopolistische markt meer kans bestaat op kartelvorming.[52] Dat komt door de volgende marktkenmerken: weinig aanbieders, een hoge concentratie, toetredingsbarrières, gelijksoortige/homogene producten (weinig productdifferentiatie is mogelijk), dezelfde kostenstructuren, markttransparantie, coördinatie mechanismen, kopers hebben weinig macht, een geringe conjunctuurcyclus en een lage innovatie.[53] Mededingingsautoriteiten zijn vanwege die kenmerken extra alert op samenspanning als een markt oligopolistische trekken heeft. Als er geen harde feiten op tafel liggen, is het echter lastig voor de toezichthouder (of benadeelden) om aan te tonen dat er sprake is van kartel. In hoofdstuk 2 behandelde ik in het kader van het kartelverbod de categorie 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen', waarbij dit bewijs van afgestemd marktgedrag in een oligopolistische markt een belangrijke rol speelt.

3.3.1.3 Monopolistische markten

Tegenovergesteld aan de markt van perfecte concurrentie is een monopolie. Het gaat dan om een markt waarin er maar één aanbieder is die de prijs en de afgezette hoeveelheid kan bepalen zoals hij dat wenst. Bovendien gaat het om een product of dienst dat geen substituten (vervangbaar product of dienst) heeft, waardoor de afnemers geen andere keuze hebben dan het product te kopen dat de monopolist aanbiedt.[54] Een monopolist heeft dus per definitie marktmacht.

ONDER EMBARGO

49 Zie het boetebesluit van de Europese Commissie van 19 juli 2016, onder nr. AT-39824 (Trucks). 5 fabrikanten waren bij het kartel (dat 14 jaar heeft bestaan) betrokken.
50 Zie http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-3509_en.htm.
51 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, *Jur*. 2009, p. I-4529, ro. 34 (*T-Mobile Netherlands e.a*).
52 Tirole 1988.
53 Zie (uitgebreid) Jones & Sufrin 2016, p. 655-656. Zie ook: M. Ivaldi, J. Bruno (e.a.), *The economics of tacit collusion, Final report for DG Competition, European Commission*, Toulouse March 2003.
54 J. Perloff, *Microeconomics*, p. 369.



Figuur 3.2

Daar komt bij dat in een monopolistische markt er geen sprake kan zijn van mededinging en marktwerking. Dat heeft als gevolg dat de welvaart niet wordt gemaximaliseerd.[55] Dat komt doordat de monopolist vanuit economisch perspectief een prijs zal hanteren die hoger zal zijn dan de marginale kosten en waarbij hij zijn winst maximaliseert. In figuur 3.2 geef ik een visualisatie van een monopolistische markt en de welvaartseffecten. In figuur 3.2. is de prijs van de monopolist weergegeven door P^M. Deze prijs ligt hoger dan de prijs die bij perfecte concurrentie zou zijn gevraagd (P^C). De consumentenwelvaart wordt hierdoor verkleind. Economen spreken ook wel van een 'deadweight loss': een verlies van welvaart.[56] Dit welvaartsverlies is in figuur 3.2 grijs gekleurd. De consumenten betalen bij een monopolie daardoor een veel hogere prijs dan het geval was in de situatie van perfecte concurrentie (in dat model was de prijs immers net kostendekkend).[57]

Monopolistische markten doen zich in de praktijk niet vaak voor, maar toch zijn er voorbeelden te bedenken. Een monopolie kan ontstaan doordat de overheid een monopolie verleend aan een bepaald bedrijf voor het aanbieden van bepaalde producten of diensten die van algemeen belang zijn. Te denken valt aan het monopolie van de Nederlandse Spoorwegen op het reizigersvervoer over het spoor. Een monopolie kan ook het resultaat zijn van een bepaald patent of octrooi dat een onderneming heeft gekregen op de productie van een goed of dienst. Bijvoorbeeld Coca Cola. Een monopolie kan ook het gevolg zijn van het feit dat een onderneming een 'natuurlijk monopolie' heeft. Dat betekent dat het bedrijf

55 Dit kan ook grafisch worden geïllustreerd. Ik verwijs daarvoor, bijvoorbeeld, naar de weergave in de handboeken Jones & Sufrin 2016, p. 9; Bishop & Walker 2002, p. 21.
56 Zie Jones & Sufrin 2016, p. 8-9.
57 In perfecte competitie is de prijs gelijk aan de marginale kosten.

ONDER EMBARGO

producten kan produceren tegen lagere kosten dan de andere in de markt aanwezige ondernemingen, bijvoorbeeld, omdat het bedrijf de beschikking heeft over betere technologieën of organisatie van het productieproces.

Monopolistische markten zijn voor het mededingingsrecht vooral van belang in het kader van het begrip marktmacht. Daarop kom ik in par. 3.4 terug.

3.3.1.4 Tussenconclusie: (schematisch) overzicht van de relevante marktfactoren

De hierboven besproken marktvormen kunnen erg theoretisch lijken, maar zij zijn voor het mededingingsrecht wel relevant. De economische marktmodellen leren immers onder welke omstandigheden het marktmechanisme of de mededinging goed of slecht functioneert. Uiteindelijk is mededinging een dynamisch proces, dat afhankelijk is van de kenmerken van een markt. De bovengenoemde marktvormen leren ons welke kenmerken bepalend zijn voor de werking van mededinging in een markt. Samenvattend gaat het dan om de volgende kenmerken:

- Het aantal aanbieders (In het algemeen geldt dat hoe meer ondernemingen actief zijn in het aanbieden van een product, hoe meer concurrentie er zal bestaan en hoe meer baat de consument daarvan zal hebben. Per definitie is feitelijk geen sprake van mededinging als er niet meerdere aanbieders van een product of dienst zijn.)
- Marktmacht van aanbieders/vragers.
- Aard van het product - productdifferentiatie (Is het een product dat consumenten gemakkelijk kunnen inruilen of substitueren voor een alternatief of zijn er geen alternatieve producten en is de consument sterk afhankelijk van het product of de dienst? En is het zo dat de consument sterk reageren op een prijsverhoging of juist niet? In economisch jargon spreekt men van homogene producten of heterogene producten en van de elasticiteit van de vraag en het aanbod.)
- Toetredingsbarrières (als een onderneming gemakkelijk kan besluiten het product of de dienst aan te gaan bieden zullen de bestaande ondernemingen meer gehinderd worden door de druk van de potentiële concurrentie.)
- Transparantie (Wordt de markt gekenmerkt door transparantie, d.w.z. dat het marktgedrag goed is te volgen, of is er sprake van een gesloten markt?)

We zouden de hierboven besproken marktvormen kunnen groeperen aan de hand van deze marktkenmerken. Het resultaat daarvan is te zien in onderstaande tabel.

Tabel 3.1

	Marktvormen		
Marktkenmerken	Perfecte concurrentie	Oligopolie	Monopolie
Aantal aanbieders	Veel	Weinig	Één
Marktmacht	Geen	Mogelijk gevaar op kartelvorming	Ja
Productdifferentiatie	Geen	Ja	Geen
Toetredingsbarrières	Laag	Afhankelijk van het soort product (doorgaans hoog)	Zijn hoog
Markttransparantie	Zeer transparant	Transparant (de aanbieders kennen elkaar)	Geen transparantie

ONDER EMBARGO

3.3.2 De marktafbakening

Een volgend onderwerp dat ik in dit hoofdstuk over de economische aspecten van het mededingingsrecht bespreek, is de afbakening van een markt. Zoals in hoofdstuk 6 van dit boek nog zal blijken is marktafbakening met name relevant voor de zelfbeoordeling van samenwerking in pools en de rol van het Protocol voor Intermediaire Pools daarin. Het past bij de opzet van dit boek om in dit hoofdstuk slechts de hoofdlijnen te schetsen voor de marktafbakening, en bijvoorbeeld de vraag wat dit betekent voor de beoordeling van pools onder het kartelverbod te laten rusten.

Afbakening (het bepalen van de relevante markt) en vaststelling van het marktaandeel zijn nodig om te weten of een onderneming een dominante positie op een markt heeft en bijvoorbeeld door verminderde concurrentiedruk invloed (marktmacht) kan uitoefenen op de prijsvorming ten nadele van de consument.[58] Daarbij geldt dat bij een ruimere relevante markt ondernemingen meer concurrentie zullen ondervinden van andere aanbieders op die markt dan bij een smaller afgebakende markt. Op een ruim afgebakende markt zullen ondernemingen daarom minder snel marktmacht bezitten dan op een smal afgebakende relevante markt. Marktafbakening is volgens de Europese Commissie een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen.[59] Kort en goed ziet het begrip 'relevante markt' op dat gedeelte van de markt waarop de macht van de onderneming(en) ten aanzien van een bepaald product of dienst zich uitstrekt.

In deze paragraaf behandel ik eerst kort de algemene uitgangspunten die gelden voor de marktafbakening en geef ik daarbij een voorbeeld (par. 3.3.2.1). Vervolgens bespreek ik twee belangrijke economische instrumenten die gehanteerd worden bij de marktafbakening: de substitutie aan de vraag- en aanbodzijde van de markt (par. 3.3.2.2). In par. 3.3.2.3 kom ik tot de beantwoording van de vraag hoe de marktafbakening in de verzekeringssector moet plaatsvinden.

3.3.2.1 Algemene uitgangspunten voor marktafbakening en een voorbeeld

De uitgangspunten voor marktafbakening zijn te vinden in de bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt.[60] Daaruit volgt dat de relevante markt voor mededingingsdoeleinden uiteenvalt in een relevante product- en relevante geografische markt.[61]

Onder een 'productmarkt' wordt verstaan alle producten en diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de

58 Over marktafbakening in de verzekeringssector verwijs ik ook naar mijn eerdere artikel, G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016/4.
59 Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEG* 1997, C 372), par. 2. Hierna: Bekendmaking relevante markt.
60 Bekendmaking relevante markt.
61 Bekendmaking relevante markt, punt 9.

ONDER EMBARGO

consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.[62] Om de productmarkt af te bakenen, kan volgens de Europese Commissie gebruik worden gemaakt van de volgende typen bewijsmateriaal: het bewijs van substitutie uit het verleden, kwantitatieve proeven, het standpunt van de afnemers en concurrenten, de consumentenvoorkeur, de substitutiebelemmeringen/overschakelingskosten en verschillende categorieën afnemers (waardoor prijsdiscriminatie mogelijk is).[63]

Anderzijds is er de 'geografische markt'. Dat is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, en waarbij de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.[64] Concurrentievoorwaarden kunnen per gebied verschillen als gevolg van marktstructuren, consumentenvoorkeur, bepaalde (nationale) regelgevingen, of behoefte aan een bepaald distributienetwerk. Ook toetreding barrières en exportmogelijkheden spelen daarbij een rol. Zijn 'verwante' producten voor de consument verkrijgbaar in een ander geografisch gebied of kunnen aanbieders gemakkelijk actief worden in een ander gebied, dan zullen die gebieden gerekend worden tot de relevante geografische markt.

Zowel bij het afbakenen van de relevante product- als geografische markt geldt dat gebruik wordt gemaakt van de substitutie aan de vraag- en aanbodzijde. Ik zal dit uitwerken in par. 3.3.2.2. Voor de gedachtevorming geef ik eerst nog een voorbeeld van hoe marktafbakening zou kunnen verlopen.

> *Stel dat de markt voor laptops moet worden vastgesteld omdat Apple wordt verweten dat het zijn marktpositie misbruikt. De vraag die dan beantwoord moet worden is met welke producten een laptop van Apple concurreert. Zijn dat de laptops van merken als Dell, Asus of HP? Of is het zo dat Apple laptops unieke producten zijn? Behoren notebooks of tablets tot dezelfde relevante productmarkt? En wat is de geografische markt?*

Dit voorbeeld zou als volgt kunnen worden uitgewerkt:

Bij het afbakenen van de markt voor laptops zal eerst de relevante productmarkt worden afgebakend. Het vertrekpunt voor de marktafbakening ligt dan bij het in kaart brengen welke producten concurreren met de laptops van Apple. Om

62 Bekendmaking relevante markt, punt 7.
63 Bekendmaking relevante markt, punten 38-41.
64 Bekendmaking relevante markt, punt 8.

ONDER EMBARGO

dat vast te kunnen stellen wordt onderzocht welke producten substituten[65] zijn van de Apple laptops. Met andere woorden, welke producten zijn voor een consument alternatieven voor een Apple laptop? Dit wordt in kaart gebracht door te onderzoeken hoe consumenten reageren op een (mogelijke) prijsverhoging[66] van een Apple laptop. Wanneer consumenten als reactie op een prijsverhoging van de Apple laptops besluiten om bijvoorbeeld een Dell of Asus laptop te kopen, betekent dat dat die merken opgenomen moeten worden in de relevante productmarkt. Want doordat consumenten besluiten 'over te stappen' zou Apple minder invloed uit kunnen oefenen op de mededinging op de markt voor laptops. Het zou ook zo kunnen zijn dat als gevolg van een prijsverhoging van een Apple laptop, afnemers besluiten om een iets ander product te kopen. Bijvoorbeeld een notebook van Apple, of een ander merk. Als dat het geval is behoren die notebooks tot dezelfde relevante productmarkt als de Apple laptops. Zoals gezegd zal het steeds lastiger worden om de concurrentie te beperken, als de relevante productmarkt ruimer wordt afgebakend.

De markt voor laptops moet vervolgens ook in geografisch opzicht worden afgebakend. Bij het afbakenen van de relevante geografische markt wordt beoordeeld in welk gebied Apple actief is. Gelet op de wereldwijde marktpositie van Apple is het waarschijnlijk dat de geografische markt ruim dient te worden afgebakend. Ook bij het bepalen van de relevante geografische markt wordt gebruik gemaakt van het instrument van substitueerbaarheid. Indien als gevolg van een prijsverhoging van een Apple laptop in de Verenigde Staten, consumenten besluiten om de 'verwante' producten ergens anders – stel: in Europa – te kopen dient de geografische markt zowel de V.S als Europa te omvatten. Op die manier kan een relevante geografische markt dus meerdere gebieden omvatten.

Marktafbakening vergt dus een zorgvuldig onderzoek naar de mate van concurrentie die één of meerdere aanbieder(s) van een bepaald product ondervindt of ondervinden. Daarbij speelt de vraag- en aanbodsubstitutie een belangrijke rol. De betekenis van die instrumenten bij de markafbakening bespreek ik in de volgende paragraaf.

3.3.2.2 Instrumenten van vraag- en aanbodsubstitutie

Bepalend voor de vraag hoe ruim een relevante markt moet worden afgebakend is dus de substitueerbaarheid. Zoals gezegd bestaat substitueerbaarheid aan de vraag- en aanbodzijde. Vanuit economisch standpunt is, voor het bepalen van de relevante markt, de substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste (disciplinerende)

65 Een markt is het geheel van met elkaar 'verwante' goederen of diensten. De term 'verwant' wil zeggen dat in de ogen van de consument geheel of gedeeltelijk vervangende goederen of substituten bestaan. Substitutie of vervangbaarheid is in feite een economisch begrip. De (economische) redenering erachter is dat een onderneming of een groep van ondernemingen niet een aanzienlijke invloed kan uitoefenen op de geldende verkoopvoorwaarden, zoals de prijzen, wanneer haar afnemers gemakkelijk kunnen overschakelen op beschikbare substitutieproducten of elders gevestigde leveranciers.

66 Onder par. 3.3.2.2 sta ik hier uitgebreider bij stil.

ONDER EMBARGO

factor.[67] Daarmee wordt in mededingingsanalyses dan ook het meest rekening gehouden. De reden daarvoor is dat de substitutie aan de vraagkant van de markt het ondernemingen lastig maakt om een aanzienlijke invloed uit te kunnen oefenen op de prijzen. Doordat er vervangbare producten zijn kunnen de afnemers/ consumenten immers 'overstappen' naar een andere aanbieder.

Het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde houdt, volgens de Europese Commissie, in dat wordt vastgesteld welke producten (of diensten) door de consument als vervangingsproducten (diensten) worden beschouwd.[68] Om de vervangbaarheid vast te stellen wordt gebruik gemaakt van een economische test. De zogenaamde *Small but Significant Non-transitory Increase in Price (SSNIP)-test*.[69] Deze test kan het beste worden geïllustreerd met een volgende denkoefening: stel er vindt een kleine (duurzame) wijziging van de prijs van een Apple laptop plaats (tussen de 5-10%). Hoe zullen de afnemers daar dan op reageren?[70] Zorgt deze prijsverhoging ervoor dat consumenten hun koopgedrag aanpassen en switchen naar een ander product. Als dat het geval is, zal de prijsverhoging niet rendabel zijn. De uitkomst is dat als blijkt dat consumenten overstappen naar andere producten, die producten moeten worden opgenomen in de relevante markt omdat zij 'verwant' blijken zijn.[71] Dit zagen we ook al in het voorbeeld dat ik zojuist gaf over de afbakening van de relevante markt voor Apple laptops.

Naast de substitutie aan de vraagzijde speelt bij de marktafbakening de aanbod-substitutie een rol. Bij aanbodsubstitutie wordt in kaart gebracht hoe gemakkelijk aanbieders hun productenpalet kunnen uitbreiden met andere producten. Bijvoorbeeld, hoe gemakkelijk is het voor een fabrikant van paperclips om zijn productieproces uit te breiden met de fabricage van nietjes? Indien het voor een onderneming geen aanzienlijke bijkomende kosten vergt om zijn productieproces uit te breiden met de andere producten, worden die producten ook opgenomen in de relevante productmarkt. [72] Het feit dat aanbieders relatief gemakkelijk kunnen uitbreiden of switchen naar een ander product betekent immers dat de concurrenten van een dominante onderneming die in een bepaalde markt voor een bepaald product een prijsverhoging doorvoert, die prijsverhoging onrendabel kunnen maken door zich op het andere product te richten. Hoewel er geen vraagsubstitutie aanwezig hoeft te zijn, kan dus ook aanbodsubstitutie het mededinging beperkende marktgedrag van een of meer ondernemingen begrenzen.

Als instrument is ook relevant de prijselasticiteit. Aan de orde is daarmee een economisch instrument dat door de Europese Commissie genoemd wordt in het kader van de marktafbakening. De prijselasticiteit wordt gebruikt voor het bepalen van de mate van substitueerbaarheid. Prijselasticiteit ziet er namelijk op hoe sterk (elastisch) de vraag naar een bepaald product reageert op een

67 Bekendmaking relevante markt, punt 13.
68 Bekendmaking relevante markt, punt 15.
69 Vgl. G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016, afl. 1, nr. 4, p. 31.
70 Bekendmaking relevante markt, punt 15.
71 Zie ook: Baarsma & Theeuwes 2002, p. 19-22.
72 Bekendmaking relevante markt, punt 20.

ONDER EMBARGO

verandering van de prijs van dat product. De uitkomst is dat hoe sterker de vraag reageert op een prijsverandering, hoe groter de prijselasticiteit is. De betekenis voor de marktafbakening is dat een product met een hoge prijselasticiteit – waardoor consumenten dus (sneller) geneigd zijn over te stappen op een ander product – rechtvaardigt dat de relevante markt ruim wordt afgebakend. Het instrument van de prijselasticiteit stelt ook in staat om te analyseren hoe sterk de vraag naar een product verandert, als de prijs van een ander product wordt veranderd. Bijvoorbeeld: verandert de consumptie van appels als de prijs van bananen wordt verhoogd? Of: verandert de verkoop van (Apple) notebooks als de prijs van Apple laptops wordt verhoogd? De inzet van prijselasticiteit op deze manier wordt de kruislingse prijselasticiteit genoemd. Kort en goed wordt de prijselasticiteit dus gebruikt om vast te stellen of consumenten/afnemers geneigd zijn om over te stappen naar de consumptie/aanschaf van een ander product of dienst. Het is dus een hulpmiddel voor het afbakenen van de productmarkt.

Hierboven besprak ik in hoofdlijnen de uitgangspunten voor het afbakenen van de relevante markt in het mededingingsrecht. De vraag rijst hoe marktafbakening plaatsvindt in de verzekeringssector.[73] Die vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

3.3.2.3 Afbakening van de verzekeringsmarkt

Zoals ik hierboven aan de orde stelde, is het bij de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt nodig om de relevante productmarkt en de relevante geografische markt te bepalen. Bij de afbakening moet rekening worden gehouden met de instrumenten van vraag- en aanbodsubstitutie.

Een probleem dat speelt bij de afbakening van de verzekeringsmarkt is dat de toepassing van deze instrumenten van vraag- en aanbodsubstitutie bij de marktafbakening tot verschillende uitkomsten leidt.

Kort samengevat zou de verzekeringsmarkt kunnen worden ingedeeld in zoveel relevante productmarkten als er verschillende risico's worden verzekerd. Ieder verzekeringsproduct voorziet immers in een specifieke verzekeringsbehoefte. Dat zou tot de conclusie kunnen leiden dat de relevante verzekeringsmarkt nauw moet worden afgebakend, met als gevolg dat eerder mededingingsproblemen kunnen worden vastgesteld. Zoals gezegd zullen aanbieders op een nauw afgebakende markt eerder over marktmacht bezitten dan in een ruim afgebakende markt.

Het instrument van aanbodsubstitutie pleit er tegelijkertijd voor om de relevante productmarkt in de verzekeringssector juist ruimer af te bakenen. Bij aanbodsubsitutie wordt immers beoordeeld of de aanbieders van producten relatief gemakkelijk hun productenpalet kunnen uitbreiden. Verzekeraars zouden

73 Ik wierp deze vraag eerder op in: G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016, afl. 1, nr. 4, p. 28-36.

UNDER EMBARGO

bijvoorbeeld relatief gemakkelijk hun productenaanbod kunnen uitbreiden met andere soorten verzekeringen. In de praktijk gebeurt dat – omwille van risicospreiding – ook en bieden de meeste verzekeraars verschillende polissen aan zoals een brandverzekeraar die ook aansprakelijkheidspolissen aanbiedt.. Borgesius wijst erop dat omdat elke verzekeringspolis uniek is, en daarom de substitueerbaarheid aan de vraagzijde in principe nihil is, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde een bijzondere rol speelt bij de definitie van de markten in de verzekeringssector.[74] Ook Van der Beek & Japon zien bij de afbakening van de verzekeringsmarkt een beperkte rol voor vraagsubstitutie, vanwege het gegeven dat de vrager alleen iets heeft aan een product dat past bij een specifieke verzekeringsbehoefte.[75] Zij stellen dat het belang van aanbodsubstitutie in de marktafbakening binnen de verzekeringsmarkt hierdoor relatief groot is. Daardoor kunnen markten ruimer afgebakend worden met als gevolg dat verzekeringsproducten die niet in dezelfde behoeften voorzien, toch tot dezelfde mededingingsrechtelijke relevante markt worden gerekend.[76] Zij noemen als voorbeeld een notaris die een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV) wil afsluiten bij een prijsverhoging niet zou willen overstappen op een BAV voor accountants. Hierdoor is het belang van aanbodsubstitutie volgens hen relatief groot bij de afbakening van verzekeringsmarkten en zouden markten ruimer dienen te worden afgebakend dan het geval zou zijn geweest als uitsluitend wordt uitgegaan van de vraagsubstitutie.[77] Uit de beschikkingspraktijk van de NMa leidt Borgesius af dat de co-assurantie wellicht als aparte schadeverzekeringsmarkt moet worden beschouwd, met een onderscheid naar beurs- en pooltekening.[78] Met name op het gebied van verzekeringspools speelt de vraag hoe de relevante markt moet worden afgebakend een belangrijke rol.[79]

Ook de Europese Commissie erkent dat aanbodsubstitutie mogelijk een belangrijke rol heeft bij de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt. Illustratief is de *Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*-beschikking van de Europese Commissie.[80] De casus was als volgt. Het ging om een wijziging in de zeggenschap van het bedrijf Global Aerospace Underwriting Managers Ltd. (GAUM): een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die diverse diensten zoals acceptatie, administratie en schadebehandeling verricht voor onder meer een luchtvaartverzekeringspool, de 'global pool'.[81] Leden van deze 'global pool' waren (destijds) Berkshire Hathaway, Munich Re, Tokio Marine en Mitsui Sumitomo. De voorgenomen transactie kwam neer op een wijziging in het aandelenkapitaal waarbij Berkshire Hathaway 60% van de aandelen en Munich Re 40% daarvan zou bezitten. Deze transactie diende

ONDER EMBARGO

74 Borgesius 2004, p. 13.
75 J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, afl. 3, p. 107-120.
76 J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, afl. 3, p. 107-120.
77 J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, afl. 3, p. 107-120.
78 Borgesius 2006, p. 119-120.
79 Zie hieromtrent het protocol intermediaire pools, vastgesteld door het Verbond van Verzekeraars, p. 5-7.
80 Beschikking van de Europese Commissie van 14 juli 2008, COMP/M.5010 (*Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*).
81 Een uitgebreidere beschrijving van de taken van het Global Aerospace Underwriting Managers Ltd. (GAUM) is te vinden in de beschikking van de Commissie van 28 februari 2003, Comp/M.3035, punt 9-12 (*Berkshire Hathaway/Converium/GAUM/JV*).

bij de Europese Commissie vooraf ter goedkeuring te worden aangemeld was omdat zij kwalificeerde als een concentratie met een communautaire dimensie in de zin van artikel 1 lid 2 en artikel 3 lid 1 sub b van de concentratieverordening. De Europese Commissie beoordeelt in het kader van de aanmelding de marktpositie van de ondernemingen op de markt en de vraag of de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt niet zou belemmeren. Onderdeel van die beoordeling maakt de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt uit. Ik licht dat aspect van de procedure eruit vanwege de betekenis van aanbodsubstitutie bij de afbakening van de relevante (zakelijke) verzekeringsmarkt.

De Europese Commissie onderscheidt in haar beoordeling drie markten: 'underwriting and management services', verzekering en herverzekering.[82] Uit eerdere beschikkingen van de Europese Commissie is bovendien af te leiden dat binnen de verzekeringsmarkt een onderscheid wordt gemaakt tussen de markt voor levensverzekeringen en de markt voor niet-levensverzekeringen (schadeverzekeringen).[83] Per type markt onderzoekt zij de relevante product- en geografische markt. Met betrekking tot de schadeverzekeringen overweegt de Europese Commissie dat:

> '(…) from the demand side, there are as many different product markets as there are different kinds of risks covered, such as aerospace, marine, commercial and real estate etc. since their characteristics, premiums and purposes' are distinct and there is typically no substitutability from the customer's perspective between the different risks insured. The Commission has noted, however, a degree of similarity on the supply side of non-life insurance and that most large insurers are active in several classes of insurance, factors which might argue for a wider market definition. In previous decisions, however, the Commission has also noted that even if supply-side substitution might operate over a range of risks, and particularly in industrial insurance, certain types of insurance by virtue of their specific characteristics may be an exception to this rule. The latter might in particular include large industrial risks.'[84]

Er bestaan dus zoveel verschillende soorten productmarkten als dat verschillende soorten risico's worden verzekerd. Geredeneerd vanuit de vraagsubstitutie – is een 'switch' of overstap denkbaar voor een verzekerde tussen verzekeringen bij een premieverhoging? – zijn verzekeringen onderling niet vervangbaar: ieder type verzekering voorziet immers in een specifieke verzekeringsbehoefte. Toch blijkt uit het hierboven weergegeven citaat dat de Europese Commissie zeker ruimte laat

ONDER EMBARGO

82 Beschikking van de Commissie van 14 juli 2008, COMP/M.5010, punt 12 (*Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*). De Europese Commissie verwijst voor het onderscheid van de markt voor 'underwriting and management services' naar de eerdere beschikking van 28 februari 2003, Comp/M.3035, punt 15 (*Berkshire Hathaway/Converium/GAUM/JV*).

83 Beschikking van de Commissie van 14 juli 2008, COMP/M.5010, punt 22, (*Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*) met verwijzing naar de volgende beschikkingen van de Commissie: 3 oktober 2007, COMP/M.4844 (*Fortis/ABN Amro Assets*); 27 september 2007, COMP M.4713 (*AVIVA/Hamilton*); 28 juni 2006, COMP/M.4284, (*AXA/Winterthur*); 24 april 2006, COMP/M.4059 (*Swiss Re/General Electric Insurance Solutions*); 18 december 2001, M.2676 (*Sampo/Vama/IF Holding/JV*); 14 juni 2001,COMP/M.2400, (*Dexia/Artesia*); 8 april 1999, COMP/M.1453, (*AXA/GRE*); 15 maart 2001, COMP/M.2343, (*Toro Assicurazioni/Lloyd Italico*); 13 december 2000, COMP/M.2225 (*Fortis/ASR*); 13 april 2000, COMP/M.1886, (*CGU/Norwich Union*); 12 januari 2000, COMP/M.1712, (*Generali/INA*); 18 juni 1996, COMP/M.759 (*Sun Alliance/Royal Insurance*); 20 december 1996, COMP/M.862 (*AXA/UAP*).

84 Beschikking van de Europese Commissie van 14 juli 2008, COMP/M.5010, punt 23-24 (*Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*). Zie ook de beschikking van 23 juli 2012, COMP/ M.6649, punt 12 (*Allianz/Gan Eurocourtage*).

voor een ruimere markafbakening. De Europese Commissie tekent immers aan dat er factoren zijn die pleiten voor een ruimere marktafbakening. In dat kader moet gedacht worden aan de homogeniteit ('degree of similarity') die bestaat aan de aanbodzijde van de markt en het feit dat grote verzekeraars actief zijn in het aanbod van verzekeringen voor meerdere soorten risico's. Voor grote industriële risico's kan dat anders zijn vanwege de specifieke kenmerken die het verzekeren van deze risico's met zich brengt. Ik leid daaruit af dat de specifieke kennis die nodig is om een bepaald groot-zakelijk risico te verzekeren, ook een indicator bij de marktafbakening is. In ieder geval biedt het instrument van de aanbodsubstitutie voor de grote industriële risico's minder houvast, gelet op de specifieke kenmerken van dergelijke risico's. Zo noemt de Europese Commissie als voorbeeld dat de verzekering voor luchtvaartrisico's zelfs uiteen kan vallen in specifieke(re) segmenten zoals 'airline', 'product & airport', 'general aviation', 'banks (financial) non-ownership' en 'satellite/space risks'.[85] Vanwege het feit dat deze aldus beperkte marktafbakening, gelet op het marktaandeel, de uiteindelijke beoordeling van de concentratie niet beïnvloedde, hoefde de Commissie overigens de markt niet nauwkeurig te definiëren.[86]

In dit kader is het relevant om te vermelden dat door Europe Economics in opdracht van de Europese Commissie onderzoek is gedaan naar de rol van aanbodsubstitutie (*Asset Switching*) bij de afbakening van verzekeringsmarkten. Het doel van dit onderzoek was om de mogelijkheden te analyseren die verzekeraars hebben om te 'switchen' tussen materiele en immateriële activa bij het productieproces van de verzekering van grote (niet-conventionele) risico's.[87] Met andere woorden: nagegaan werd in hoeverre verzekeraars van grote risico's hun productie kunnen uitbreiden of veranderen naar andere 'verwante' producten. Daarbij werd ook onderzocht welke factoren dat proces kunnen belemmeren. De aanleiding voor dit onderzoek was de gebleken onduidelijkheid over de rol (en betekenis) van aanbodsubstitutie bij de marktafbakening in de verzekeringssector in het kader van de (zelf)beoordeling van samenwerking in pools onder het kartelverbod. Uit het onderzoek blijkt kort samengevat dat aanbodsubstitutie mogelijk is op een termijn van circa zes tot twaalf maanden. De kans dat dit mogelijk is voor risico's als natuurlijke catastrofes, grote ecologische of industriële risico's en beroepsaansprakelijkheid is groter dan voor terrorisme of nucleaire risico's.[88] Uit het onderzoek van Europe Economics blijkt ook dat de vraag in hoeverre

ONDER EMBARGO

85 Met deze categorieën wordt het volgende bedoeld (zie beschikking van de Commissie van 14 juli 2008, COMP/M.5010, punt 25 (*Berkshire Hathaway/Munich Re/Gaum*)): a) airline risks, i.e. cover for hull damage and passenger and third party liability; b) product and airport risks, i.e. insurance provided to product manufacturers, airport authorities, service providers and component manufacturers as well as refuelling and fuelling activities; c) general aviation risks, i.e. cover for hull and liability for all aircraft not operated by airlines (such as private and corporate jets, air taxi services, and occasional charters); d) banks (financial)/ non-ownership risks, i.e. (residual) insurance of the legal owners of aircraft when these are not their users (this mainly refers to banks and leasing companies); e) satellite/space risks.

86 Onder het mededingingsrecht hoeft de markt alleen dan nauwkeurig te worden gedefinieerd als de gevolgen van de concentratie of mededingingsbeperking ernstig genoeg zijn. Een nauwkeurige marktafbakening blijft achterwege als zelfs bij de nauwste marktafbakening de uiteindelijke beoordeling van de concentratie of mededingingsbeperking niet wordt beïnvloed. Zie voor een vergelijkbare situatie uit de Engelse rechtspraak: G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016, afl. 1, nr. 4, p. 29.

87 Europe Economics 2016b, p. 9.

88 Europe Economisc 2016b, p. 12.

substitutie mogelijk is, afhangt van het kapitaal (verzekeringscapaciteit) dat een verzekeraar heeft of kan bieden en de kennis en expertise van het te verzekeren risico.[89]

Dit alles rechtvaardigt naar mijn mening de conclusie dat aanbodsubstitutie bij de afbakening van de verzekeringsmarkten zeker gebruikt kan worden ter aanvulling op de uitkomsten van het onderzoek naar de vraagsubstitueerbaarheid. In hoeverre aanbodsubstitutie in een bepaald concreet geval een ruimere product/geografische markt rechtvaardigt zal onder meer afhangen van de vraag of een verzekeraar in staat zal zijn het productieproces op korte termijn uit te breiden met een 'verwant' verzekeringsproduct. Als een verzekeraar genoeg kennis en financiële middelen in huis heeft om relatief gemakkelijk (binnen een termijn van 6-12 maanden) zijn productieproces uit te kunnen breiden met een bepaald verzekeringsproduct, zou dat ervoor kunnen pleiten dat de relevante productmarkt ruimer moet worden afgebakend dan het geval zou zijn indien uitsluitend wordt uitgegaan van de substitutie aan de vraagzijde van de markt.

3.3.2.4 Tussenconclusie: marktafbakening als 'tool' voor het vaststellen van marktmacht

Ik besprak onder 3.3.2 het proces van marktafbakening in het mededingingsrecht en welke economische aspecten daarbij een belangrijke rol spelen. Uiteindelijk zijn een marktanalyse en een marktafbakening erop gericht om vast te kunnen stelen of één of meerdere ondernemingen marktmacht hebben op de markt, waardoor zij de mededinging zouden kunnen beperken. De marktafbakening in het mededingingsrecht is daarom geen doel, maar een (hulp)middel voor het in kaart brengen van de concurrentie.[90] Door een markt af te bakenen kan immers een oordeel worden gegeven over de positie en de invloed van de ondernemingen die actief zijn op de markt, op de mededinging. In de volgende paragraaf zal ik onderzoeken hoe het begrip marktmacht een rol speelt en welke economische aspecten daaraan kleven.

3.4 Marktmacht

Het begrip marktmacht speelt een centrale rol bij de economische beoordeling van mededingingskwesties.[91] Een kartel is te zien als het vergaren van marktmacht door onderling afspraken te maken met de concurrenten, en bij een economische machtspositie is het niet zozeer de vraag of er sprake is van marktmacht (dat moet wel worden bewezen) maar is van (groter) belang of deze marktmacht wordt misbruikt ten koste van de consumenten en afnemers. In deze paragraaf bespreek ik eerst (onder 3.4.1) de vraag wat marktmacht precies is, waarna ik (onder 3.4.2)

89 Europe Economics 2016b, p. 8 (executive summary).
90 Zie Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5738 (*Staatsloterij/Lotto*); Rb. 29-09-2016, nr. ROT 15/5383, ECLI:NL:RBROT:2016:7373, r.o.v. 10.2
91 Bishop & Walker 2018, p. 42.

ONDER EMBARGO

uiteenzet hoe marktmacht bewezen wordt en welke economische instrumenten daarbij worden gebruikt.

3.4.1 Wat is marktmacht?

Door de Europese Commissie wordt marktmacht gedefinieerd als het vermogen om voor een bepaalde (beduidende/aanzienlijke) periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, op het stuk van producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven.[92]

De verwijzing in deze definitie naar het concurrerende prijsniveau maakt direct duidelijk dat marktmacht een economisch begrip is. Met het concurrerende prijsniveau wordt de evenwichtsprijs bedoeld zoals ik die aan de orde stelde bij de bespreking van de markt van de volledig vrije mededinging. Ik roep in herinnering dat de evenwichtsprijs gelijk is aan de marginale kosten.[93] Het bezwaar dat in de economische literatuur naar voren wordt gebracht tegen de formulering van de Europese Commissie is dat, als marktmacht wordt gedefinieerd als het vermogen om prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven, dan nagenoeg alle bedrijven over marktmacht beschikken.[94] Bedacht moet echter worden dat het feit dat ondernemingen hun prijzen boven hun marginale kosten vaststellen, volgens de Europese Commissie, op zich nog geen teken is dat de mededinging op de markt niet behoorlijk functioneert en dat ondernemingen marktmacht bezitten die hen in staat stelt hun prijzen boven het concurrerende peil vast te stellen. Pas wanneer de druk van concurrenten om prijzen en productie op een concurrerend niveau te houden ontoereikend is, bezitten ondernemingen marktmacht in de zin van artikel 101, lid 1 VWEU.[95] Het gaat er dus om dat kan worden aangetoond dat ondernemingen substantiële marktmarkt hebben, waardoor zij voor een langere periode invloed kunnen uitoefenen op de concurrentie door de prijzen te verhogen of de productie te verlagen.[96] Volgens de Europese Commissie hangt de lengte van de periode af van het product en de omstandigheden op de betrokken markt. Normaal gesproken zou een periode van zo'n 2 jaar voldoende moeten zijn.[97]

ONDER EMBARGO

92 Richtsnoeren horizontale samenwerking, rn. 39; Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 25; Richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82, par. 11.
93 Bishop & Walker 2018, p. 42-43.
94 Bishop & Walker 2018, p. 44.
95 Zie Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 25.
96 Zie ook: Jones & Sufrin 2016, p. 54.
97 Richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82 VWEU, par. 11 (voetnoot 6).

3.4.2 Het bepalen van marktmacht

Voor het aantonen van marktmacht worden in de literatuur twee methoden genoemd: de directe- en de indirecte methode.[98] Volgens de directe methode wordt de marktmacht bepaald aan de hand van informatie over de prijzen, de marginale kosten en de zogenoemde 'residual demand elasticity'.[99] Een hulpmiddel is de zogenoemde Lerner-index, waarmee wordt gemeten in hoeverre de prijs ligt boven het concurrerende prijsniveau.[100] In hoeverre een onderneming marktmacht kan uitoefenen hangt, vanuit economisch perspectief, (ook) af van de (al eerder genoemde) elasticiteit van de vraag van het product dat hij aanbiedt.[101] Elasticiteit ziet erop hoe sterk de vraag reageert op een verandering van de prijs. Dit is een logische gedachtegang: als een onderneming zijn prijs verhoogt boven het concurrerende niveau (dus marktmacht), en de vraag daalt sterk (elastisch), dan levert die prijsverhoging de onderneming minder winst op dan wanneer de vraag minder sterk daalt (meer inelastisch). De conclusie is dat hoe inelastischer de vraag is, hoe waarschijnlijker het is dat een onderneming marktmacht uitoefent. De gegevens die nodig zijn om de prijzen, de marginale kosten en de elasticiteit te kunnen berekenen, zijn echter vaak niet of moeilijk beschikbaar. Daarom wordt in de praktijk doorgaans uitgeweken naar de indirecte methode voor het vaststellen van marktmacht.

De indirecte (en meest gebruikte) manier voor het bewijzen van marktmacht is dat eerst de relevante markt wordt afgebakend en vervolgens aan de hand van marktaandelen wordt nagegaan of de ondernemingen marktmacht bezitten.[102] Op basis van de concurrentiestructuur op de (afgebakende) markt wordt dus de marktmacht bepaald. Verschillende factoren leggen dan gewicht in de schaal of er sprake is van marktmacht. Bishop en Walker noemen het aantal met elkaar concurrerende aanbieders van hetzelfde product, hun marktaandelen en concentratie op de markt, toegangsbelemmeringen en potentiële concurrentie, uitbreidingsbelemmeringen, productdifferentiatie en de aard van oligopolistische interactie tussen bedrijven.[103] Marktaandelen kunnen, volgens de Europese Commissie, een nuttige eerste indicatie zijn van de marktstructuur en van het relatieve belang van de verschillende ondernemingen die op de markt actief zijn, maar daarbij dient niet de marktcontext te worden vergeten.[104] De concentratie kan worden vastgesteld met behulp van een concentratie-index, zoals de Herfindahl-index.[105]

ONDER EMBARGO

98 Jones & Sufrin 2016, p. 55; Roger J. Van den Bergh & Peter D. Camesasca 2006, p. 107; L. Kaplow, Why (Ever) Define Markets?. Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 666; Harvard Public Law Working Paper No. 11-08. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1750302

99 Roger J. Van den Bergh & Peter D. Camesasca 2006, p. 107; Bishop & Walker 2018, p. 51. Residual demand elasticity heeft betrekking op hoe sterk de rest van de markt reageert op prijsveranderingen.

100 Roger J. Van den Bergh & Peter D. Camesasca 2006, p. 110-111.

101 Zie Bishop & Walker 2018, p. 47.

102 Zie ook: Roundtable on market definition, OECD, DAF/COMP(2012)13

103 Bishop & Walker 2018, p. 52.

104 Zie Richtsnoeren handhavingsprioriteiten art. 82 VWEU, par. 13 (met verdere verwijzingen); Jones & Sufrin 2016, p. 55.

105 Een bespreking van deze instrumenten valt buiten het bestek van dit hoofdstuk. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar Bishop & Walker 2018, p. 56 en Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 110 e.v.

Een voorbeeld van een arrest waar marktaandelen een belangrijke rol speelden, en zowel de directe als indirecte methode aan bod kwamen, is het arrest *Hofmann-La Roche*.[106] Daaruit volgt, met zoveel woorden, dat de vraag of een onderneming een dominante marktpositie inneemt, afhangt van het marktaandeel van de onderneming op de relevante markt. Uit het arrest volgt ook dat het bezit van een uiterst groot marktaandeel gedurende een zekere tijd behoudens buitengewone omstandigheden het bewijs van het bestaan van een machtspositie oplevert.[107] In het *AKZO*-arrest overwoog het Hof dat van een uiterst groot marktaandeel sprake is bij een marktaandeel van meer dan 50%.[108] In het algemeen geldt dan ook dat hoe hoger het marktaandeel, hoe waarschijnlijker het is dat er sprake is van een machtspositie van de betrokken onderneming(en).[109] Marktaandelen kunnen echter pas berekend worden nadat is vastgesteld wat de 'relevante' markt is. Dat aspect heb ik in dit hoofdstuk uitvoerig behandeld. Over de betekenis van marktaandelen bij de zelfbeoordeling van samenwerkingsvormen onder het kartelverbod zal ik in deel II van dit boek uitvoeriger ingaan, meer specifiek komt dit aan bod bij het onderwerp 'pools' in hoofdstuk 6.

3.5 Verzekeren in het economische verkeer

Een van de factoren die bij een beoordeling van samenwerking in de verzekeringssector aan het mededingingsrecht een rol speelt, is de betekenis van verzekeren in het economische verkeer. Bij het verzekeren van risico's worden immers omvangrijke risico's die een onderneming zonder verzekering zelf zou dragen, tegen de betaling van een premie, overgedragen naar één of meerdere verzekeraars. Daarmee draagt het systeem van verzekeren bij aan het economische verkeer doordat ondernemingen risico's kunnen afdekken en investeringen kunnen doen. Bij het incalculeren van mogelijke schadelasten zal een onderneming namelijk de keuze hebben om een risico door middel van een verzekeren af te dekken of het zelf te dragen. Vaak zal een verzekering noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld handel te kunnen drijven. Wanneer risico's zo'n grote omvang hebben dat een individuele verzekeraar deze niet alleen kan dragen, is coassurantie noodzakelijk. In het bijzonder voor de risico's die in coassurantie worden verzekerd geldt dat deze verzekeringstechniek bijdraagt aan het economische verkeer. Het gaat immers om zakelijke risico's die, wanneer zij zich verwezenlijken, een enorme invloed hebben op de productie. Stel dat bijvoorbeeld een fabriek afbrandt waardoor de productie van voedingsmiddelen stil komt te liggen. Zonder een verzekering die het mogelijk maakt om deze productie snel te hervatten en de schadelast voor de betrokkenen te compenseren zal de impact op het economische

ONDER EMBARGO

106 Zie HvJEU 6 december 2012, C-457/10 P, ECLI:NL:XX:2012:BY6475 *(AstraZeneca)*, punt 176 (met verdere verwijzingen). Het bezit van een uiterst groot marktaandeel gedurende een zekere tijd behoudens buitengewone omstandigheden het bewijs van het bestaan van een machtspositie oplevert (HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur*. 1979, C-85/76, punt 41 *(Hoffmann-La Roche/Commissie)*), en dat een marktaandeel van meer dan 50 % een uiterst groot marktaandeel is (HvJ EG 3 juli 1990, C-62/86, Jur. 1991, p. I-3359, punt 60 arrest AKZO/Commissie, punt 60).

107 HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, *Jur.* 1979, C-85/76, punt 41 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

108 HvJ EG 3 juli 1990, C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359, punt 60 (*AKZO/Commissie*).

109 Jones & Suffrin 2016, p. 322. Bishop & Walker 2018, p. 180-181 geven aan dat marktaandelen de belangrijkste factor is voor het bepalen van een machtspositie.

verkeer groot zijn. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de verzekering van de schade die kan ontstaan door fouten in een productieproces of tuin- en landbouwschade die ontstaat door hagel of storm. Gesteld kan daarom worden dat het verzekeren van groot zakelijke risico's door middel van coassurantie of in pools een belangrijke bijdrage levert aan het economische verkeer.

Verzekeren heeft dus een belangrijke (macro)economische functie. Op macro-economisch niveau is het verzekeren van risico's in coassurantie van groot belang voor het economische verkeer. Wanneer afspraken die door verzekeraars en/of makelaars worden gemaakt en die de mededinging zouden beperken, een substantiële bijdrage leveren aan de economische vooruitgang zou dat meegewogen kunnen worden bij een beoordeling onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Dergelijke economische voordelen van verzekeren kunnen immers nadelen voor de mededinging compenseren, mits de voordelen ook de gebruikers ten goede komen en de beperkingen niet verder gaan dan noodzakelijk is. Wat een dergelijke toets aan de uitzondering van het kartelverbod inhoudt, is in het vorige hoofdstuk besproken. Bij de analyse in deel II van dit boek zal deze wettelijke uitzondering een belangrijke plaats innemen, en speelt ook de economische rol van verzekeren een rol bij het in kaart brengen van de efficientieverbeteringen van vormen van samenwerking die zich voordoen bij de verzekering in coassurantie of in pools.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn enkele economische aspecten van het mededingingsrecht besproken. Eerst zijn de economische grondslagen van het mededingingsrecht onderzocht, waarbij het begrip mededinging, de functies van het mededingingsrecht en de theorieën die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen, zijn besproken. Vervolgens is aandacht geschonken aan het begrip 'markt', dat een centrale rol speelt in het mededingingsrecht. De verschillende (theoretische) marktvormen zijn de revue gepasseerd. Zij leren vooral met welke marktkenmerken rekening dient te worden gehouden bij het in kaart brengen van de mededinging in een bepaalde markt. Ook kwam de marktafbakening en de economische aspecten die daarbij een rol spelen aan bod. Duidelijk werd dat marktafbakening betrekking heeft op het inschatten van de concurrentiedruk die ondernemingen van zowel afnemers als ondernemingen ervaren als zij hun producten tegen een hogere prijs aanbieden. Een belangrijk economisch begrip daarbij is de substitutie of vervangbaarheid van producten, wat verband houdt met de vraag hoe elastisch de vraag naar een product is. Ten slotte is besproken hoe het begrip marktmacht dient te worden geïnterpreteerd en op welke manieren vastgesteld kan worden of een of meerdere ondernemingen marktmacht bezitten. Ook daarbij spelen economische aspecten een belangrijke rol, zoals de marktaandelen en de concurrentievoorwaarden op een markt.

UNDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

4 Algemene beschrijving van de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland

4.1 Inleiding en opbouw

In dit hoofdstuk zal een beschrijving worden gegeven van de werking en structuur van de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt. Deze markt wordt ook wel aangeduid als 'de coassurantiemarkt' omdat de groot zakelijke risico's vaak, maar zeker niet uitsluitend, door middel van coassurantie worden verzekerd.[1] Dit hoofdstuk geeft de feitelijke context weer waarbinnen de toepassing van het mededingingsrecht binnen het verzekeringsrecht primair wordt geplaatst. In het kort kan de coassurantiemarkt worden omschreven als de verzekeringsmarkt voor het verzekeren en herverzekeren van groot-zakelijke risico's waarvoor, vanwege de omvang en complexiteit van deze risico's, behoefte bestaat aan bijzondere, op maat gesneden, verzekeringsproducten. De coassurantiemarkt is een zogenoemde business-to-business, B2B markt; de verzekeringnemers zijn in de regel grote, professionele, ondernemingen die vaak de beschikking hebben over een eigen risicomanagement. Een belangrijke rol op de Nederlandse coassurantiemarkt heeft de beursmakelaar die in opdracht van de verzekeringnemer ervoor zorgt dat een risico op de assurantiebeurs wordt ondergebracht. In dit hoofdstuk bespreek ik uitvoerig de rol van en de verhouding tussen de verschillende partijen die actief zijn op de coassurantiemarkt. Tevens geef ik een overzicht van de relevante kenmerken van de coassurantiemarkt.

Dit hoofdstuk start in par. 4.2 met een korte (terug)blik in de geschiedenis van coassurantie. Voor een goed begrip van de materie bespreek ik vervolgens in par. 4.3 wat coassurantie inhoudt en wat het onderscheid is met andere risicospreidingsmethoden als herverzekering, verticale spreiding van risico's en (her)verzekeringspools.[2] In par. 4.4 zet ik uiteen welke partijen aan de vraag- en aanbodzijde van de coassurantiemarkt actief zijn en wat hun rol en positie is op deze markt. In par. 4.5. zet ik de relevante marktkenmerken op een rij. Deze zijn van belang voor de beoordeling die plaatsvindt in het tweede deel van dit boek (de hoofstukken 5 tot en met 8). In par. 4.6 werp ik een blik op de organisatie van de zakelijke verzekeringsmarkt in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België. In par. 4.7 is de conclusie te vinden.

ONDER EMBARGO

1 Zie bijvoorbeeld Van Velzen 2017, p. 14. Ook door de ACM wordt in de Monitor Financiële Sector 2005, p. 85, gesproken over de Nederlandse co-assurantiemarkt.
2 Vgl. hoofdstuk 1 onder par. 1.2.1, waar eveneens een beknopte uitleg is gegeven van het onderscheid tussen coassurantie en pooling.

4.2 Historisch perspectief: de geschiedenis van coassurantie

De oorsprong van coassurantie is gelegen in bepaalde verzekeringsvormen die stammen uit de 16e en 17e eeuw. Over de ontwikkeling van de verzekeringsmarkt en in het bijzonder de coassurantiemarkt zijn reeds verscheidene studies verschenen.[3] Onder verwijzing naar die werken zal ik in deze paragraaf volstaan met een overzicht van de ontstaansgeschiedenis van coassurantie en de (veranderende) rol van de assurantiebeurs. Een bespreking van deze twee onderwerpen geeft in de eerste plaats het belang weer van coassurantie als vorm om risico's te verzekeren en in de tweede plaats antwoord op de vraag hoe de coassurantiemarkt zich heeft ontwikkeld. Daarmee geeft het een historisch perspectief op de context van de Nederlandse coassurantiemarkt.

4.2.1 Ontstaan van coassurantie

Het ontstaan van coassurantie ligt als gezegd rond het einde van de 16e of het begin van de 17e eeuw.[4] In die periode nam in Nederland, toen de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (hierna: de Republiek), de (overzeese) handel en de politieke macht toe. Gelijktijdig ontstonden in Rotterdam en Amsterdam, naar voorbeeld van Zuid-Europa (vooral: Italië, Spanje en Vlaanderen), beurzen waar naast allerlei goederen ook in assurantiën, oftewel verzekeringen, werd gehandeld.[5] Het was de tijd die later als de 'Gouden Eeuw' (circa 1588-1702) zou worden aangeduid vanwege de ongekende economische bloei in de Republiek. Belangrijke mijlpalen werden in die tijd gezet zoals de oprichting van de Vereenigde Oostindische Compagnie (VOC) in 1602, de expedities naar Azië en Amerika, de bloei in de kunst en de opkomst van Amsterdam als financiële en economische metropool.[6] Met de toename van deze welvaart groeide ook het belang van een verzekering.

De eerste vorm van verzekering betreft de zee- of transportverzekering waarbij het schip en de vervoerde zaken werden verzekerd tegen de 'gevaren der zee'.[7] Volgens Davids was de groei van de vraag naar verzekeringen niet zozeer te danken aan (de opkomst van) de vaart naar Oost- en West-Indië – daar werden de risico's vooral intern gedragen – maar vooral aan de gevaarvolle zeevaart op het Middellands zeegebied.[8] In ieder geval waren verzekeringen een uiterst nuttig instrument om de risico's die nu eenmaal hoorden bij het bedrijven van handel

UNDER EMBARGO

3 Zie bijvoorbeeld K. Davids e.a. 2016. Suermondt 2006, p. 23-41; Davids 1998, p. 190; S.C.P.J. Go, 'The Amsterdam and Rotterdam Insurance Markets in the Sixteenth to the Eighteenth Century: Inertia versus Adaptability', *International Journal of Maritime History* (XXIII) 2011/23. Historische overzichten zijn te vinden bij: Vergouwen 1945, p. 89; IJzerman en Den Dooren de Jong 1930, p. 222-228; Bothenius Brouwer 1920; Elink Schuurman 1917, p. 116; Goudsmit 1882; Reatz 1870; Jolles 1867, p. 29 en Enschedé 1886.

4 Goudsmit 1882, p. 201-203 schrijft over assurantiecontracten die al ontstonden in de 14e eeuw rond de Middellandse zee in Portugal, Spanje en Italië. Zie ook: Jolles 1867, p. 29.

5 In 1598 ontstond in Rotterdam een beursgebouw en in 1611 in Amsterdam (zie ook de bespreking in par. 4.2.2). Vgl. De Groote 1975, p. 10.

6 Een mooi overzicht van de historie is te vinden in Gaastra 2009. Noemenswaardig is ook het werk van Van Deursen 2013 en Israel 2008.

7 Enschedé 1886, p. 1.

8 Davids 1998, p. 190.

(bijvoorbeeld het verlies van een lading en/of schade aan een schip) te kunnen afdekken. De risico's die men liep, konden behoorlijk oplopen. Dat verklaart het ontstaan van het principe van coassurantie. Coassurantie werd eigenlijk al vanaf het ontstaan van verzekeren gebruikt om risico's te spreiden. Zo blijkt uit de oudst bekende Hollandse zee-assurantiepolis (daterend uit 1592) dat verschillende assuradeuren ieder voor zich voor een bepaald aandeel tekenden op een polis waarop een drietal schepen werd verzekerd: 'De Zeehondt', 'De Roode Hondt' en 'Sint Jacob'.[9] De assuradeuren, rijke kooplieden die bereid waren met hun vermogen garant te staan voor risico's, tekenden dus in coassurantie.[10] Verzekeren was voor hen vooral een nevenactiviteit en een (soms lucratieve) wijze van belegging. Interessant is dat zich onder de assuradeuren van de bovengenoemde polis Isaac Le Maire, mede-oprichter van de VOC, bevond. Dit is typerend voor die tijd omdat het laat zien dat vooral de rijke kooplieden het aandurfden om zich met verzekeren (die toen nog behoorlijke risicopremies met zich meebrachten) bezig te houden.

Kortom, coassurantie als manier om risico's te spreiden ontwikkelde zich tegelijkertijd met de groei van de (wereld)handel. Het spreiden van risico's over meerdere assuradeuren was een goede mogelijkheid om kooplieden bereid te vinden om risico's te accepteren. Verzekeringsmaatschappijen werden pas in de 18e en 19e eeuw opgericht in Nederland. De zeeverzekering was in de 16e en 17e eeuw nauw verbonden met financiering en beleggen.[11] Dit vloeide voort uit de andere zekerheidsregelingen in die tijd: het bodemerij-contract, de partenrederij en 'de onderlinge'.[12] Zij worden ook wel als voorlopers van coassurantie beschouwd en ik zal ze daarom hieronder kort schetsen.

Bodemerij

Veelvoorkomend in de Republiek waren de contracten waarbij risico niet zelfstandig werd overgedragen maar onderdeel vormde van een geldlening, het bodemerij-contract genoemd.[13] Bij bodemerij verschaften geldschieters een lening aan een scheepseigenaar onder het beding dat ingeval van vergaan van schip of lading het geleende bedrag niet hoefde te worden terugbetaald.[14] Bij behoudenvaren was de reder daarentegen een premie verschuldigd aan de geldschieters. Vanuit deze financieringsmethode, die het mogelijk maakte om kapitaal bijeen te brengen en een belegging was voor speculerende kooplieden, is de verzekering geleidelijk aan een afzonderlijk contract gaan vormen.[15] Nolst Trenité geeft deze verschuiving fraai weer:

ONDER EMBARGO

9 IJzerman & Den Dooren de Jong 1930, p. 222-228. Verzekerd werden een drietal schepen: 'De Zeehondt', 'De Roode Hondt' en 'Sint Jacob'.
10 Van Velzen 2017, p. 5; Dorhout Mees 1967, p. 25, randnr. 35.
11 Van Velzen 2017, p. 4.
12 Van Velzen 2017, p. 4.
13 Dorhout Mees 1967, p. 11-12; Nolst Trenité 1928, p. 19; Jolles 1867, p. 26-27.
14 Art. 569 WvK-Oud. Vgl. Van Velzen 2017, p. 4.
15 Jolles 1967, p. 26-27; Nolst Trenité 1928, p. 19-20.

> 'de kapitalist betaalde de geldsom niet meer uit als lening, doch beloofde ze als vergoeding, en hij ontving nu ook geen rente meer van zijn kapitaal, doch premie als prijs voor zijn belofte om te vergoeden'. [16]

De geldlening werd als zodanig dus losgekoppeld van het onderdeel van het lopen van het risico. Dat werd tegenover een premie als zelfstandig contract beschouwd.[17]

Partenrederij

Risicospreiding, ik zal dat in par. 4.3 uitwerken, was ook al bekend bij de partenrederij, een financieringsvorm die al bestond sinds de 15e eeuw.[18] Deze bedrijfsvorm bestond hieruit dat (kleine) kapitaalbezitters een aandeel of 'part' in een schip konden kopen. Zodoende berustte het eigendom en risico van een schip zelden of nooit in één hand. Er bestonden scheepsparten van bijvoorbeeld 1/4, 1/8, 1/16, maar ook van 1/32, 1/128 of 1/256.[19] Parten kocht men meestal voor de duur van een reis en na afloop daarvan werd de onderneming ontbonden en de winst of het verlies onder de partenreders verdeeld.[20] Het kwam ook voor dat scheepsparten, die verhandelbaar waren op de beurs, werden verzekerd.[21] Hoewel de partenrederij effectief was voor handel met omringende landen in Europa, was het vanwege de korte levensduur, de kleinschaligheid en de scheiding tussen reders en bevrachters, als bedrijfsorganisatie ongeschikt voor de langeafstandshandel met Azië.[22] Toch heeft deze financieringsvorm door de aantrekkelijkheid voor kleine spaarders, een enorme boost gegeven aan de groei van de Nederlandse economie ten tijde van de Gouden Eeuw. Uiteindelijk is zij verdwenen met de oprichting van compagnieën, die later op gezag van landsadvocaat Johan van Oldenbarnevelt, in de VOC werden verenigd.[23]

'Onderlinge'

Een derde wijze van risicospreiding die toen voorkwam, en die te beschouwen is als een voorloper van coassurantie is de 'onderlinge'. Daarbij ging het in de kern om een overeenkomst waarbij reders en/of stuurlieden zich verbonden om ingeval schip en uitrusting door natuurlijke oorzaken of door molest van kapers, zeerovers of vijandige oorlogsschepen verloren gingen, de schade te vergoeden door het verlies achteraf over alle deelnemers aan de overeenkomst om te slaan (te 'smaldeelen') of een uitkering te verlenen uit een fonds dat vooraf door inleg van de participanten tot stand was gebracht.[24] Deze wijze van risicospreiding, ook wel aangeduid als 'bent', 'bentcontract' of 'redersbent', was vooral in gebruik bij

16 Nolst Trenité 1928, p. 20.
17 Jolles 1867, p. 27.
18 Den Heijer 2002, p. 10.
19 Davids 1998, p. 185.
20 Den Heijer 2002, p. 10.
21 Davids 1998, p. 190-191.
22 Den Heijer 2002, p. 11.
23 Gaastra 2009, p. 19. In de kern lag de reden hiervoor in de sterke onderlinge concurrentie tussen de compagnieën. De VOC kreeg daarom het monopolie op de Azië-vaart.
24 Davids 1998, p. 187.

ONDER EMBARGO

de haringvisserij en de walvisvaart. Sectoren die, volgens Davids, gekenmerkt werden door een hoge mate van communicatie en coöperatie tussen reders en gezagvoerders.[25] Juist dat coöperatieve karakter maakte het mogelijk om schade te 'smaldeelen' of een fonds tot stand te brengen.

In de hierboven geschetste historische context kwam coassurantie als middel om risico's effectief te kunnen verzekeren dus tot ontwikkeling. De plaatsen waar de assuradeuren of kooplieden elkaar ontmoeten werden aangeduid als de beurzen. Gelet op het belang van 'de beurs' voor het functioneren van de coassurantiemarkt behandel ik dat aspect uitgebreider in de volgende paragraaf.

4.2.2 De assurantiebeurs

Coassurantie is onlosmakelijk verbonden met de assurantiebeurzen. De beurs was de ontmoetingsplaats waar niet alleen handel werd bedreven maar ook verzekeringscontracten ten behoeve van die handel werden afgesloten. Op de beurs werden niet alleen de assuradeuren gevonden die met elkaar bereid waren een risico in coassurantie te verzekeren, maar vond ook de afwikkeling van schades plaats. De beurs heeft daarmee een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het verzekeringswezen. Nog steeds wordt gesproken over de verzekering 'ter beurze', als aanduiding voor het verzekeren op de coassurantiemarkt.[26] In Nederland kende men twee assurantiebeurzen, te weten in Rotterdam en in Amsterdam. Ik besteed hieronder eerst aandacht aan de geschiedenis van deze twee beurzen waarna ik een parallel zal trekken naar het ontstaan van de grootste assurantiebeurs ter wereld: Lloyds in Londen.

4.2.2.1 De beurzen te Rotterdam en Amsterdam

De assurantiebeurzen ontstonden in Nederland ongeveer gelijktijdig met de opkomst van de handel in de 16e eeuw. Gedreven door de behoefte aan een centrale ontmoetingsplaats voor het doen van zaken, besloot de overheid tot de oprichting van beursgebouwen. Het eerste beursgebouw in Nederland werd in opdracht van het stadsbestuur opgericht in Rotterdam in 1598. Amsterdam volgde met een beursgebouw in 1611 dat ontworpen werd door de stadsarchitect Hendrick de Keyser. Hoewel Rotterdam eerder dan Amsterdam een beursgebouw in gebruik kon nemen was Amsterdam in de 16e eeuw reeds het centrum van de handel en zeeassurantie. Zij had deze vooraanstaande positie – historisch gezien – te danken aan de val van Antwerpen in 1585 waardoor vele buitenlandse (waaronder

ONDER EMBARGO

25 Davids 1998, p. 192.

26 Wansink 2009, p. 213 omschrijft het begrip 'ter beurze' als volgt: 'De zinsnede 'ter beurze' stamt nog uit de tijd dat voor het sluiten van de commerciële polissen (doorgaans, maar niet uitsluitend in coassurantie) twee assurantiebeurzen bestonden, te weten in Rotterdam en Amsterdam, waar verzekeringsmakelaars en assuradeuren elkaar ontmoetten om te onderhandelen over premies en (bijzondere)voorwaarden voor te sluiten verzekeringen als ook om overleg te hebben over de afwikkeling van schaden, gevallen op aldaar gesloten verzekeringen. Een circuit van 'professionals' die elkaar kenden en voor wiens handelen mede ook ter beurze gegroeide gewoonten en opvattingen een wezenlijke leidraad vormden. Dat circuit met de daaraan verbonden interne gewoonten en opvattingen bestaat nog steeds, ook zal zijn beide beurzen in 2004 als 'fysieke' ontmoetingsplaats gesloten.'

Italiaanse) kooplui naar Amsterdam trokken.[27] Er zijn aanwijzingen dat juist deze zuidelijke kooplieden die al eerder vertrouwd waren met het verzekeringswezen, dit in Nederland tot ontwikkeling hebben gebracht.[28] Amsterdam was toentertijd de voor de hand liggende plaats waar zij zich wilden vestigen omdat daar onder meer de stapelmarkt tot ontwikkeling was gekomen. De stapelmarkt was het systeem dat producten in voorraad werden opgeslagen om prijsschommelingen zoveel mogelijk te voorkomen. Bovendien was gedurende de 16e eeuw de beurshandel juist in Amsterdam exponentieel gegroeid. Er werd gehandeld in partijen graan, hout, haring en bulkgoederen. Ook ontstonden de goederentermijnhandel en de handel in aandelen. Al voordat de beurs in Amsterdam in 1611 in gebruik werd genomen, ontmoetten de kooplieden elkaar. Vergouwen beschrijft in zijn historische overzicht dat dat bij mooi weer op de Nieuwe Brug was, bij regenachtig weer in de Warmoesstraat onder de luifels en gedurende de winter in de Oude Kerk.[29] Zowel de Rotterdamse als de Amsterdamse beurs kende (dus) een levendige beurshandel. Het Rotterdamse beursgebouw van 1598 werd al snel te klein waardoor de handel in 1635 werd verplaatst naar de vismarkt, gelegen nabij de Gapersbrug. Amsterdam zou het beursgebouw tot 1836 in gebruik houden totdat, door verzakking van het beursgebouw van 1611, verhuizing naar de beurs van Zocher aan het Damrak plaatsvond.

Van oudsher heeft een beursmakelaar een belangrijke rol ingenomen bij de handel op de beurs. Hoewel ik in paragraaf 4.4.2 de positie van een beursmakelaar nog nader zal bespreken, geef ik hier kort de historische achtergrond weer. Beursmakelaars waren personen die namens hun klant verzekeringen onderbrachten bij de assuradeuren. Zij legden het te verzekeren risico voor, stelden voorwaarden op en onderhandelden daarover met de assuradeuren op de beursvloer. Zij wisten – beter dan de potentiële verzekeringnemers – welke kooplieden bereid waren om in assurantiën te handelen. Bovendien was de makelaar door zijn ervaring ervan op de hoogte of zij aan hun financiële verplichtingen konden voldoen. Ook de assuradeuren wisten welke makelaars zij konden vertrouwen en met wie zij het beste in zee konden gegaan. Op den duur vaardigde het stadsbestuur regels uit ten aanzien van het makelaarsberoep. Deze regels zijn terug te vinden in de stede keuren op de zeeassurantie, zoals die van Amsterdam (1598) en Rotterdam (1604). Alleen door het stadsbestuur aangestelde makelaars die beëdigd waren door de rechtbank mochten als makelaar op de beurs handelen.[30] Er waren echter ook niet-beëdigde makelaars actief: de zogenaamde 'bijlopers' of 'beunhazen'. Sommige auteurs stellen dat het Rotterdamse stadsbestuur zich in het algemeen coulanter opstelde ten opzichte van deze 'bijlopers' dan het Amsterdamse stadsbestuur.[31] Davids

ONDER EMBARGO

27 Vergouwen 1945, p. 29 en p. 31.
28 S.C.P.J. Go, 'The Amsterdam and Rotterdam Insurance Markets in the Sixteenth to the Eighteenth Century: Inertia versus Adaptability', *International Journal of Maritime History* (XXIII) 2011, p. 89.
29 Vergouwen 1945, p. 39 (noot 1).
30 Deze voorwaarde van beëdiging van de makelaar heeft tot 2001 bestaan. Vgl. art. 62 lid 1 WvK-Oud. Zie de wet van 7 december 2000, *Stb*. 2000, 540.
31 S.C.P.J. Go, 'The Amsterdam and Rotterdam Insurance Markets in the Sixteenth to the Eighteenth Century: Inertia versus Adaptability', *International Journal of Maritime History* (XXIII) 2011, p. 94 en Vergouwen 1945, p. 81-82.

verklaart het feit dat de 'bijlopers' in Rotterdam nooit zo'n groot aandeel in de makelaardij hebben gehad als in Amsterdam uit de grondhouding van het Rotterdamse stadsbestuur om de voorschriften die zij oplegden te laten aansluiten bij de gebruiken van verzekeraars en verzekerden.[32] Zo bestond in Rotterdam vanaf het begin wel de mogelijkheid om ladingen tot de volle waarde te verzekeren.[33] Pas in de loop van de 18e eeuw veranderde de grondhouding van het Amsterdamse stadsbestuur naar de 'Rotterdamse' richting en werd ook daar meer aangesloten bij de geldende praktijken in de verzekeringswereld.[34]

Specialisering en schaalvergroting

Een belangrijke verandering die de geschiedenis van de assurantiebeurs kenmerkt, is de trend tot specialisering in verzekeringsactiviteiten.[35] Deze trend ontstond ongeveer vanaf 1700. Zo vermeldt Davids dat er in de Zaanstreek van 1694-1758 een syndicaat bestond van ongeveer vijftien leden die samen als tekenaars van verzekeringen optraden.[36] Ook vermeldt hij een 'kartel' uit 1615 tussen tien kooplieden in Amsterdam dat werd gevormd om een minimumniveau in assurantiepremies te handhaven.[37] In 1720 werd in Rotterdam de eerste verzekeringsmaatschappij op aandelen opgericht, de 'Maatschappij van Assurantie, Discontering en Belening der Stad Rotterdam' (het latere ASR).[38] Deze gebeurtenis staat symbool voor het verdwijnen van de particuliere assuradeuren en de verschuiving naar meer specialisatie. Niet alleen de assuradeuren maar ook de makelaars specialiseerden zich. Waar de makelaar zich in het begin richtte op de bemiddeling in allerhande handelszaken, ontstonden in de 18e eeuw de (in zeeassurantie) gespecialiseerde firma's. Bekende namen zijn die van David Chabot, Willem van Dam, Jan Havelaar en zoon, Daniel Madry en R. Mees en zonen.[39] Naast zeeverzekering deed ook de brand- en levensverzekering op grotere schaal haar intrede. In de 20e eeuw kwamen daar de zogenoemde 'variaverzekeringen' zoals de aansprakelijkheids-, reis- en inboedelverzekering bij. In 1736 betrok de Rotterdamse beurs een nieuw gebouw op de hoek van de Blaak en West-Nieuwland. Hier zou de beurs tot de verwoesting in de Tweede Wereldoorlog zijn gehuisvest. Na de Tweede Wereldoorlog vestigde de Rotterdamse Assurantie Beurs zich aan de Coolsingel, later – tot het sluiten van de beurs in 2004 – in het WTC-gebouw. Tot de jaren vijftig van de 20e eeuw kende de beursvloer in Rotterdam en Amsterdam vele vaste beursgangers. Het was een zogenoemd 'beurscircuit' waarin men elkaar kende. De makelaars waren veelal familiefirma's die nauwe banden onderhielden met de assuradeuren.

ONDER EMBARGO

32 Davids 1998, p. 199.
33 De achtergrond van deze regel was dat de overheid het morele risico wilde vermijden. Zij gingen van de gedachte uit dat schippers en kooplui zorgeloos zouden worden als de gehele waarde van de lading verzekerd kon worden. Daarom ontstond de regel dat tien procent van de lading onverzekerd moest blijven. Zie ook: Davids 1998, p. 197.
34 Davids 1998, p. 199.
35 Elink Schuurman 1917, p. 116.
36 Davids 1998, p. 194.
37 Davids 1998, p. 194.
38 Bothenius Brouwer 1920.
39 Voor de geschiedenis van de firma R. Mees en Zoonen verwijs ik naar het gedenkboek: *Wakker zijn en in het midden houden, 1720-1970*, Rotterdam: Bank en Assurantie Associatie N.V. 1970.

Na de Tweede Wereldoorlog veranderde dat. Door schaalvergroting, fusies in de verzekeringswereld, en globalisering, kwamen kleine maatschappijen – zo beschreef Suermondt – in de etalage te staan.[40] Ook de makelaars verminderden in aantal en opereerden steeds internationaler. Zij beperkten zich niet meer tot risicospreiding maar werden risicomanagers die hun klanten begeleidden in het totale pakket aan risicobeheersing.[41] Al met al werd de beurs – door de opkomst van het elektronische beursverkeer – als fysieke ontmoetingsplaats steeds minder noodzakelijk. Zaken konden sneller en effectiever digitaal worden gedaan. In 2004 is dan ook besloten om de beurzen in Rotterdam en Amsterdam te sluiten. Vanaf dat moment vindt het beursverkeer elektronisch plaats door middel van het elektronische assurantiebeurssysteem (e-ABS) dat is ingevoerd door de VNAB. De assurantiebeurs is daarmee vooral een digitaal platform geworden, wat niet uitsluit dat veel communicatie ook buiten e-ABS plaatsvindt. Zo komt e-ABS in de praktijk vaak pas in beeld als het offertetraject is gepasseerd en de risicodragers zijn benaderd om deel te nemen in coassurantie op een polis. Het voortraject vindt daarmee buiten het digitale platform plaats.

4.2.2.2 Assurantiebeurs in het Verenigd Koninkrijk: Lloyds

In het Verenigd Koninkrijk ontwikkelde zich ook een assurantiebeurs, Lloyds Londen. Een beurs die uiteindelijk de Nederlandse coassurantiemarkt qua omvang sterk zou overtreffen. De Engelse assurantiebeurs dateert van later datum dan die in de Republiek.[42] Aangezien vandaag de dag veel spelers (makelaars en verzekeraars) op zowel de Engelse als Nederlandse assurantiebeurs actief zijn, lijkt het goed om een korte schets te geven van de historie van Lloyds. De vraag hoe Lloyds tegenwoordig is georganiseerd bespreek ik in par. 4.6.1.

Lloyds is vernoemd naar het legendarische koffiehuis van Edward Lloyd,[43] gelegen aan de Tower Street en (vanaf 1691) aan de Lombard Street. Daar begint de geschiedenis van Lloyds. Het koffiehuis was rond 1688 een ontmoetingsplaats van assuradeuren en makelaars waar onder meer zeeverzekeringen werden gesloten. Wright & Fayle beschrijven deze tijd (circa 1660-1688) als de periode waarin Engelands macht op zee toenam. Volgens hen kon Londen Amsterdam evenaren.[44] Het was toentertijd gebruikelijk om zaken te doen in koffiehuizen. Dat van Lloyds was dus zeker niet het enige die in Londen bestond.[45] Koffiehuizen waren symbool voor de plek waar nieuws kon worden uitgewisseld en daar speelde Edward Lloyd handig op in. Hij bracht 'Lloyds News' uit: een krant met informatie over scheepvaart, oorlogen en binnen- en buitenlands nieuws. Later – in 1734 – kwam hier de meer gespecialiseerde 'Loyds List' bij. Dit was in de kern een lijst van relevante scheepsinformatie zoals de aankomst, het vertrek

40 Suermondt 2006, p. 26.
41 Suermondt 2006, p. 27.
42 Verklaring hiervoor is dat tegen het einde van de 17e eeuw Engeland de dominante positie van de Republiek op de zeevaart, en daarmee het afsluiten van de zeeassurantiepolissen, overnam.
43 Voor een uitvoerig overzicht van de geschiedenis van Lloyds, verwijs ik tevens naar: Frederick Martin 1876. Zie ook: Breeman 1947.
44 Wright & Fayle 1928, p. 4. 1688 was een belangrijk jaar in de geschiedenis van Engeland en Nederland omdat toen tijdens de 'Glorious Revolution' stadhouder Willem III en zijn vrouw Mary Stuart (dochter van koning Jacobus II van Engeland) de macht in Engeland in handen kreeg.
45 Wright & Fayle 1928, p. 20-21.

ONDER EMBARGO

en wederwaardigheden van schepen, waar de *underwriters*[46] bij gebaat waren.[47] Lange tijd bleef Lloyds gevestigd aan de Lombardstreet. Een merkwaardige tijd was die waarin er door onenigheid van de eigenaars twee rivaliserende koffiehuizen van Lloyds bestonden, de Old Lloyd's Coffee House en de New Lloyd's Coffee House aan Pope's Head Alley.[48] Het laatste nam de belangrijkste positie in en zocht al snel naar een nieuw onderkomen. Dat bleek toen in 1771 door zevenennegentig aandeelhouders, ieder voor 100 pond, de 'Subscription for a New Lloyds' werd getekend. Deze overeenkomst had tot doel om kapitaal bijeen te brengen om een nieuw onderkomen te vinden waarin zij hun zaken konden doen. Zij legden hiermee de grondslag voor de 'Lloyds Corporation', de onafhankelijke organisatie die de belangen van Lloyds behartigt. Uiteindelijk werd Lloyds ondergebracht in een ruimte in de Royal Exchange en, behalve een korte periode toen de Royal Exchange na een brand herbouwd werd, was het in dit gebouw, waarin Lloyd's assuradeuren zaken deden. Pas in 1928 verhuisden zij naar de gebouwen in de Leadenhall Street, bekend als Lloyd's Building. Momenteel is Lloyds de grootste verzekeringsbeurs[49] ter wereld, met nog steeds belangrijke 'roots' in de maritieme verzekeringswereld. Zoals gezegd zal ik in par. 4.6.1 uitvoeriger aandacht schenken aan de organisatiestructuur van Lloyds.

4.2.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf is een beschrijving gegeven van de historie van coassurantie. Geconcludeerd kan worden dat coassurantie een zeer oude verzekeringsvorm is die werd en wordt gebruikt om (grote) risico's te kunnen verzekeren. Een belangrijke rol bij de ontwikkeling van de coassurantiemarkt hadden de assurantiebeurzen waar de makelaars en verzekeraars met elkaar zaken deden. Assurantiebeurzen faciliteerden het sluiten van verzekeringscontracten en de afwikkeling van schades. Lange tijd heeft de fysieke assurantiebeurs bestaan, maar tegenwoordig vindt het verzekeren in coassurantie alsmede de afwikkeling van schades voornamelijk elektronisch plaats op een digitaal platform. Nu ik de historie heb besproken, zal ik in de volgende paragraaf het onderscheid behandelen tussen coassurantie en andere vormen van risicospreiding te weten, herverzekering, verticale risicospreiding en (her)verzekeringspools.

4.3 Onderscheid tussen verscheidene risicospreidingsmethoden

In de vorige paragraaf gaf ik een overzicht van de historie van coassurantie. Tegenwoordig vindt risicospreiding op verscheidene manieren plaats. Coassurantie is daarbij slechts één van de mogelijkheden. In deze paragraaf zet ik uiteen welke risicospreidingsmethoden worden gebruikt in de zakelijke verzekeringsmarkt en hoe zij zich tot elkaar verhouden. Ik bespreek achtereenvolgens ('ad hoc') coassurantie, herverzekering, 'layering' oftewel verticale risicospreiding en pools.

46 Assuradeuren werden in Londen aangeduid als 'underwriters' vanwege het feit dat zij hun namen/handtekeningen onder de polissen schreven. Nog steeds wordt de term 'underwriter' gebruikt voor de acceptanten die bij verzekeraars werkzaam zijn.
47 Wright & Fayle 1928, p. 71.
48 Wright & Fayle 1928, p. 104 e.v.
49 Lloyds is geen bedrijf of onderneming maar een beursvloer.

ONDER EMBARGO

4.3.1 Coassurantie

Coassurantie is, zoals gezegd, een vorm van risicospreiding waarbij meerdere verzekeraars, ieder voor zich, een bepaald gedeelte van een risico op zich nemen.[50] Het woord coassurantie betekent dat met elkaar (uitgedrukt door het woordje 'co') risico's worden verzekerd.[51]

Bij 'ad hoc' coassurantie verbindt, juridisch gezien, iedere verzekeraar zich afzonderlijk tot het doen van een uitkering tegenover de verzekeringnemer. Het 'ad hoc' aspect ziet erop dat meerdere verzekeraars met elkaar een bepaald specifiek risico op een bepaald moment verzekeren. Ad hoc coassurantie moet worden onderscheiden van de verzekering in coassurantiepools waarbij sprake is van een groep verzekeraars die op basis van tevoren besproken voorwaarden een bepaalde categorie risico's verzekeren. Ik kom daar hieronder in par. 4.3.4 op terug. Hoewel de verzekeraars dus met elkaar hetzelfde risico verzekeren, sluiten zij ieder afzonderlijk voor het gedeelte dat hen aangaat de verzekeringsovereenkomst. De verzekerde of verzekeringnemer heeft daarmee een verzekeringspolis die recht geeft op uitkering onder de polis bij alle daarop vermelde verzekeraars voor de gedeelten die hen aangaan. Er is – juridisch gezien – dus geen sprake van hoofdelijkheid.[52] Op de verzekeringspolis zullen alle verzekeraars en hun aandelen in het risico staan vermeld.

Coassurantie is vaak grensoverschrijdend. Risico's die in coassurantie worden verzekerd zijn vaak internationaal. Ook in het buitenland wordt deze wijze van risicospreiding dus benut. In België wordt coassurantie aangeduid als medeverzekering.[53] In Duitsland wordt gesproken van 'Mitversicherung'. In Engeland spreekt men van 'coinsurance' en in Frankrijk van 'coassurance'. Coassurantie die zich uitstrekt over meerder lidstaten van de Europese Unie wordt communautaire coassurantie genoemd. In de Wet financiële dienstverlening (Wft.) wordt dit begrip gedefinieerd als een directe schadeverzekering betreffende grote risico's, in co-assurantie gesloten, waarbij: a. de schadeverzekeraar die als eerste schadeverzekeraar optreedt, zijn verplichtingen uit hoofde van de schadeverzekering is aangegaan vanuit een vestiging in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin ten minste een van de overige co-assuradeuren zulks heeft gedaan; en b. het risico in een lidstaat is gelegen. Op dit grensoverschrijdende aspect van coassurantie alsmede de rol van de eerste of bovenstaande verzekeraar kom ik terug onder 4.6.

UNDER EMBARGO

50 Baarsma e.a. 2008, p. 3. NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 85; Boone e.a. 2011, p. 3.

51 Volgens het Van Dale woordenboek wordt 'co-' gebruikt ter aanduiding dat het door het tweede lid genoemde gezamenlijk, gemeenschappelijk gebeurt, vgl. cofinanciering, coproductie.

52 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/189. Dit volgt ook uit artikel 7:961 lid 4 BW: 'de bij eenzelfde verzekering betrokken verzekeraars zijn niet verder aansprakelijk dan voor hun evenredig deel van hetgeen in totaal ten laste van die verzekering komt'.

53 W. Buelens, "Medeverzekering en herverzekering" in T. Vansweevelt en B. Weyts (red.), Handboek Verzekeringsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2016, 1053 alsmede P. Colle, De nieuwe wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen. Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2015, 149. In par. 4.6 van dit hoofdstuk ga ik uitgebreider in op de organisatie en regeling van coassurantie in het buitenland.

Coassurantie is te beschouwen als een vorm van horizontale risicospreiding.[54] Daarmee wordt bedoeld dat het risico op horizontale wijze wordt verdeeld tussen verzekeraars. Iedere verzekeraar staat in dezelfde verhouding tot de verzekeringnemer. Daarbij draagt elke verzekeraar een bepaald gedeelte van het risico, bijvoorbeeld 20% of 30%, en met elkaar verzekeren zij het volledige risico voor 100%. De verzekeringnemer kan iedere verzekeraar voor het gedeelte aanspreken waarvoor zij hebben getekend. Dat is anders bij herverzekering of reassurantie. Het gaat dan om een vorm van verticale risicospreiding. Hoe dat werkt, bespreek ik in de volgende paragraaf.

4.3.2 Herverzekering

Herverzekering is als gezegd een vorm van verticale risicospreiding. Dat betekent dat een verzekeraar een of meer risico's die uit de door hem gesloten verzekeringsovereenkomst(en) voortvloeien, geheel, maar meestal gedeeltelijk, bij een of meer andere verzekeraars onderbrengt.[55] De verzekeraar treedt daarbij op als verzekeringnemer tegenover een andere verzekeringsmaatschappij, de herverzekeraar, waarbij (een deel van) het risico dat de verzekeraar loopt, wordt overgedragen aan de herverzekeraar. Door een herverzekeringscontract af te sluiten kunnen verzekeraars hun risico's verder spreiden, wat onder meer hun tekencapaciteit en financiële kredietwaardigheid kan vergroten. Ingeval de herverzekeraar de risico's die hij loopt, herverzekert, spreekt men van een retrocessie.[56] De wettelijke bepalingen van titel 7.17 BW (Verzekering) zijn krachtens artikel 7:927 BW niet van toepassing op de overeenkomst van herverzekering.

Herverzekering kan, met name voor de grote risico's, een alternatief zijn voor coassurantie.[57] Beide vormen van risicospreiding sluiten elkaar echter niet uit: coassurantie kan ook voorkomen in combinatie met herverzekering.[58] In dat geval sluiten de in coassurantie op een polis betrokken verzekeraars een herverzekeringscontract voor (een deel van) dat risico.

Er bestaan wel verschillen tussen beide risicospreidingsmethoden, met name voor wat betreft het risico op kredietwaardigheid. Dit kan worden verduidelijkt met een voorbeeld.[59] Stel dat een verzekeringnemer ervoor kan kiezen om zijn risico op de volgende manieren onder te brengen:

I. In coassurantie bij verzekeraar A als leidende verzekeraar en verzekeraars B, C en D als volgers. Waarbij verzekeraar A een aandeel heeft van 40% in het risico en verzekeraars B, C en D elk 20%.
II. De verzekeringnemer brengt het risico voor 100% onder bij verzekeraar A, die het risico voor 40% zelf houdt en het resterende gedeelte van 60% voor gelijke delen herverzekert bij B, C en D.

54 Zie ook: Van Velzen 2017, p. 25.
55 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2019/59. Zie ook: Roijers & Hoogendoorn 2017, p. 271 e.v.
56 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2019/59.
57 Baarsma e.a. 2008, p. 6 (par. 2.1.2).
58 EY 2014, p. 23. Roijers & Hoogendoorn 2017, p. 273.
59 Dit voorbeeld is ontleend aan EY 2014, p. 23-26.

ONDER EMBARGO

Beide situaties lijken op elkaar omdat verzekeraar A een aandeel heeft van 40% in het risico en als (leidende) verzekeraar taken op zich neemt als polisadministratie en schadeafwikkeling. Het verschil is dat in situatie I de verzekeringnemer weet dat het risico wordt gedragen door verzekeraars B, C en D. Hij heeft een verzekeringsovereenkomst met deze verzekeraars voor hun aandeel en is bovendien in staat geweest om met hen onderhandelingen te voeren over de voorwaarden. Daarentegen is de verzekeringnemer bij optie II niet ervan op de hoogte dat zijn risico (door herverzekering) voor 60% is ondergebracht bij verzekeraars B, C en D. Stel nu dat verzekeraar A om de een of andere reden insolvent raakt en niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. In dat geval kan de verzekeringnemer bij optie I nog terecht bij de verzekeraars B, C en D maar in de tweede situatie niet. Hij heeft onder II slechts aanspraak op A en niet jegens B, C en D. Onder II is het kredietwaardigheidsrisico dus veel groter dan onder I. Daar komt bij dat ook vanuit het perspectief van verzekeraars optie I meer voordelen met zich meebrengt. Situatie I biedt verzekeraar A de mogelijkheid het risico meer te differentiëren. De volatiliteit van een portfolio die is opgebouwd uit kleine gedeelten van veel verschillende soorten risico's is minder groot dan een portfolio die grote gedeelten omvat van minder soorten risico's.[60] Bovendien draagt A in optie II de kosten van het plaatsen van een risico in herverzekering.

Zoals gezegd kan coassurantie in combinatie met herverzekering worden gebruikt om risico's te spreiden. Dat resulteert in een verzekeringsprogramma dat is opgebouwd uit lagen, 'layers' genoemd. Ik bespreek dat aspect in de volgende paragraaf.

4.3.3 Verzekering in lagen: 'Layering'

Bij de verzekering in lagen, 'layering', vindt er een stapeling van verzekeringscontracten plaats. Wat er dan gebeurt, is dat meerdere verzekeringslagen op elkaar worden gestapeld die steeds tot een bepaalde hoogte dekking bieden.[61] Bij 'layering' is er dus sprake van in verticale verhouding, boven elkaar geplaatste, verzekeringsovereenkomsten. De onderste verzekering(slaag) kent een bepaalde verzekerde som die in verhouding tot het totale gedekte bedrag bescheiden is, maar wel hoog genoeg om regulier voorvallende schades te dekken. Deze onderste laag, ook wel 'primary layer' genoemd, vangt dus de normaal te verwachten schades op, terwijl de overige 'layers' als calamiteitendekking fungeren.[62] Iedere 'bovenliggende' verzekeringsovereenkomst dekt – normaliter tegen dezelfde voorwaarden als die gelden in de eerste verzekeringslaag – 'in excess of', de laag eronder. Bij de verzekering in opeenvolgende rangen dekken de verschillende verzekeraars dus niet een fractie van het risico, zoals bij coassurantie het geval zou zijn, maar een bepaalde schijf van de geleden schade.[63]

UNDER EMBARGO

60 EY 2014, p. 25.
61 Zie bijvoorbeeld Londonck Sluijk 2017, p. 35. Zie ook: J.I. Roos, 'De verticale spreiding van een risico en de verhouding tussen (verzekeraars op) verschillende (excess) layers', *NTHR* 2018, p. 85 e.v.
62 Londonck Sluijk 2017, p. 38.
63 Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 26.

Stel dat de verzekeringnemer in bovengenoemd voorbeeld een risico heeft met een omvang van 150 miljoen euro. Dan zou het zo kunnen zijn dat de verzekeraars A, B, C en D met elkaar slechts in willen staan voor 50 miljoen euro. Dat gedeelte van het risico kan dan in coassurantie voor dat bedrag worden verzekerd. Daarbovenop zou zich een tweede, derde of zelfs vierde laag kunnen vormen van verzekeraars die de resterende 100 miljoen euro verzekeren. Dit voorbeeld laat zien dat iedere laag weer opgebouwd kan zijn uit coassurantiecontracten. Zo vindt er horizontale spreiding plaats binnen een verticale verzekeringsketen. Door middel van lagen kan er dus een soort van verzekeringstoren worden gecreëerd waarin een opeenstapeling plaatsvindt van verzekeringsovereenkomsten.

De verhouding tussen de 'verdiepingen' van zo'n verzekeringstoren is juridisch van belang en hangt af van wat er tussen de verzekeraars is afgesproken. Normaliter zullen de hogere lagen een beperktere overeenkomst kennen dan die in de eerste laag waarin de dekking uitgebreider is gespecificeerd. 'Excess' lagen kunnen echter wel in eigen voorwaarden of beperkingen voorzien. In de praktijk komt het ook wel voor dat de eerste verzekeringslaag voor rekening komt van één verzekeraar. De reden daarvoor is dat die verzekeraar dan geen discussie hoeft te voeren met andere verzekeraars over de vaak voorkomende schades die plaatsvinden in de eerste verzekeringslaag.

4.3.4 Pools

Coassurantie is een verzekeringstechniek die op verschillende manieren ingezet kan worden. Zo ligt coassurantie ook ten grondslag aan samenwerking in de vorm van pools. Een pool is kort gezegd een samenwerkingsverband tussen verzekeraars en/of herverzekeraars om bepaalde soorten risico's, tegen een vooraf afgesproken verdeelsleutel en voorwaarden, te (her)verzekeren. De grondslag van de pool is neergelegd in een poolovereenkomst die tussen de deelnemers in de pools wordt gesloten. Een pool is dus gebaseerd op het principe van coassurantie omdat met elkaar, door het verdelen van een risico, een bepaalde categorie risico's wordt verzekerd. Het verschil tussen coassurantie op ad hoc basis en een pool is dat als gezegd bij een pool wordt afgesproken dat voor een grotere groep risico's op basis van tevoren besproken condities wordt verzekerd. Ad hoc coassurantie wordt daarentegen als gezegd opgezet voor de verzekering van een specifiek risico. Andere aanduidingen voor coassurantiepools zijn *medeverzekeringsgroepen* of, voor zover zij betrekking hebben op herverzekering, *medeherverzekeringsgroepen*. Kenmerkend voor een pool is dus dat van tevoren is overlegd over de voorwaarden waaronder de pool-deelnemers het risico, binnen de voorwaarden van de pool, verzekeren.

Pools komen met name voor in de markt voor de (her)verzekering van catastrofale risico's.[64] Sommige pools zijn op een specifieke verzekeringsmarkt zelfs de enige manier waarop een risico (her)verzekerd kan worden. Ook de overheid

64 Zie uitvoeriger over het onderwerp pools en de verenigbaarheid daarvan met het mededingingsrecht, hoofdstuk 6 van dit boek.

ONDER EMBARGO

kan, vanwege de maatschappelijke impact van bepaalde risico's, betrokken zijn (geweest) bij de vorming van pools. Naast de pools die catastrofale risico's verzekeren als nucleaire, terrorisme of grote milieuschades, zijn er de pools voor min of meer standaardrisico's, 'commodities' genoemd.[65] In dergelijke 'commodity pools' worden kleine, gelijksoortige risico's samengevoegd en spreekt de makelaar met een aantal verzekeraars af tegen welke voorwaarden zij die risico's verzekeren. De makelaar ontvangt dan vaak de volmacht van verzekeraars om binnen een bepaald limiet verzekeringen namens de verzekeraars te sluiten. Vanwege de centrale rol van de makelaar worden dergelijke pools ook wel aangeduid als makelaarspools. Ik zal in hoofdstuk 6 van dit boek uitvoeriger aandacht besteden aan de werking van pools en de vraag welke spanning dat geeft met het mededingingsrecht. In de volgende paragraaf behandel ik de vraag welke marktpartijen op de coassurantiemarkt actief zijn en welke rol zij hebben.

4.4 De organisatie van de Nederlandse coassurantiemarkt: de marktpartijen

In deze paragraaf bespreek ik de rol en de positie van de partijen die actief zijn aan de vraag- en aanbodzijde van de Nederlandse coassurantiemarkt. Zoals eerder gezegd doel ik bij de coassurantiemarkt op de groot zakelijke verzekeringsmarkt waarop commerciële risico's doorgaans, maar niet uitsluitend in coassurantie worden verzekerd. De coassurantiemarkt omvat daarmee de verzekering van schaderisico's die vaak te groot zijn om door één verzekeraar gedragen te kunnen worden.[66] Daarbij zijn verschillende partijen betrokken. De spelers op de coassurantiemarkt zijn de verzekeraars, gevolmachtigden en de beursmakelaars. Ik zal hun posities hieronder verder uitwerken. Tevens bespreek ik welk type bedrijven de verzekeringnemers zijn die hun risico's in coassurantie laten verzekeren en welke rol branchevereniging en in het geheel spelen.

4.4.1 Verzekeraars en hun gevolmachtigden (verticale vormen van samenwerking)

Als aanbieders van verzekeringen op de coassurantiemarkt treden op de verzekeraars en/of hun gevolmachtigden. De in Nederland gevestigde verzekeraars en gevolmachtigden vallen onder het toezicht van de Nederlandse Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Om verzekeringen te mogen aanbieden dienen zij over een vergunning van DNB te beschikken.[67] Een vergunning van DNB behelst een controle op de solvabiliteit van een verzekeringsmaatschappij en de betrouwbaarheid van haar bestuurders. De vergunningplicht voor verzekeraars

65 Zie uitvoeriger, hoofdstuk 6 (par. 6.2.2.2) van dit boek.
66 In par. 4.5.1 bespreek ik uitvoeriger welke producten de coassurantiemarkt omvat.
67 Zie artikel 2:27 lid 1 van de Wet op het Financieel Toezicht (Wft) voor de vergunningsplicht voor levens- of schadeverzekeraars en artikel 2:26a lid 1 Wft met betrekking tot de vergunningsplicht voor in Nederland gevestigde herverzekeringsmaatschappijen.

ONDER EMBARGO

heeft een Europeesrechtelijke oorsprong. Zij is neergelegd in artikel 14 van de Richtlijn Solvabiliteit II.[68] De verzekeraars die risico's in coassurantie verzekeren, zijn vaak grote internationale verzekeraars die in Nederland een hoofd- of bijkantoor hebben. Voor verzekeraars die niet in Nederland hun hoofdkantoor hebben geldt een ander toezichtregime, al naar gelang zij in een andere EU-lidstaat of buiten de EU zijn gevestigd.[69] Deze verzekeraars zijn op meerdere coassurantiemarkten, wereldwijd, actief in het aanbieden van verzekeringen. Er zijn echter ook verzekeraars die zich gespecialiseerd hebben in de verzekering van bepaalde soorten specifieke risico's, ook wel niche risico's genoemd.

Onderscheid leidende en volgende verzekeraars

In de coassurantiemarkt komt veel gewicht toe aan de vraag of een verzekeraar een leidende, dan wel een volgverzekeraar is op een polis. In hoofdstuk 5, onder par. 5.2.1.2 en 5.1.2.3, zal ik uitvoeriger stilstaan bij het onderscheid tussen de positie van leider of volger bij coassurantie. Ik volsta hier met het vermelden dat de leider degene is die als eerste tekent en vaak (maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn) het grootste gedeelte van het risico op zich neemt.[70] Bovendien legt de leider vaak de basis voor de verzekeringsovereenkomst, en vinden met hem de meest wezenlijke onderhandelingen plaats. De volgverzekeraars hebben daarentegen een veel bescheidener rol omdat zij in de praktijk in de regel deelnemen tegen de tussen de makelaar en de leider bedongen condities.

Gevolmachtigd agenten en verticale vormen van samenwerking

Verzekeraars kunnen zich als gezegd laten vertegenwoordigen door gevolmachtigde agenten. Een gevolmachtigd agent ontvangt krachtens artikel 3:60 lid 1 BW de bevoegdheid om in naam van de verzekeraar rechtshandelingen te verrichten. Zo kan een gevolmachtigd agent verzekeringsovereenkomsten sluiten in naam van de volmacht-verlenende verzekeraar of uitkeringen doen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst. Het optreden als gevolmachtigd agent valt eveneens onder de reikwijdte van de Wft.[71] Op grond van artikel 2:92 Wft. dienen gevolmachtigden te beschikken over een vergunning van de AFM.[72] Gevolmachtigde agenten van verzekeraars treden op namens verzekeraars en mogen, afhankelijk van hun volmacht, verzekeringen tot een bepaald bedrag accepteren. Het kan ook voorkomen dat een gevolmachtigd agent van meerdere verzekeraars de volmacht krijgt om verzekeringsovereenkomsten te sluiten. Op die manier kan een gevolmachtigd agent zijn capaciteit om risico's te verzekeren, vergroten. In die situatie kan een gevolmachtigd agent een poolovereenkomst sluiten met de verzekeraars waarin zal zijn bepaald tot welk bedrag en voor welk deel de verzekeraars hem de volmacht geven om risico's te accepteren.

ONDER EMBARGO

68 Richtlijn 2009/138/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (*Solvabiliteit II*).
69 Hiervoor verwijs ik naar de Wet op het Financieel toezicht (Wft).
70 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 88.
71 Afdeling 2.2.11 Wft.
72 Zie artikel 2:92 Wft.

Gevolmachtigde agenten ontvangen dus van één of meer verzekeraars de volmacht om in naam en voor rekening van de volmachtgever verzekeringen af te sluiten. De gevolmachtigde agent is bevoegd om in naam van de volmachtgever rechtshandelingen te verrichten, uit hoofde van artikel 3:60 lid 1 BW. Onder de taken van de gevolmachtigde vallen ook het beheer en de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst.[73] Op de Nederlandse coassurantiemarkt is, zoals ik laat zien in par. 4.5, een relatief klein deel van de deelnemende verzekeraars vertegenwoordigd door gevolmachtigde agenten.

Verschillende motieven kunnen aan het verlenen van een volmacht ten grondslag liggen. Te denken valt aan distributieoverwegingen. Zo kan een in het buitenland gevestigde verzekeraar zich toegang verschaffen tot de Nederlandse markt door het verlenen van een volmacht.[74] Ook vanuit efficiency- en/of kosten-overwegingen kan een verzekeraar voor de bedrijfsvoering essentiële processen geheel of gedeeltelijk onder te brengen bij een gevolmachtigd agent.[75] Het gebruik maken van een gevolmachtigd agent voor de distributie van verzekeringen betekent mededingingsrechtelijk dat sprake is van een vorm van verticale samenwerking in de distributieketen. Bij verticale samenwerking gaat het kort gezegd om samenwerking tussen ondernemingen die op een verschillend stadium van de distributieketen werkzaam zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder partijen bepaalde goederen of diensten kopen, verkopen of doorverkopen. In de volgende paragraaf bespreek ik de rol van de makelaar op de Nederlandse coassurantiemarkt.

4.4.2 De makelaar

Om een risico via de assurantiebeurs te kunnen verzekeren, zal een onderneming altijd een makelaar moeten inschakelen.[76] Alleen door tussenkomst van een makelaar kunnen risico's in Nederland op de assurantiebeurs worden ondergebracht.[77] De makelaar heeft daarmee in de Nederlandse markt een centrale rol omdat hij degene is die de verzekeraars selecteert en als gezegd met hen onderhandelt over de voorwaarden waaronder zij de verzekering willen sluiten.[78]

Illustratief voor de rol van de makelaar is onderstaand citaat van Van Wulfften Palthe, oud-makelaar te Rotterdam.

> 'De rol van de assurantie-makelaar is de volgende: Als goed koopman moet hij de hem opgedragen verzekering tot zo billijk mogelijke premie onderbrengen, waarbij hij er nochtans voor te zorgen heeft, dat hij zo gunstig mogelijke condities bedingt en de verzekering plaatst bij een als solide bekend staande maatschappij.'[79]

ONDER EMBARGO

73 De Jong 2016, p. 47.
74 De Jong, *NTHR* 2017-6, p. 330.
75 De Jong, *NTHR* 2017-6, p. 330.
76 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 87; Baarsma e.a. 2008, p. 20; EY 2014, p. 119, rn. 339 en p. 125, rn. 363.
77 Ik vermeld hierbij dat het ook kan voorkomen dat een assurantietussenpersoon zich tot een makelaar wendt om een bepaalde post te plaatsen. De tussenpersoon die met de verzekeringnemer handelt wordt dan aangeduid als de servicing broker en de beursmakelaar als de placing broker. Zie over de onderlinge relatie tussen de servicing en de placing broker, De Vries, *AV&S* 2014/14 alsmede De Jong, *NTHR* 2015/1.
78 Vgl. Kamphuisen 2006, p. 14-15.
79 Van Wulfften Palthe 1949, p. 25.

Het vat de rol van de makelaar samen: de makelaar is degene die een risico onderbrengt bij verzekeraars en namens de klant met de verzekeraar onderhandelt over de premie en de voorwaarden.[80] Ondanks dat dit werd opgetekend in 1949 is in wezen de taak van een makelaar dezelfde gebleven. Hij bemiddelt in opdracht van zijn klant bij de totstandkoming van een verzekering en voert in dat kader de onderhandelingen met verzekeraars. De aard van de te verzekeren risico's zijn uiteraard veranderd en dat brengt met zich dat de taak van een makelaar veelomvattender geworden in die zin dat zij meer zijn gericht op risicobeheersing en/of consultancy. Naast het onderbrengen van een risico is de continuering van de verzekeringsovereenkomst evenzeer van belang. Van een makelaar wordt (tegenwoordig) dus meer verwacht: hij dient onder meer aan de verzekeraar de relevante informatie te verstrekken die van belang is voor de totstandkoming van de verzekering.[81] Daarnaast ligt het op de weg van de makelaar om de verzekeringnemer op risico's te wijzen en aanbevelingen te doen zodat die risico's kunnen worden verkleind. Daar speelt ook een rol bij dat een makelaar als professionele partij de verantwoordelijkheid heeft om naar de voor de verzekeraar voor het sluiten van de verzekering relevante feiten te vragen en deze bij de verzekeraar te melden.[82] Ook dient de makelaar zorgvuldig de resultaten van de bemiddeling die hij in opdracht van de verzekeringnemer heeft verricht vast te leggen, onder meer van de voorwaarden waaronder de makelaar de verzekering bij verzekeraars probeert onder te brengen.

De onderliggende verhouding tussen de klant en de makelaar is doorgaans neergelegd in een overeenkomst van opdracht (*Service Level Agreement)*. Daarop zijn de wettelijke bepalingen van artikel 7:400 e.v. BW van toepassing. Uit artikel 7:401 BW vloeit voort dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Dat betekent dat de makelaar dient te handelen conform de norm van een redelijk handelend assurantietussenpersoon, en de artikelen 7:400 e.v. BW van toepassing zullen zijn.[83] Er kan ook sprake zijn van lastgeving, als de makelaar de opdracht krijgt om voor rekening van de verzekeringnemer een verzekeringsovereenkomst af te sluiten, wat in de praktijk doorgaans het geval zal zijn. De makelaar met zetel in Nederland die financiële diensten verleent met betrekking tot de verzekering van grote risico's valt in beginsel ook onder het publiekrechtelijke gedragstoezicht, dat is neergelegd in de hoofdstukken 4.2. en 4.3. van de Wft en aanverwante regelgeving.[84]

De makelaar vervult dus een belangrijke spilfunctie bij coasurantie omdat hij degene is die vraag- en aanbod samenbrengt. Nu ik de positie van verzekeraars, hun gevolmachtigden en makelaars heb besproken, sta ik hieronder stil bij de vraagzijde van de markt.

80 Zie ook: Vergouwen 1945, p. 9.
81 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9577, *S&S* 2010/23, (*Parcan/Allianz*).
82 Zie uitgebreid over de mededelingsplicht van de makelaar bij de verzekering ter beurze, Van Tiggele-van der Velde 2017, p. 71 e.v.
83 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/65.
84 Grote risico's worden gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wft.

UNDER EMBARGO

4.4.3 De vraagzijde van de markt

Er kunnen aan de vraagzijde van de coassurantiemarkt twee verschillende segmenten worden onderscheiden: de multinationals en de middelgrote ondernemingen. Het gaat dan om ondernemingen die grote risico's lopen waarvoor coassurantie een passende verzekeringsoplossing is. In de eerste plaats zijn er de grote multinationale ondernemingen, zoals Heineken, Shell en Unilever. Dergelijke multinationals zijn professionele bedrijven die beschikken over een eigen risicomanager en die de behoefte hebben om hun grote en complexe risico's bij verschillende verzekeraars onder te brengen. Voor multinationals zal coassurantie vaak de enige manier zijn waarop zij hun grote risico's kunnen verzekeren. Voor de verzekering van hun wereldwijde activiteiten zullen zij immers behoefte hebben aan de internationaal opererende makelaarskantoren. In de tweede plaats zijn er de middelgrote ondernemingen waarvoor coassurantie interessant kan zijn. Middelgrote ondernemingen kunnen coassurantie kiezen als alternatief voor de verzekering op de provinciale verzekeringsmarkt. De reden waarom zij voor coassurantie kiezen kan de lagere premie zijn dan bij verzekering op de provinciale markt of de service en kwaliteit bij de verzekering in coassurantie.[85] Niet alleen ondernemingen maar ook (semi) publieke overheidsinstellingen kunnen kiezen voor coassurantie. Bijvoorbeeld Universiteiten of gemeenten voor brandverzekeringen. Het gaat dan ook om omvangrijke risico's waarvoor (ook) een makelaar wordt ingeschakeld om het risico, al dan niet, op de assurantiebeurs te verzekeren. Het is immers ook mogelijk dat een makelaar of gevolmachtigde buiten de beurs om dekking in coassurantie regelt. In die zin is coassurantie niet voorbehouden aan de assurantiebeurs, maar zou het ook daarbuiten kunnen plaatsvinden. In hoofdstuk 5, onder par. 5.2, kom ik hierop terug.

4.4.4 Verenigingsrechtelijke structuren

In deze paragraaf bespreek ik kort de verenigingsrechtelijke structuren. De belangrijkste overkoepelende brancheorganisatie voor de coassurantiemarkt is de Vereniging Nederlandse Assurantiebeurs (VNAB), waarin makelaars en verzekeraars zich hebben verenigd. De VNAB behartigt de belangen van de sector door het faciliteren van de markt middels een efficiënt elektronisch assurantie beurssysteem (e-ABS), door het bevorderen van kennisvorming en -overdracht, door het agenderen van voor de sector belangrijke maatschappelijke en commerciële thema's alsmede door het voeren van een actief reputatiebeleid. De VNAB zet zich daarnaast in om leden, vakgenoten en stakeholders te verbinden en het ontmoeten van elkaar te bevorderen.[86] Naast de VNAB heeft het Verbond van Verzekeraars (het Verbond) een belangrijke rol. Het Verbond is de vereniging voor verzekeraars in Nederland. Het regelt belangrijke onderwerpen voor de verzekeringsbranche middels zelfregulering.

ONDER EMBARGO

85 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 86.
86 Jaarverslag VNAB, 2016.

Een van de belangrijkste voordelen verbonden aan het lidmaatschap van de VNAB is de toegang tot e-ABS. Vanwege de belangrijke rol van het e-ABS bespreek ik dit aspect hier wat uitvoeriger. Het e-ABS is een geavanceerd ICT-systeem waarmee makelaars, verzekeraars en expertisebureaus digitaal onderling gegevens kunnen uitwisselen over offertes en polissen, schades en financiële verwerking. Het systeem maakt het ook mogelijk om onderling berichten en/of informatie uit te wisselen zoals het rondsturen van expertiserapporten. Het systeem bestaat – in de kern – uit drie aan elkaar gekoppelde modules: placement (het plaatsen van een risico), claims (schadebehandeling) en clearing (financiële verwerking en boeking). Sinds 2004 wordt het e-ABS gebruikt en vanaf dat moment worden risico's op de Nederlandse coassurantiemarkt gewoonlijk verzekerd en afgehandeld via dit systeem in de plaats van de sluiting op de fysieke beursvloer. Het e-ABS is geschikt om de onderhandelingen over het risico (het offertetraject) tussen een makelaar en verzekeraars te faciliteren; evenwel komt het systeem in de praktijk pas in beeld als tussen partijen overeenstemming is bereikt.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het elektronische beurssysteem e-ABS de functie heeft van marktplatform. Vraag en aanbod ontmoeten elkaar en kunnen middels het elektronische beurssysteem zaken doen. Dat wil niet zeggen dat alle zaken en/of contacten daadwerkelijk geschieden langs elektronische weg. Navraag leert dat in de praktijk e-ABS vaak pas in beeld komt als het offertetraject – dit staat centraal in het volgende hoofdstuk – al is gepasseerd. E-ABS wordt dan benut om de polisdocumenten in te plaatsen waarop het systeem een verdeelbrief genereert. E-ABS bewijst vooral zijn dienst bij de afwikkeling van schades, waar het systeem nuttig is voor het plaatsen van schaderapportages en het accorderen van schaderekeningen. Het offertetraject valt in de praktijk dus buiten het e-ABS. De makelaar zal, nadat hij met verzekeraars tot overeenstemming is gekomen, de relevante documenten in het e-ABS plaatsen. De verzekeraars zullen dan de polisdocumenten tekenen – de leidende verzekeraar zal als eerste de documenten tekenen en daarna de volgende verzekeraars – waarop het e-ABS een verdeelbrief genereert.[87] Coassurantie kan echter ook voorkomen buiten het elektronische systeem; wanneer een makelaar bijvoorbeeld coassurantie organiseert, al dan niet via een aanbesteding voor overheidsopdrachten, om een bepaald risico te verzekeren of wanneer partijen geen toegang hebben tot het elektronische beurssysteem.

Om als verzekeraar of makelaar lid te worden van de VNAB dient er voldaan te zijn aan een aantal toelatingseisen.[88] Dat houdt onder meer in dat er, als eerder gezegd, een vergunning moet zijn verleend door DNB (voor verzekeraars en gevolmachtigden met zetel in Nederland) dan wel de AFM (voor makelaars met zetel in Nederland), een verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering (voor makelaars en gevolmachtigden), het onderschrijven van de zogenoemde 'Bipar

87 In hoofdstuk 5 zal ik uitvoeriger stilstaan bij de rol van het e-ABS en het digitaal ondertekenen van polisdocumenten bij het sluiten van een verzekering bij coassurantie.
88 Te vinden en te raadplegen op de website van de VNAB.

UNDER EMBARGO

principles'[89] (voor makelaars) en de leden dienen te voldoen aan de Gedragscode voor leden van de VNAB. Deze Gedragscode verplicht de verschillende leden om de gedragscodes van het Verbond van Verzekeraars (voor verzekeraars), het Adfiz (voor de makelaars), of de NVGA (voor de gevolmachtigden) te onderschrijven.[90]

4.5 Marktkenmerken

In deze paragraaf bespreek ik een aantal kenmerken van de coassurantiemarkt die relevant zijn voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerkingsvormen. Bij een beoordeling van feitelijke samenwerking tussen marktpartijen dient immers altijd de economische en juridische context in aanmerking te worden genomen. Bij het in kaart brengen van een markt verdient een aantal kenmerken bespreking. In hoofdstuk drie, onder par. 3.3.1.4, heb ik daarvan reeds een overzicht gegeven. Ik noemde op die plek als relevante kenmerken voor het in kaart brengen van een markt: het aantal aanbieders, de marktmacht van de aanbieders/vragers, de aard van het product, toetredingsdrempels en de mate van transparantie op een markt. Hieronder wil ik bezien hoe deze factoren worden ingevuld voor de coassurantiemarkt in Nederland.

4.5.1 De producten

De producten die op de zakelijke verzekeringsmarkt worden aangeboden zijn schadeverzekeringen. Daarin kunnen verschillende branches worden onderscheiden. In de bijlage branches van de Wft. wordt een vrij gedetailleerd onderscheid gemaakt in schadeverzekeringsbranches en de indeling van de risico's per branche.[91] Dit is geïmplementeerd uit de indeling die wordt gegeven in bijlage A van de richtlijn 'Solvabiliteit II'.[92] Genoemd worden de volgende branches: ongevallen, ziekte, voertuigcasco, casco rollend spoorwegmaterieel, luchtvaartuigcasco, casco zee- en binnenschepen, vervoerde zaken, brand en natuurevenementen, andere schaden aan zaken (waaronder wordt begrepen schade aan zaken wanneer deze zijn veroorzaakt door hagel of vorst alsmede door alle overige evenementen die niet reeds zijn begrepen onder de Branche brand en natuurevenementen), aansprakelijkheid (te onderscheiden in motorrijtuigen, wegvervoer, luchtvaarttuigen, zee- en binnenschepen en algemene wettelijke aansprakelijkheid), krediet, borgtocht, diverse geldelijke verliezen, rechtsbijstand en hulpverlening.

ONDER EMBARGO

89 Bipar is de Europese brancheorganisatie van het verzekeringsintermediair. De Bipar principles bespreek ik uitvoerig in hoofdstuk 5, onder 5.3.

90 Het Adfiz is de branchevereniging van onafhankelijk financieel adviseurs in Nederland. De Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigd Agenten (NVGA) is de branchevereniging van gevolmachtigd assurantiebedrijven in Nederland.

91 Wet op het financieel toezicht, bijlage branches.

92 In bijlage A van de richtlijn Solvabiliteit II (Richtlijn 2009/138/EG) wordt een toelichting gegeven van de risico's per branche. Van belang is dat de bepalingen inzake communautaire co-assurantietransacties (art. 190 t/m art. 196) van toepassing zijn wanneer de communautaire co-assurantietransacties betrekking hebben op een of meer in de branches 3 tot en met 16 van deel A van bijlage I ingedeelde risico's en voldaan is aan de overige genoemde voorwaarden.

Deze indeling wordt gebruikt om aan te geven of sprake is van een groot risico in de zin van de Wft. Bij de definitie van grote risico's in de zin van de Wft. wordt namelijk verwezen naar de risico's die behoren tot de bovenvermelde branches Casco rollend spoorwegmaterieel, Luchtvaartuigcasco, Casco zee- en binnenschepen, Vervoerde zaken, Aansprakelijkheid luchtvaartuigen en Aansprakelijkheid zee- en binnenschepen. Ook de risico's die behoren tot de branches Krediet en Borgtocht zijn grote risico's, voorzover de verzekeringnemer handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en het risico daarop betrekking heeft. Ten slotte zijn de risico's die behoren tot de branches Voertuigcasco, Brand en Natuurevenementen, Andere schaden aan zaken, Aansprakelijkheid motorrijtuigen, Aansprakelijkheid wegvervoer, Algemene aansprakelijkheid en diverse geldelijke verliezen grote risico's, voorzover de verzekeringnemer voldoet aan ten minste twee van de volgende vereisten:

– de waarde van de activa volgens de balans bedraagt meer dan € 6.200.000;
– de netto-omzet over het voorafgaande boekjaar bedraagt meer dan € 12.800.000;
– het gemiddeld aantal werknemers over het voorafgaande boekjaar bedraagt meer dan 250.[93]

In de praktijk wordt een vergelijkbare branche-indeling gebruikt. Er wordt wel gesproken van de branches brand, technische verzekeringen, transport en varia verzekeringen. Tot de branche brand, vaak aangeduid als 'property', behoren naast de brandverzekeringen ook (uitgebreide) gevarenverzekeringen alsmede zaak- en bedrijfsschadeverzekeringen. Onder technische verzekeringen, ook wel 'engineering' genoemd, wordt in algemene zin verstaan de bouw- en montageverzekeringen (construction-all-risk, CAR) en/of machinebreukverzekeringen. Transportverzekeringen omvatten zowel casco- als goederenverzekeringen zoals transportgoederen, logistiek, zee- en binnenvaartcasco (marine) en/of landmaterieelverzekeringen. De branche varia ziet ten slotte op aansprakelijkheidsverzekeringen. Per branche zijn er binnen het verenigingsverband van de VNAB ook zogenaamd technische commissies. Zij hebben onder meer tot taak het onderhouden van bestaande modelvoorwaarden en –clausules en het ontwikkelen van nieuwe modelvoorwaarden en –clausules.[94]

4.5.2 Het aantal aanbieders

Een van de factoren die bepalend is voor de vraag of sprake is van marktwerking en wat de structuur is van een markt, is het aantal aanbieders. Voor de coassurantiemarkt in Nederland is het aantal aanbieders af te leiden uit de jaarverslagen van de VNAB.[95] In de hieronder opgenomen tabel 4.1 is een

ONDER EMBARGO

93 Waarbij bovengenoemde vereisten, indien de verzekeringnemer deel uitmaakt van een groep waarvan de geconsolideerde jaarrekening overeenkomstig de richtlijn jaarrekening wordt opgesteld, worden toegepast op basis van de geconsolideerde jaarrekening en indien de verzekeringnemer deel uitmaakt van een samenwerkingsverband, bovengenoemde vereisten gelden voor de participanten in het samenwerkingsverband gezamenlijk.

94 Zie de procedure voor de ontwikkeling modelvoorwaarden- en clausules (geen datum), p.1 (beschikbaar gesteld op de website van de VNAB). Ik zal bij dat aspect in hoofdstuk 7 van dit boek uitvoeriger stilstaan.

95 Ten behoeve van dit onderzoek zijn de jaarverslagen van de periode 2005 tot en met 2016 geraadpleegd.

overzicht te vinden. Zoals uit tabel 4.1 blijkt, schommelt het aantal verzekeraars vanaf 2011 ongeveer rond de 40 verzekeraars. In de periode daarvoor (2005-2011) waren er rond de 30 verzekeraars. We zien dat bijna elk jaar wel een aantal verzekeraars toetreedt tot de markt, maar dat er door middel van fusies ook verzekeraars samengaan. Het aantal makelaars – in tabel 4.1 zichtbaar onder de dubbele streep – is de afgelopen jaren relatief sterk gedaald. In 2005 waren nog 62 makelaars actief op de beurs, terwijl dat er in 2016 nog 39 zijn. Te zien is dat de afgelopen jaren (vanaf 2012) het aantal makelaars wel vrij stabiel is gebleven met een aantal van 40 kantoren. Ook binnen de makelaarsbranche komt het met enige regelmaat voor dat partijen fuseren. Geconcludeerd kan worden dat het aantal aanbieders (verzekeraars en makelaar) in ieder geval de laatste jaren vrij stabiel is.

4.5.3 De marktmacht

Teneinde de marktmacht van ondernemingen te kunnen bepalen, is het nodig om de marktaandelen te berekenen. Zoals ik besprak in hoofdstuk drie ziet het begrip marktmacht op het vermogen om voor een bepaalde (beduidende/aanzienlijke) periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, op het stuk van producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven.[96]

Tabel 4.1 (Bron: jaarverslagen VNAB 2005-2016)

	2005	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Aantal verzekeraars	30	29	28	28	31	34	37	38	39	41	40	42
(waarvan gevolmachtigd agent)	9	8	7	7	8	7	7	6	7	n.b.	n.b	n.b
Toetreding	0	2		1	4	3	4	2	1	1	2	3
Uittreding	2											
Fusies	1	0	0	0	0	0	3	1	1	1	1	
Aantal makelaars	62	51	57	57	53	53	48	43	40	40	40	39
Toetreding	5	2	2	2	2		1			2	2	
Uittreding	0											
Fusies	3	3	0	1	1		3	2		1		

In de situatie dat een onderneming een gering marktaandeel heeft, zal minder invloed kunnen worden uitgeoefend op de concurrentie en is een beperking van de mededinging minder waarschijnlijk. Als partijen samenwerken, is het voor een beoordeling onder het mededingingsrecht noodzakelijk om te bepalen wat het gezamenlijke marktaandeel is van de ondernemingen.

96 Richtsnoeren Horizontalen, rn. 39; Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 25; Richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 102 van het Werkingsverdrag, par. 11.

ONDER EMBARGO

Een van de instrumenten die wordt gebruikt om de marktmacht van ondernemingen te bepalen, is de concentratiegraad. De concentratiegraad laat zien hoe sterk ondernemingen op een markt zijn geconcentreerd. Over het algemeen geldt dat hoe sterker de concentratie op een markt is, hoe eerder mededingingsproblemen daarop kunnen worden geconstateerd. Een maatstaf die wel wordt gebruikt om de mate van concentratie te berekenen, is de Herfindahl Hirschman Index (HHI). Deze index bestaat uit de (gekwadrateerde) som van de marktaandelen van het aantal spelers in een markt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel een markt bestaat uit 4 bedrijven met marktaandelen van 50, 20, 20 en 10 procent. De HHI index is dan 3400.[97] Een HHI index die dichterbij de waarde nul ligt, duidt op een oneindig aantal bedrijven in een markt en een index die 10.000 is, wijst op een monopolist.

Aangezien de auteur ten tijde van het schrijven van het boek geen beschikking had over de gegevens om marktaandelen te kunnen berekenen, is het niet mogelijk om conclusies trekken over de mate van concentratie en marktmacht op basis van een HHI index. Uit het onderzoek van de NMa, thans: ACM, in het kader van de Monitor Financiële Sector 2005 blijkt echter dat de marktaandelen van de makelaars scheef zijn verdeeld. De twee grootste makelaarskantoren (Marsh en AON) zouden een marktaandeel hebben van 50-60%. Ook zou er een kleine groep verzekeraars zijn die alle type verzekeringen en de benodigde capaciteit heeft om de risico's van grote internationale ondernemingen te kunnen accepteren.[98] Vooral Duitse en Amerikaanse verzekeraars zouden daartoe in staat zijn. Destijds waren bovendien relatief weinig Nederlandse verzekeraars op de beurs actief.[99] Door SEO wordt geconstateerd dat in de makelaarsmarkt inderdaad een kleine groep bedrijven een sterke marktpositie inneemt.[100] Ten aanzien van mogelijke concentratie op de markt voor verzekeraars bij coassurantie wordt beargumenteerd dat de concentratie die daar bestaat niet problematisch is. Als reden daarvoor wordt genoemd dat de (grote) leidende verzekeraars de (kleinere) volgverzekeraars nodig hebben om een deal te sluiten. Verder zouden er nichespelers zijn die concurreren met de grote verzekeraars die alle soorten risico's kunnen verzekeren. Dit wordt bevestigd door onderzoek van De Nederlandsche Bank (DNB) naar de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector waarin wordt geconcludeerd dat er relatief veel verzekeraars zijn in specifieke deelmarkten of niches.[101] Bijna de helft van de verzekeraars is volgens DNB een nichespeler: met hun gezamenlijke premie-omvang vormen zij slechts zeven procent van de Nederlandse verzekeringsmarkt.[102] Bovendien zou de provinciale markt een alternatief kunnen zijn voor de coassurantiemarkt voor middelgrote bedrijven en zijn andere internationale coassurantiemarkten,

ONDER EMBARGO

97 HHI = ($50^2 + 20^2 + 20^2 + 10^2$) = 3400.
98 NMa, Monitor Financiële Sector, 2005, p. 93.
99 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 93.
100 Baarsma e.a. 2008, p. 11 onder vermelding van een waarde van 53,7% op basis van een C3 ratio (berekening van de aandelen op de markt van de drie grootste makelaarskantoren).
101 *Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector, Duurzaamheid door transformatie,* Rapport DNB 2015, p. 17.
102 *Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector, Duurzaamheid door transformatie,* Rapport DNB 2015, p. 17.

waaronder Lloyds, een alternatief voor de grote ondernemingen.[103] Tegenwoordig kiest een aantal (met name buitenlandse en leidende) verzekeraars ervoor een post voor 100% te accepteren.[104] Van coassurantie is dan geen sprake meer.

Resultaten van het praktijkonderzoek

Het bovenstaande roept de vraag op hoe geconcentreerd de groep van leidende verzekeraars is. Teneinde daar inzicht in te krijgen, heb ik in het in de inleiding al gememoreerd praktijkonderzoek gevraagd hoeveel verzekeraars in aanmerking komen voor de positie van leidende verzekeraar en of die groep daalt, stijgt of ongeveer gelijk blijft.[105] De volgende vragen zijn aan de respondenten (personen werkzaam bij verzekeraars en makelaars) voorgelegd:

1. Hoeveel verzekeraars (leider en volgers) staan er gemiddeld genomen op een polis?[106]
2. Hoeveel verzekeraars komen gemiddeld genomen in aanmerking voor de positie van leider?[107]
3. Indien u terugblikt op de afgelopen vijf jaar: daalt de groep leidende verzekeraars, blijft deze groep ongeveer gelijk of wordt de groep groter?[108] En kunt u daarvoor een verklaring geven (open vraag).

In onderstaande tabellen (4.2 t/m 4.4) heb ik de antwoorden op de hierboven weergegeven vragen opgenomen.

Tabel 4.2

Vraag: Hoeveel verzekeraars (leider en volgers) staan er gemiddeld genomen op een polis?	1	2 t/m 5	6 t/m 9	10 of meer
Branche: Brand (73 respondenten)	4	66	3	0
Branche: Transport (71 respondenten)	3	64	3	1
Branche: Varia (68 respondenten)	21	46	1	0
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	1	26	0	0
Totaal (242 respondenten)	29 (12%)	205 (84,7%)	7 (2,9%)	1 (0,4%)

Uit de gegeven antwoorden blijkt dat de overgrote meerderheid van de respondenten meent dat gemiddeld genomen twee t/m vijf verzekeraars op een polis staan. Verder blijkt dat zo'n 12% van de respondenten aangeeft dat één verzekeraar voor 100% een polis accepteert.

ONDER EMBARGO

103 Baarsma e.a 2008, p. 11.
104 In de artikelen 2:38 en 2:39 van de Wft. bevat de wettelijke regeling voor de toegang van verzekeraars met een zetel in een andere lidstaat tot de Nederlandse markt.
105 De (methodologische) verantwoording van dit praktijkonderzoek is opgenomen in hoofdstuk 1 onder par. 1.3.
106 Gekozen kon worden uit de volgende mogelijkheden: 1, 2 t/m 5, 6 t/m 10, 10 of meer.
107 Gekozen kon worden uit de volgende mogelijkheden: klein (minder dan vijf), middelgroot (vijf tot tien) en groot (groter dan tien).
108 Naast de antwoordmogelijkheden 'daalt', 'blijft gelijk' en 'stijgt' konden respondenten kiezen voor de mogelijkheid 'weet ik niet'.

Tabel 4.3

Vraag: Hoeveel verzekeraars komen gemiddeld genomen in aanmerking voor de positie van leider?	Minder dan 5 verzekeraars	5 – 10 verzekeraars	Meer dan 10 verzekeraars
Branche: Brand (73 respondenten)	38	35	0
Branche: Transport (71 respondenten)	50	18	3
Branche: Varia (68 respondenten)	39	28	1
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	21	5	1
Totaal (242 respondenten)	150 (62%)	87 (36%)	5 (2%)

In de lijn van de verwachting lag het antwoord op de tweede vraag hoeveel verzekeraars in aanmerking komen voor de positie van leider. Uit eerder onderzoek bleek namelijk al dat deze groep gemiddeld genomen klein zou zijn.[109]

De gegeven antwoorden, weergegeven in tabel 4.3, bevestigen dat beeld. Opvallend is dat binnen de branche transport en technische verzekeringen volgens de respondenten beduidend minder verzekeraars in aanmerking komen voor de positie van leider dan bijvoorbeeld het geval is bij de branche brand.

Ik was benieuwd of de groep van verzekeraars die in aanmerking komt voor de positie van leider groter of kleiner wordt of relatief stabiel blijft. Gelet op het feit dat het aantal verzekeraars op de coassurantiemarkt, zoals ik heb weergegeven in tabel 4.1, de afgelopen vijf jaar relatief gelijk is gebleven was een te maken veronderstelling dat de respondenten zouden kiezen voor de opties ‘daalt’ of ‘blijft ongeveer gelijk’. Inderdaad bleek dat de meerderheid van de respondenten (88%) van mening was dat de groep leidende verzekeraars gemiddeld genomen over de afgelopen vijf jaar was gedaald, hetzij ongeveer gelijk was gebleven. Slechts enkele respondenten (vijf procent) meenden dat de groep een stijgende trend liet zien en ongeveer evenveel respondenten (zeven procent) gaven aan hiervan niet op de hoogte te zijn. Het was niet verrassend dat de respondenten, werkzaam binnen de branche technische verzekeringen, als antwoord gaven dat de groep van leidende verzekeraars daalt. Zoals bleek uit tabel 4.3 is de groep van potentiële leidende verzekeraars binnen deze branche klein.

ONDER EMBARGO

109 Baarsma e.a 2008, p. 16 waar men noemt dat ongeveer tien verzekeraars wedijveren voor de positie van leider (maar dat per branche verschillend kan zijn). Zie ook: hoofdstuk 5, par. 5.2.1.2 van dit boek.

Tabel 4.4

Vraag: Indien u terugblikt op de afgelopen 5 jaar: Daalt de groep leidende verzekeraars, blijft deze groep ongeveer gelijk of wordt de groep groter?	Daalt	Blijft ongeveer gelijk	Stijgt	Weet ik niet
Branche: Brand (73 respondenten)	30	38	1	4
Branche: Transport (71 respondenten)	37	25	4	5
Branche: Varia (68 respondenten)	23	31	7	7
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	22	4	0	1
Totaal (242 respondenten)	113 (46,7%)	100 (41,3%)	12 (5%)	17 (7%)

Als verklaring voor de terugloop van het aantal (leidende) verzekeraars binnen de branche technische verzekeringen geeft een verzekeraar aan dat er schaarste bestaat op de markt. Ik citeer:

> *'Er zijn minder Nederlandse partijen die kunnen leiden. Zurich, XL-Catlin, AIG, Delta Lloyd, Amlin zijn recent uit de technische markt gestapt. Leidend zijn nog Allianz, HDI, Swissre, RSA en dan houdt het wel zo'n beetje op. We zien wel nieuwe spelers toetreden maar met name in volg posities.'*

Illustratief voor de verklaring(en) die door respondenten werden gegeven, zijn eveneens de onderstaande toelichtingen van een verzekeraar, respectievelijk een makelaar:

> *'Het aantal verzekeraars neemt sterk af, ook het aantal van de voorheen van oudsher leidende verzekeraars wordt minder door fusies en overnames'*

> *'Er zijn verzekeraars die niet meer behoren tot de groep leidende verzekeraars, maar daarentegen zijn er nieuwe toetreders in de markt met voldoende kennis en kunde die de rol van leidende verzekeraar kunnen overnemen.'*

De toelichtingen op de vraag of de groep van verzekeraars gemiddeld genomen over de afgelopen vijf jaar is gedaald, gelijk gebleven of gestegen, laten dus een gemengd beeld zien. Enerzijds is door fusies of uittreding het aantal leidende verzekeraars gedaald. Anderzijds zijn nieuwe (vaak buitenlandse, met en zonder[110] vestiging in Nederland) verzekeraars toegetreden tot de coassurantiemarkt die kunnen kiezen voor een positie als leidende of volgverzekeraar.

De hierboven weergegeven resultaten kunnen als volgt worden samengevat. Uit het uitgevoerde praktijkonderzoek blijkt dat gemiddeld genomen zo'n twee tot vijf verzekeraars op een polis staan vermeld. Relatief een kleine groep van verzekeraars komt in aanmerking voor de positie van leider (minder dan vijf verzekeraars, hetzij vijf tot tien verzekeraars) en deze groep van potentiële

110 Zie artikel 2:38 en 2:39 Wft.

ONDER EMBARGO

leiders is de afgelopen vijf jaar gedaald, hetzij ongeveer gelijk gebleven. De verdeling over de verschillende branches laat zien dat vooral bij de branche 'varia' het voorkomt dat één verzekeraar het risico voor 100% accepteert. Bij de overige branches is dat minder evident. Vooral binnen de branche 'technische verzekeringen' blijkt dat de groep van leidende verzekeraars gemiddeld genomen over de afgelopen vijf jaar is gedaald. Een reden daarvoor kan de uittreding van een aantal grote spelers zijn. De resultaten van het praktijkonderzoek geven slechts een indicatie van het aantal spelers in de markt, en zijn geen maatstaf voor marktmacht van de betrokken partijen.

4.5.4 De aard van het product – productdifferentiatie

Hierboven besprak ik het aantal aanbieders van verzekeringen op de coassurantiemarkt. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief is tevens van belang om wat voor soort product het gaat. Over een relatief simpel product kan gemakkelijker overeenstemming worden bereikt tussen concurrenten. Voorbeelden uit de jurisprudentie tonen aan dat de meeste kartels hebben plaatsgevonden in een industrie met vrij homogene producten zoals accu's, textiel, staal, cement, PVC, vitaminen en zink fosfaat.[111]

Verzekeringen op de coassurantiemarkt zijn vaak specifieke producten. Hoewel de ene verzekeraar aanvullende voorwaarden kan stellen of een ander acceptatiebeleid voert, is de kern van de aangeboden dienst (het dragen van risico's) hetzelfde. Dat is evident bij de verzekering van de min of meer standaardrisico's die ook door middel van coassurantie kunnen worden verzekerd. In tegenstelling tot complexe risico's waarvoor een makelaar vaak specifieke en/of aanvullende clausules en voorwaarden op- en voorstelt, geldt voor eenvoudige risico's dat zij tegen standaardvoorwaarden verzekerd kunnen worden. Zulke producten worden daarom in de praktijk ook wel ondergebracht in de zogenoemde volmachtpools waar tegen vooraf besproken voorwaarden bij een vast panel van verzekeraars risico's worden geaccepteerd. Hoewel de verzekering bij coassurantie in de aard dus geen betrekking heeft op homogene producten, is het wel mogelijk dat een zekere mate van homogeniteit bestaat, met name bij de minder complexe (simpele) risico's waarvoor in de Nederlandse markt volmachtpools zijn gevormd. Ik bespreek de aard van de risico's die in pools worden ondergebracht uitvoeriger in hoofdstuk 6 van dit boek.

4.5.5 Toetredingsdrempels

Een markt wordt in het algemeen gekenmerkt door toetredingsdrempels wanneer het voor ondernemingen buiten de markt (potentiële concurrenten) moeilijk is om tot de markt toe te treden. Voor de coassurantiemarkt geldt dat in beginsel iedereen mag deelnemen aan het beursverkeer, mits kan worden aangetoond

111 Zie zaak ACM van 9 augustus 2017, nr. 7615-11 (*Accu's vorkheftrucken)*. Zie zaak ACM van 26 april 2002, nr. 203 (*Nederlandse Textiel Conventie*). HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P (*Aalborg Portland e.a/Commissie*).

ONDER EMBARGO

dat over de voor de marktoegang in Nederland vereiste vergunningen wordt beschikt.[112] Deze vergunningseisen zijn aan te merken als toetredingsdrempels. Te denken valt ook aan de geschiktheidseisen voor sleutelfunctionarissen.[113] Ook de specifieke kennis die nodig is om grote risico's te verzekeren, fungeert als een drempel voor toetreding op de coassurantiemarkt. Verzekeraars zullen dus niet zondermeer risico's in coassurantie kunnen verzekeren. Niet alleen dienen zij over de benodigde kennis en ervaring te beschikken, maar zij dienen ook de beschikking te hebben over de noodzakelijke capaciteit om te voldoen aan de kapitaaleisen die gelden voor het verzekeren van groot-zakelijke risico's. Zeker voor de positie van leidende verzekeraar dient een verzekeraar aanvullend over de benodigde expertise te beschikken. Dat maakt dat de groep van potentiële leidende verzekeraars in de praktijk niet zo groot is.

4.5.6 De mate van transparantie

Een bijzonder relevante factor voor het bestaan van mededingingsrisico's op een markt is de mate van transparantie. Daarmee wordt bedoeld hoe gemakkelijk het voor ondernemingen op een markt is om elkaars marktgedrag te volgen en op die manier tot onderlinge (heimelijke) overeenstemming te komen. In hoeverre een markt transparant is, hangt af van het aantal aanbieders en de aard van de transacties (openbaar of vertrouwelijk). Maar ook informatie-uitwisseling tussen concurrenten kan de transparantie op een markt vergroten en daarmee leiden tot heimelijke verstandhouding. Indien informatie-uitwisseling tot gevolg heeft dat de onzekerheid over concurrentieparameters (prijzen, output, de vraag of kosten) tussen concurrenten vermindert, zal dat de mededinging beperken. Er bestaat dus een risico op mededingingsbeperkend gedrag (stilzwijgende verstandhouding of collusie) op transparantere markten.[114] Markten waarop gedurende lange tijd dezelfde ondernemingen actief zijn of markten met een symmetrische structuur (dat wil zeggen: concurrenten hebben ongeveer dezelfde kosten, vraag, marktaandelen, productassortiment en capaciteit) leveren, volgens de Europese Commissie, méér risico op voor collusie (dat wil zeggen: samenspanning).[115]

De coassurantiemarkt is in die zin een transparante markt. Makelaars en verzekeraars kennen elkaar en, meer dan op de provinciale markt, zijn er volgens de NMa (thans: ACM) bij coassurantie intensieve contacten tussen verzekeraars al dan niet door tussenkomst van een makelaar.[116] Een verklaring daarvoor is dat het verzekeren 'ter beurze' is gebaseerd op wederzijds vertrouwen. Zo zal een volgende verzekeraar in diens beslissing mee te tekenen in coassurantie vertrouwen hebben in de leidende verzekeraar. Ook een makelaar zal zaken doen met verzekeraars die hij kan vertrouwen. Via de makelaar krijgen de verschillende

ONDER EMBARGO

112 Zie afdeling 2.2.3 van de Wft met betrekking tot de regels verbonden aan het uitoefenen van het bedrijf van schadeverzekeraar in Nederland en van schadeverzekeraars met zetel in een andere lidstaat of met een zetel in een staat die geen lidstaat is.
113 Artikel 3:8 Wft.
114 Richtsnoeren Horizontalen, punt 78.
115 Richtsnoeren Horizontalen, punt 82-84.
116 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 95.

verzekeraars immers informatie over een klant en bij de schadebehandeling zullen verzekeraars die hebben getekend op een polis moeten samenwerken.[117] Vanuit dat perspectief vergroot de samenwerking ten aanzien van het opstellen van standaardbeursvoorwaarden de markttransparantie. Ook de uitwisseling van statistische gegevens ten behoeve van het berekenen van risicopremies vergroot de markttransparantie. Juist daarom stelde de Europese Commissie in de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening randvoorwaarden voor de toelaatbaarheid van deze vormen van informatie-uitwisseling. Zeker in het groot-zakelijk 'beurscircuit' is het aantal deelnemers, zoals ik in de paragraaf hierboven besprak, vaak klein en wordt herhaaldelijk met dezelfde partijen zaken gedaan. Vanuit mededingingstheorie zijn dat factoren die de kans op mededingingsbeperkende gedragingen tussen ondernemingen vergroten.

Hierboven besprak ik de marktkenmerken van de coassurantiemarkt in Nederland. Ik behandelde de volgende kenmerken van een markt: het soort product, het aantal aanbieders, de marktmacht, de aard van het product, de toetredingsdrempels en de mate van transparantie. Zoals in deel II van dit boek nadrukkelijk naar voren zal komen, zijn dergelijke kenmerken relevant voor een beoordeling onder het mededingingsrecht bij de toepassing van de mededingingsrechtelijke verboden. Alvorens dat nader uit te werken, sta ik voor de bredere context van coassurantie stil bij de organisatie van de zakelijke verzekeringsmarkt in het buitenland. Ik doe dat in de volgende paragraaf.

4.6 Het buitenland

Het doel van deze paragraaf is om een beknopt overzicht te geven van de organisatie van enkele buitenlandse zakelijke verzekeringsmarkten te weten, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België. De keuze voor deze landen vloeit voort uit het feit dat zij, met de Nederlandse coassurantiemarkt hetzij tot de grootste coassurantiemarkten van Europa behoren (dit geldt voor het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk), hetzij dicht bij de Nederlandse markt liggen waardoor een vergelijking voor de hand ligt (wat het geval is voor België). Ik zal volstaan met een korte weergave van de hoofdlijnen. Hieronder is niet bedoeld een uitputtend overzicht te geven van de organisatie van coassurantie in de gekozen landen.[118] Bespreking van deze buitenlandse verzekeringsmarkten is van belang omdat risico's die door middel van coassurantie worden verzekerd vaak grensoverschrijdend zullen zijn en in beginsel tevens op verschillende markten kunnen worden ondergebracht.

4.6.1 Het Verenigd Koninkrijk

Zoals ik reeds besprak in par. 4.2.2.2 heeft het Verenigd Koninkrijk niet alleen één van de oudste, maar ook de meest omvangrijke verzekeringsmarkt ter wereld. Op deze verzekeringsmarkt, Lloyds, worden de grootste en meest complexe risico's

117 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 95.
118 Omdat dit boek geen rechtsvergelijkende insteek heeft, is het niet noodzakelijk om een uitputtend overzicht te geven van de organisatie van coassurantie in de gekozen landen.

ONDER EMBARGO

ter wereld verzekerd zoals ruimtevaart en natuurrampen. Om dat mogelijk te maken kent Lloyds een eigen organisatiestructuur en het is goed daar op deze plaats kort aandacht op te vestigen. Temeer omdat ten aanzien van complexe risico's waarvoor op de Nederlandse coassurantiemarkt onvoldoende dekking kan worden gevonden, door een makelaar, kan worden uitgeweken naar het zoeken van verzekeringsdekking op Lloyds.

Het is goed om op te merken dat Lloyds geen verzekeringsmaatschappij is maar een marktplaats waar makelaars met verzekeraars in onderhandeling treden.[119] Voor het onderbrengen van een risico op Lloyds is het, net als op de Nederlandse coassurantiemarkt, nodig dat een makelaar (*broker* genoemd) wordt ingeschakeld. Lloyds maakt een onderscheid tussen de *local brokers* en de *Lloyds brokers*.[120] De lokale brokers, die zijn gevestigd in verschillende landen, zijn het eerste aanspreekpunt voor verzekeringnemers in hun eigen land. Het gaat dan om grote makelaars die bevoegd zijn om op Lloyds zaken te mogen doen en wereldwijd vestigingen hebben. Een lokale broker beoordeelt of een bepaald risico geschikt is om onder te brengen op Lloyds. Voor het verzekeren van een risico op Lloyds gaat het in de regel om een risico dat te groot of te complex is om op een andere wijze (niet in coassurantie) verzekerd te kunnen worden. Wanneer ervoor wordt gekozen om een risico op Lloyds te verzekeren, zal een Lloyds broker met verzekeraars (*underwriters*) van Lloyds gaan onderhandelen over de voorwaarden en het aandeel waartegen zij het risico wensen te verzekeren. Op Lloyds ontmoeten de brokers en de *underwriters* elkaar en doen zij zaken.[121]

Bijzonder aan de structuur van Lloyds is de organisatie door middel van syndicaten (*syndicates*). Ieder syndicaat wordt beheerd door een *managing agent* en bestaat uit leden (*members*).[122] Syndicaten kunnen worden gezien als verzekeraars die voor het kapitaal zorgen. Syndicaten staan op zichzelf (zo kopen zij hun eigen herverzekering in) en zij hebben zich vaak gespecialiseerd in het verzekeren van een bepaalde categorie risico's. Elk syndicaat heeft bovendien een eigen nummer. Zoals gezegd gaat achter een syndicaat op Lloyds het kapitaal schuil. Dat kan afkomstig zijn van bedrijven, *corporate members*, maar uniek aan Lloyds is dat ook vermogende particulieren als *names*, deel kunnen nemen in syndicaten.[123]

In de organisatiestructuur van Lloyds staan aan het hoofd van een of meer syndicaten een *Managing Agent*.[124] Dit zijn bedrijven die specifiek zijn bedoeld om een of meer syndicaten te managen. Zij sturen de *underwriters* aan en zijn verantwoordelijk voor het accepteren van risico's binnen hun syndicaten. Aan Managing Agents worden vanuit Lloyds verscheidene minimum standaardeisen

ONDER EMBARGO

119 Artikel 1:7 Wft.
120 Op 12 februari 2019 waren in totaal 306 brokers actief op Lloyds. Omdat ik geen toegang had tot de Lloyds Statistics (alleen voor leden toegankelijk) heb ik geen statistisch overzicht kunnen maken van de (omvang van de) markt.
121 Zie eerder, par. 4.2.2.2.
122 EY 2014, rn. 115.
123 Deze *Names* zijn persoonlijk aansprakelijk voor het bedrag waarmee zij in de verzekering participeren.
124 Op 12 februari 2019 waren 54 managing agents lid van Lloyds.

gesteld, bijvoorbeeld op het gebied van risicomanagement en prijscalculatie.[125] Lloyds wordt beheerd door de zogenoemde 'Council of Lloyds', vastgesteld krachtens de Lloyds Act 1982 Deze 'council' is verantwoordelijk voor het management, het interne toezicht en zij stellen ook eisen aan de toetreding van bedrijven tot Lloyds.

Ten gevolge van de Brexit en om zaken te kunnen blijven doen in de Europese Unie heeft Lloyds een vestiging in Brussel, *Lloyd's Brussels Subsidiary*, opgericht.[126] Door Lloyd's Brussels is het mogelijk dat Lloyds brokers risico's uit de Europese Unie plaatsen op Lloyds. Lloyds' Brussels is daarbij een verzekeraar die zelfstandig de schades betaalt.

De zakelijke verzekeringsmarkt in het Verenigd Koninkrijk is georganiseerd in verscheidene verenigingen. Zo bestaat de Lloyds Market Association (LMA), de London & International Insurance Brokers' Association (LIIBA) en de International Underwriting Association (IUA).[127]

4.6.2 Duitsland

Ook Duitsland heeft een grote zakelijke verzekeringsmarkt waar risico's door middel van coassurantie (Mitversicherung) worden verzekerd.[128] In het grootschalige onderzoek van EY uit 2014 naar de werking van coassurantie in Europa wordt gesteld:

> 'The German insurance market, as the fifth largest market worldwide, is one of the most important targets for foreign insurers. At the same time, many German insurance companies have expanded abroad. The domestic market is highly competitive, mature and highly developed with a significant amount of offshore business.'[129]

ONDER EMBARGO

125 Zie bijvoorbeeld de informatie op de website van Lloyds, te raadplegen via: https://www.lloyds.com/market-resources/requirements-and-standards/minimum-standards.

126 Zie: https://www.lloyds.com/lloyds-around-the-world/europe/lloyds-brussels/how-to-place-risks-with-lloyds-after-brexit

127 Op de website van de LMA wordt de doelstelling als volgt omschreven: 'The purpose of the LMA is to identify and resolve issues which are of particular interest to the Lloyd's market. We work in partnership with the Corporation of Lloyd's and other market-related associations to influence the course of future market initiatives.'

128 Zie over de achtergrond van mitversicherung in Duitland bijvoorbeeld: Hans-Georg Jenssen, *Die europäische Mitversicherung, Ein Beitrag zur Dienstleistungsfreiheit in Europa*, 1990, Hamburger Reihe A – Rechtswissenschaft, Band 73; Henning Schaloske, *Das Recht der so genannten offenen Mitversicherung, Vertragsrechtliche Konstruktion und kartellrechtliche Beurteilung*, 2007: Berliner Reihe – Versicherungswissenschaft in Berlin, Band 28 en Schaloske, *Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung für die Praxis der offenen Mitversicherung*. 2013: Veröffentlichungen der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens, Band 40. Een goed overzicht van het verzekeringskartelrecht in Duitsland biedt Dreher/Hoffmann in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG 2. Auflage 2017, rn. 160.

129 EY 2014, rn. 130.

Vooral de commerciële en industriële verzekeringen worden door middel van coassurantie verzekerd.[130] Coassurantie wordt, net als in Nederland, gebruikt voor de dekking van onder meer brand en bedrijfsschadeverzekeringen, technische verzekeringen en transportverzekeringen. Coassurantie op ad hoc basis wordt in Duitsland *Mitversicherung im Einzelfall* genoemd. Tekening in een coassurantiepool wordt aangeduid als *Mitversicherungsgemeinschaft* of *Versicherungspools.*[131] Het Duitse verzekeringsrecht kent geen definitie van coassurantie.[132] Naar mijn weten is er ook geen specifieke branchevereniging voor de coassurantiemarkt in Duitsland. Het Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) is de grootste branchevereniging voor de Duitse verzekeringssector.

Mitversicherung kan in Duitsland zowel worden georganiseerd door een leidende (*führenden*) verzekeraar als een verzekeringsmakelaar (*Versicherungsmakler*). Schaloske geeft echter aan dat in Duitsland de organisatie van coassurantie door een makelaar (*Maklerkonzepte*) meer betekenis krijgt:

> 'Zunehmende Bedeutung erlangen darüber hinaus auch durch Versicherungsmakler initiierte Mitversicherungsgemeinschaften (sog. Maklerkonzepte), was insbesondere auch auf die kartellrechtliche Beurteilung Einfluss haben kann.
>
> Von Mitversicherungsgemeinschaften zu unterscheiden sind sog. Versicherungspools im engeren Sinne. Diese bezwecken zwar ebenfalls die Risikoaufteilung, jedoch schließt regelmäßig nur ein Versicherer den Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsnehmer. Die Pool-Mitglieder bringen die gezeichneten Risiken sodann in den Pool ein und verteilen sie nach einem bestimmten Schlüssel untereinander. Dabei sind auch mehrstufige Pools möglich. Die Pools sind ein Mittel der Rückversicherung eigener Art.'[133]

Koch geeft de volgende omschrijving van de werking van coassurantie in Duitsland:

> 'Co-insurance may be offered in the form that coverage is horizontally divided among several insurers and each takes over a pro rata share of the sum insured or a certain amount. The policyholder has contracts with all participating insurers, each of which is liable to the policyholder for its percentage share of any claim made under the insurance. In the insurance certificate the individual insurers are listed by name with their shares. Co-insurance arrangements are initiated by brokers who have knowledge of the market and the insurer who is likely to be able to lead the risk. The broker develops the program for the client and makes sure that the terms agreed with a lead insurer, also apply to the contracts with the following insurers to avoid that the client is exposed to multiple sets of terms and conditions'[134]

ONDER EMBARGO

130 M.S. Schwienhorst, Die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen der 'Mitversicherung im Einzelfall', p. 330 in: R. Bork e.a. (red.), *Recht und Risico, Festschrift fur Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Band 1. Versicherungsrecht*, Karlsruhe: VVW 2004; Christoph Ballmaier, 'Die offene Mitversicherung als Outsourcing', *ZVersWiss* (2012) 101, p. 629–642.
131 Dreher/Hoffmann, rn. 69-70 in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG 2. Auflage 2017, rn. 160.
132 Den Begriff der Mitversicherung kennt das deutsche Versicherungsvertragsrecht nicht, (Langheid/Wandt, 2. Teil. Systematische Darstellungen 2. Kapitel. Unternehmensrecht der Versicherungsunternehmen 160. Versicherungskartellrecht Rn. 71-74, beck-online)
133 Schaloske 2013, p. 14.
134 Koch 2018, p. 282.

De omschrijving die door Koch wordt gegeven van de praktijk in Duitsland sluit nauw aan bij de praktijk in de Nederlandse coassurantiemarkt, die ik uitvoeriger in het volgende hoofdstuk zal bespreken. Ook in Duitsland heeft een makelaar blijkbaar een belangrijke rol bij het plaatsen van een risico in coassurantie en vindt tekening plaats door een leidende verzekeraar en volgverzekeraars. Tussen een leidende verzekeraar en volgers worden in de Duitse coassurantiepraktijk, evenals in Nederland, volgbepalingen (Führungsklausel) opgenomen.[135]

4.6.3 Frankrijk

In Frankrijk worden eveneens risico's op grote schaal door middel van coassurantie verzekerd.[136] Franse verzekeraars verzekeren, net als in Duitsland, veelal de risico's in de industriële sector door middel van coassurantie.[137] Evenals in Nederland het geval is, heeft een makelaar een dominante rol bij het sluiten van contracten op de Franse zakelijke verzekeringsmarkt, zoals blijkt uit het eerder genoemde onderzoek van EY:

> 'As the industrial sector is of local and international significance, French insurance companies in the local market participate in various forms of coinsurance agreements for French industrial corporations. Ad-hoc co(re)insurance agreements are commonly used; this market is predominantly broker-led although some deals are arranged through a direct approach. As regards the determination of prices, a tendency to alignment with quotes provided by the leader is often observed.'[138]

Zowel het sluiten door tussenkomst van een makelaar als directe onderhandelingen door verzekeringnemers met verzekeraars komen dus in Frankrijk voor. Door Couilbault e.a. wordt beschreven hoe coassurantie in Frankrijk werkt.[139] Ook in Frankrijk hoeft het niet zo te zijn dat de leidende verzekeraar (*l'apériteur*) het grootste aandeel heeft bij coassurantie, *'l'aperiteur n'est pas nécessairement l'assureur qui a accepté la plus grosse quote-part'*.[140] Er wordt een makelaar (*intermédiaire*) door de verzekeringnemer ingeschakeld om het risico bij meerdere verzekeraars onder te brengen.[141] De leidende verzekeraar lijkt in Frankrijk een grotere rol te hebben dan in de Nederlandse coassurantiemarkt. Doorgaans is het de leider bij coassurantie die de premies verzamelt en het contact is voor de klant. Zo wordt door Couilbault e.a. aangegeven dat: '*il a fait signer la police,*

ONDER EMBARGO

135 Martin Lange, Meinrad Dreher, 'Der Führende in der Mitversicherung', *VersR* 2008, 289.
136 Couilbault e.a. 2002, p. 53 waar coassurantie wordt gedefinieerd als: 'la coassurance consiste en un partage proportionnel d'un même risque entre plusieurs assureurs'. Zie ook: Bonnard 1997, p. 75: 'La coassurance consiste en la division d'un risqué, garanti par un contrat unique, entre plusieurs assureurs qui s'engagent chacun pour un pourcentage determine de la valeur assure et sans solidarité'.
137 EY 2014, rn. 119.
138 EY 2014, rn. 119.
139 Couilbault e.a. 2002, p. 54: 'En théorie, il est tout à fait imaginable d'établir autant de contracts qu'il y a de coassureurs. Cela est d'ailleurs conforme à l'analyse juridique précédente. Mais cette multipicité de contrats présente de nombreux inconvénients pour l'assuré. (…) de plus, dans cette annexe, on désignera un coassureur chargé de représenter tous les autres dans les relations avec le client: il s'agit de l'apériteur ou société apéritrice.
140 Couilbault e.a. 2002, p. 55. Vgl. C. Paris, "Les ambiguïtés du régime de la coassurance" in C. van Schoubroeck, K. Geens, W. Devroe & J. Stuyck (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 506.
141 Bonnard 1997, p. 77.

encaissera les primes, les répartira entre tous les coassureurs. I est l'interlocuteur du client'.[142] Naar Frans recht is de leidende verzekeraar bevoegd om naar de melding van het schadevoorval door de verzekeringnemer te ontvangen.[143] Dit is anders in de Nederlandse praktijk waar de makelaar de schademelding indient.

Relevant is ten slotte dat in Frankrijk traditioneel een onderscheid gemaakt tussen beurstekening (*bourse*) en provinciale tekening (*province*).[144] Het *Bureau central de répartition*, een bureau dat de administratie en werking van coassurantie faciliteert, speelt in de Franse coassurantiemarkt een belangrijke rol omdat via haar de betalingen bij coassurantie worden verricht.[145] De term *bourse* wordt in Frankrijk nog steeds gebruikt om een onderscheid te maken tussen de polissen die op de Parijse coassurantiemarkt worden gesloten of daarbuiten.[146]

4.6.4 België

In België is het gebruikelijk om industriële risico's door middel van medeverzekering (de Belgische benaming voor coassurantie) te verzekeren.[147] België kent een wettelijke regeling over medeverzekering. In de Wet op de verzekeringen van 1 november 2014, de opvolger van de Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 1992, is in afdeling VII een wettelijke regeling voor medeverzekering opgenomen. Deze bestaat uit de artikelen 82 en 83. Artikel 82 regelt dat medeverzekering geen hoofdelijkheid inhoudt, tenzij anders wordt bedongen. In art. 83 is bepaald dat:

> 'Bij medeverzekering dient een eerste verzekeraar te worden aangewezen in de overeenkomst. Deze wordt geacht de lasthebber te zijn van de overige verzekeraars voor het ontvangen van de kennisgevingen bepaald in de overeenkomst en om het nodige te doen om de schadegevallen te regelen, met inbegrip van de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding. Dientengevolge kan de verzekerde hem alle betekeningen en kennisgevingen doen, met uitzondering van deze die betrekking hebben op rechtsvorderingen ingesteld tegen de andere medeverzekeraars. Indien er in de overeenkomst geen eerste verzekeraar was aangeduid dan kan de verzekerde om het even wie van de medeverzekeraars als eerste verzekeraar beschouwen voor de toepassing van dit artikel. Niettemin moet de verzekerde zich steeds wenden tot dezelfde medeverzekeraar als eerste verzekeraar.'

Net als in Nederland het geval is, houdt in België medeverzekering geen hoofdelijkheid in en ontstaat een afzonderlijke contractuele band tussen de verzekeringnemer en elke medeverzekeraar.[148] In België komt het voor dat risico's door middel van ad hoc medeverzekering als in medeverzekerings-groepen worden ondergebracht. De makelaar lijkt in de Belgische verzekeringsmarkt een minder prominente rol te hebben bij het sluitingsproces bij coassurantie dan in Nederland het geval is. In België

142 Vgl. J. Bigot (red.), Traité de droit des assurances. Tome 3, Le contrat d'assurance, Parijs LGDJ, 2014, p. 274-275.
143 Artikel L113-2, 4° Code des Assurances.
144 J. Péchinot, 'La coassurance' in: J. Kullmann (red.), *Lamy Assurances*, Wolters Kluwer: Parijs 2011, p. 2501.
145 J. Bigot (red.), Traité de droit des assurances. Tome 3, Le contrat d'assurance, Parijs, LGDJ, 2014, p. 299.
146 J. Péchinot, 'La coassurance' in: J. Kullmann (red.), *Lamy Assurances*, Wolters Kluwer: Parijs, 2011, p. 2537.
147 Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 25. Zie ook: Colle 2011, p. 149 e.v.
148 Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 25.

ONDER EMBARGO

bestaat geen overkoepelende brancheorganisatie van de coassurantiemarkt, zoals in Nederland. De volgende brancheorganisaties zijn evenwel actief: de Belgische Associatie van Underwriting Agencies (BAUA) vertegenwoordigt de gevolmachtigd agenten op de zakelijke verzekeringsmarkt, Assuralia, als de beroepsvereniging van verzekeraars in België en de beroepsvereniging voor verzekeringsmakelaars, BVVM/UPCA.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is een algemene beschrijving gegeven van de werking, structuur en kenmerken van de Nederlandse coassurantiemarkt. Eerst is de coassurantiemarkt geplaatst in historisch perspectief. Daaruit bleek op welke wijze coassurantie is ontstaan en welke rol assurantiebeurzen hebben gespeeld bij de ontwikkeling van de coassurantiemarkt. In tegenstelling tot vroeger vindt het beursverkeer vandaag de dag vooral elektronisch plaats binnen de E-ABS omgeving. Door middel van dat systeem worden risico's geplaatst, polissen ondertekend en vindt de schadeafwikkeling/goedkeuring plaats. In dit hoofdstuk is tevens verduidelijkt wat het onderscheid is tussen coassurantie, herverzekering, layering en pools. De basisgedachte is dat risico's beter beheersbaar zijn wanneer zij worden gespreid. In dit hoofdstuk is ook stilgestaan bij de verschillende spelers op de coassurantiemarkt. Een belangrijke rol heeft de makelaar die in opdracht van de klant een risico onderbrengt bij verzekeraars.

Tegen de achtergrond van de verschillende spelers op de markt is een overzicht gegeven van de kenmerken van de coassurantiemarkt. Behandeld zijn het aantal aanbieders, de marktmacht/concentratie van ondernemingen, de aard van het product, de toetredingsdrempels en de mate van transparantie. Bij deze verschillende marktkenmerken is de vraag besproken of de organisatie en de werking van de coassurantiemarkt in Nederland risico's oplevert vanuit mededingingsperspectief. Uit dit hoofdstuk blijkt dat in de praktijk de groep van leidende verzekeraars klein is. Gegeven de belangrijke rol van een leidende verzekeraar bij een coassurantiecontract, waarbij ik uitvoerig zal stilstaan in hoofdstuk 5 van dit boek, kan dat mededingingseconomisch een risico opleveren.

Dit hoofdstuk bevatte een beknopte weergave van de organisatie van coassurantie in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België. Het viel buiten het bestek van dit boek om een uitvoerige beschrijving op te nemen van de werking van coassurantie in deze landen. Omdat dit boek niet aan rechtsvergelijking doet, maar voorzover relevant voorbeelden en literatuur worden gebruikt uit deze landen is volstaan met een weergave van enkele hoofdlijnen.

Met dit hoofdstuk is bedoeld een schets van de coassurantiemarkt te geven die de lezer behulpzaam kan zijn bij het lezen van de volgende hoofdstukken.

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

Deel II Toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

5 Sluiting van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie

5.1 Inleiding en opbouw

In dit hoofdstuk onderzoek ik de mededingingsaspecten van de sluiting of totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij de zogenoemde ad hoc coassurantie. Het 'ad hoc'-aspect ziet erop dat meerdere verzekeraars met elkaar een specifiek risico verzekeren. Ad hoc coassurantie moet worden onderscheiden van de verzekering in coassurantiepools waarbij sprake is van een groep verzekeraars die op basis van tevoren besproken voorwaarden risico's verzekeren.[1] In de kern gaat het om het plaatsen van een bepaald (groot-zakelijk) risico door een makelaar in opdracht van de verzekeringnemer bij meerdere verzekeraars die ieder voor een bepaald gedeelte op dat risico inschrijven. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is in hoeverre er spanning bestaat tussen het sluiten van een verzekering in coassurantie en het mededingingsrecht. Indien kan worden geconstateerd dat op bepaalde onderdelen van het sluitingsproces spanning bestaat of kan ontstaan met het mededingingsrecht is het vervolgens de vraag hoe een beoordeling daarvan onder het mededingingsrecht zal luiden.

Dit hoofdstuk is als volgt gestructureerd. Eerst geef ik in par. 5.2 een algemene beschrijving van de totstandkoming van een verzekering in coassurantie. In deze paragraaf zijn eveneens (delen van) de resultaten verwerkt van het praktijkonderzoek. Daaropvolgend bespreek ik in par. 5.3 de voor het sluitingsproces relevante zelfregulering. In par. 5.4 maak ik de (tussen)balans op. Vervolgens toets ik in par. 5.5 de praktijk van geharmoniseerde premies aan het kartelverbod. Ik maak bij de toepassing van het kartelverbod een onderscheid tussen de eigenlijke mededingingsbeperking(en) in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en de mogelijke rechtvaardiging daarvan in het licht van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Het gaat in dit hoofdstuk primair om de toetsing van horizontale overeenkomsten tussen ondernemingen aan het kartelverbod. Verticale vormen van samenwerking tussen ondernemingen, die zien op samenwerking tussen ondernemingen die elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen

1 Zie voor dit onderscheid tussen ad hoc coassurantie en pooling ook Europe Economics 2016a, p. 7: '(…) pools are set up to cover a multitude of risks from multiple policyholders that fall within a specific risk category, whereas ad hoc agreements are established to cover an individual client's specific risk' en in hetzelfde rapport op p. 25: 'ad hoc coinsurance agreements, which are arrangements comprising multiple undertakings but are set up to cover a specific risk under bespoke customer needs'. Zie tevens hoofdstuk 4, par. 4.3. In hoofdstuk 5 van dit boek behandel ik de mededingingsaspecten van coassurantiepools.

ONDER EMBARGO

werkzaam zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of leveren, laat ik hier buiten beschouwing. In par. 5.6 bespreek ik het risico op interactie tussen de bieders in het biedproces bij coassurantie door aanbesteding. Par. 5.7 bevat de conclusie.

5.2 Algemene beschrijving van de totstandkoming van een verzekering in coassurantie

Kenmerkend voor de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie is de betrokkenheid van een makelaar die van zijn klant de opdracht krijgt om een risico te plaatsen (of: onder te brengen) bij één of meer verzekeraars. In Nederland zal altijd een makelaar betrokken zijn bij de verzekering in coassurantie.[2] In het buitenland kan dit anders zijn. In sommige landen komt het voor dat een (leidende) verzekeraar andere (volgende) verzekeraars benadert om een risico in coassurantie te verzekeren.[3] Over het algemeen geldt echter dat een makelaar een belangrijke rol heeft bij het sluiten in coassurantie en dat hij de verzekeraars benadert om een risico in coassurantie te verzekeren.[4] De vraag op welke manier(en) een makelaar een risico onderbrengt bij verzekeraars zal ik in deze paragraaf beantwoorden. Ik betrek daarbij de resultaten van het praktijkonderzoek.[5] Twee types procedures kunnen worden onderscheiden: de onderhandelingsprocedure en de aanbestedingsprocedure. De onderhandelingsprocedure wordt het meest gebruikt. Ik bespreek daarom in par. 5.2.1 eerst de onderhandelingsprocedure en vervolgens in par. 5.2.2 de aanbestedingsprocedure.

5.2.1 Beschrijving van de onderhandelingsprocedure bij coassurantie

5.2.1.1 Verloop van de onderhandelingsprocedure

De gebruikelijke wijze waarop een verzekering in coassurantie tot stand komt, is door middel van onderhandelen tussen een makelaar en een aantal verzekeraars. De procedure kan daarom worden aangeduid als een onderhandelingsprocedure. Er wordt door de Europese Commissie ook wel gesproken van een inschrijvingsprocedure (*subscription procedure*).[6] Ik gebruik hierna het begrip 'onderhandelingsprocedure' omdat het voeren van onderhandelingen het sluitingsproces van een verzekering in coassurantie kenmerkt. Bovendien geeft het begrip 'onderhandelingsprocedure' goed het verschil weer met de onder 5.2.2 te bespreken aanbestedingsprocedure waarin

ONDER EMBARGO

2 Monitor Financiële Sector 2005, inzichten van de NMa over de mededinging in de financiële sector, p. 87; Baarsma e.a 2008, p. 20; EY 2014, p. 119 rn. 339 en p. 125 rn. 363.
3 Zie EY 2014, p. 125 rn. 363 waar wordt vermeld dat deze situatie zich zou voordoen in de landen Oostenrijk, België, Bulgarije, Cyprus, Litouwen, Polen, Slovenië en Spanje waar verzekeraars sterke klantenbinding hebben en de makelaarssector juist minder ontwikkeld zou zijn.
4 EY rapport 2014, p. 119 rn. 339.
5 De verantwoording van dit onderzoek (aangeduid als het praktijkonderzoek) is gegeven in hoofdstuk 1 van dit boek (zie par. 1.3).
6 Commission Staff Working Document accompanying the communication from the Commission, sector inquiry under article 17 of Regulation (EC) No. 1/2003 on business insurance (Final Report), SEC (2007) 1231, p. 25 waar wordt besproken over 'broker-led coinsurance' en de 'subscription procedure'.

onderhandelingen een veel minder prominente rol spelen. Kort samengevat komt de onderhandelingsprocedure erop neer dat een makelaar een aantal verzekeraars voorziet van informatie over het te verzekeren risico en hun vraagt om een bod uit te brengen. Over het bod (dat in ieder geval zal bestaan uit het gewenste aandeel en een bijbehorende premie) dat verzekeraars uitbrengen zal een makelaar gaan onderhandelen. In eerste instantie zal een makelaar onderhandelen met een leidende verzekeraar met wie hij de basis legt voor de verzekeringsovereenkomst. Met die verzekeraar worden de belangrijkste voorwaarden besproken en/of uit-onderhandeld. Indien er nog capaciteit tekort komt (dat is het geval als een verzekeraar niet voor 100% dekking biedt), wordt de offerte van de leidende verzekeraar voorgelegd aan een aantal volgverzekeraars die doorgaans wordt gevraagd tegen dezelfde voorwaarden mee te tekenen.[7]

Dit is in het kort de wijze waarop de onderhandelingsprocedure verloopt.[8] In grote lijnen kunnen daarin (dus) twee fasen worden onderscheiden.[9] In de eerste plaats de onderhandelingen voor de positie van een leidende verzekeraar en in de tweede plaats het benaderen van volgverzekeraars. Beide fasen zet ik hieronder (in par. 5.2.1.2 en par. 5.2.1.3) uitvoeriger uiteen, maar niet nadat ik op deze plaats de aandacht heb gevestigd op de resultaten van het praktijkonderzoek. In dat onderzoek heb ik namelijk een vraag gesteld over de volgorde waarin een verzekeringsovereenkomst in coassurantie tot stand komt.[10] Deze vraag luidde als volgt:

> Hieronder is in 5 stappen een beschrijving opgenomen – gebaseerd op de literatuur en eerdere onderzoeken – in welke volgorde een verzekeringsovereenkomst in coassurantie tot stand komt.
> i. De makelaar stelt eerst vast, veelal in overleg met de verzekerde, wat er verzekerd moet worden.
> ii. Met die informatie gaat de makelaar onderhandelen met enkele (potentiële) leidende verzekeraars.

ONDER EMBARGO

7 Commission Staff Working Document accompanying the communication from the Commission, sector inquiry under article 17 of Regulation (EC) No. 1/2003 on business insurance (Final Report), SEC (2007) 1231, p. 26.

8 Vgl. voor Engeland, Merkin 2013, 1-032: 'The broker's search would generally begin with an underwriter well regarded in the market and whose judgement was trusted (the 'leading underwriter'), as it would then be a simpler task for the broker to obtain further subscriptions from other underwriters representing other syndicates ('the following market'). If the leading underwriter was willing to provide cover, he would stamp the name of its syndicate on the slip and sign the slip, a process known as 'scratching', and would further state on the slip the amount of liability to be taken in percentage terms. The slip would then be presented to underwriters in the following market by the broker until the requisite level of subscription had been obtained'.

9 Zie COM (2007) 556 definitief, p. 6 (rn. 17), EY 2014, p. 120 (par. 2.3.3.1) en p. 123 (par. 2.3.3.2). Zie ook: Baarsma e.a. 2008, p. 20-21 en Van Velzen 2017, p. 19. Voor de situatie in Duitsland, zie Schaloske 2013, p. 21 die stelt dat de scheiding door de Europese Commissie in twee fasen in Duitsland niet zo strikt kan worden gemaakt: 'kennzeichnend für die maklergeführte zusammenstellung einer offenen mitversicherung sind meist vielmehr parallelverhandlungen mit sämtlichen potentiellen mitversicherern, nach denen sich der versicherungsnehmer anschließend für das aus seiner sicht beste angebot und einen der versicherer als führenden mitversicherer [leidende verzekeraar, GTB] entscheidet. Sodann legt der versicherungsnehmer oder der versicherungsmakler den weiteren zu beteiligenden mitversicherern das verhandlungsergebnis offen und verhandelt deren beteiligung auf grundlage der mit dem führenden mitversicherer vereinbarten konditionen'.

10 De vraag is beantwoord door 243 respondenten. Daarvan waren er 74 werkzaam in de branche brand, 71 in de branche transport, 68 in de branche varia en 27 in de branche technische verzekeringen.

iii. Als de makelaar voldoende zekerheid heeft gekregen tegen welke premie en voorwaarden hij het risico bij de leidende verzekeraar(s) kan onderbrengen, stelt hij een of meer offerte(s) op voor de klant.
iv. Als de offerte ertoe leidt dat de klant de makelaar de opdracht geeft om het risico onder te brengen, stelt de makelaar een sluitnota op of maakt hij direct een polis op.
v. De makelaar (de sluiter) vraagt aan de leidende verzekeraar(s) om voor een bepaald aandeel te tekenen. Daarna benadert hij de volgende verzekeraars om mee te tekenen. De volgers zijn vaak niet bij de vooronderhandelingen betrokken geweest maar vernemen wel wie de leider zal zijn.

Geeft deze volgorde volgens u het totstandkomingsproces goed weer?
A. Ja
B. Nee

Indien u de vraag met 'Nee' hebt beantwoord, wat is in uw ervaring de juiste volgorde? (U kunt de gegeven nummering 1 t/m 5 in de door u geziene volgorde weergeven en/of eventuele toevoegingen omschrijven)[11]

Van de 243 respondenten die deze vraag hebben beantwoord vonden 172 personen (71%) dat de volgorde juist werd weergegeven. 71 respondenten (29%) meenden dat de volgorde anders was. Interessant is de toelichting die zij daarop gaven.[12] Globaal genomen, komt die erop neer dat naar hun oordeel stap v. eerder in het totstandkomingsproces plaatsvindt. Dat betekent dat de volgverzekeraars al eerder worden betrokken bij de onderhandelingen en dat een makelaar pas een eindofferte opstelt als hij zekerheid heeft dat ook de volgverzekeraars mee zullen tekenen. Illustratief zijn de onderstaande toelichtingen die werden gegeven door een makelaar, respectievelijk, een verzekeraar:

'Het is inderdaad zo dat eerst gezocht wordt naar een leidende verzekeraar maar in dezelfde periode worden volgverzekeraars geïnformeerd. Deze kunnen dan het risico goed bekijken en wachten dan het voorstel van de (gekozen) leidende verzekeraar af.'[13]

'Makelaars zullen, zeker in een hardere markt, altijd zorgen voor 100% capaciteit, alvorens zij de offerte zullen uitbrengen aan een verzekerde. Om een goed beeld van de markt te hebben en zeker te weten dat de juiste aanbieding naar verzekerde gaat, zal een goede makelaar ook altijd volgverzekeraars vragen om een prijs. Nadat een makelaar een reëel beeld van de markt voor een bepaald risico heeft gevormd, kan hij besluiten het risico 'Bipar' te sluiten (iedere verzekeraar krijgt de eigen geoffreerde premie) of i.o.m. de klant de bieders vragen mee te

ONDER EMBARGO

11 Voor de respondenten die de vraag met 'Nee' beantwoorden, werd verlangd dat zij daarop een toelichting gaven. Dit was in de online vragenlijst een voorwaarde om verder te kunnen gaan met de beantwoording van de vragen.
12 Ik realiseer me dat 29% van de respondenten heeft aangegeven dat een andere dan de aangegeven volgorde in de praktijk wordt gebruikt. Dat is een (sterke) minderheid zodat ik aan hun antwoorden niet teveel waarde kan hechten. Toch laat het zien dat de volgorde van totstandkoming wel degelijk anders kan verlopen in de praktijk.
13 Deze respondent is werkzaam bij een makelaar als 'senior broker'. Voor de volledigheid vermeld ik dat deze respondent meer dan 10 jaar ervaring had. In de vragenlijst is het aantal jaren ervaring meegenomen als relevante factor. De mogelijkheden waren: minder dan 5 jaar, tussen de 5 en de tien jaar, en meer dan 10 jaar.

doen op een bepaalde – meestal de gunstigste, maar soms en zeker in een hardere markt, de gemiddelde – prijs (en bij gebrek aan capaciteit; de hoogste prijs).'[14]

Deze resultaten laten zien dat het beeld dat een offerte (pas) wordt opgesteld nadat een makelaar voldoende zekerheid heeft dat hij het risico bij een leidende verzekeraar kan onderbrengen, moet worden genuanceerd. Het kan zo zijn dat in de Nederlandse praktijk de volgverzekeraars al eerder in het totstandkomingsproces worden betrokken en dat de offerte pas wordt opgemaakt als de makelaar zekerheid heeft dat hij het risico voor 100% kan verzekeren.

Ondanks dat het praktijkonderzoek laat zien dat de fase van de selectie van een leidende verzekeraar en die van het benaderen van volgverzekeraars niet strikt van elkaar kunnen worden gescheiden, is het niettemin goed om uitvoeriger beide fasen te bespreken. In de volgende paragraaf komt daarmee allereerst de selectie van een leidende verzekeraar bij coassurantie aan de orde.

5.2.1.2 De onderhandelingen met een leidende verzekeraar

De rol van een leidende verzekeraar

Een leidende verzekeraar (of: leider, 'leader') heeft een belangrijke positie bij de verzekering in coassurantie. Een leider is de eerste verzekeraar die tekent en hij heeft vaak het grootste aandeel in het risico.[15] Hij wordt daarom ook wel de bovenstaande of eerste verzekeraar genoemd. Een leidende verzekeraar heeft vaak de meeste kennis van het risico in huis en hij neemt de leiding op zich bij de afhandeling van de schadeclaims.[16] Om in aanmerking te kunnen komen voor de positie van leidende verzekeraar op een bepaald coassurantiecontract zal een verzekeraar in het algemeen dus over voldoende kennis en ervaring moeten beschikken ten aanzien van de verzekering van het desbetreffende risico. Bovendien zal een leidende verzekeraar over de financiële capaciteit en de kredietwaardigheid moeten beschikken om een significant aandeel in het risico te kunnen verzekeren.[17]

De selectie van een leidende verzekeraar

Het aantal verzekeraars dat in aanmerking komt voor de positie van leidende verzekeraar kan klein zijn.[18] Niet alle verzekeraars zullen immers bereid of in staat zijn om als leider op te treden. Toch is de selectie van de leider van groot belang voor de basisvoorwaarden van het coassurantiecontract. Zoals gezegd, is het namelijk

ONDER EMBARGO

14 Dit citaat is afkomstig van een respondent die werkzaam is bij een verzekeraar als commercieel manager en meer dan 10 jaar ervaring heeft. Respondenten hadden de mogelijkheid om een toelichting te geven bij hun antwoord op de vraag. Met 'Bipar' sluiten doelt hij – naar mijn inschatting – op de situatie dat een risico (nadat een leider is geselecteerd) wordt voorgelegd aan volgverzekeraars en deze niet automatisch de premie van de leider zullen ontvangen. Vgl. voor deze materie hierna onder 5.3.

15 Baarsma e.a. 2008, p. 20. Zie ook: Henley 2004, p. 117.

16 Baarsma e.a. 2008, p. 16. Over de mededingingsaspecten bij de schadeafwikkeling verwijs ik de lezer naar h. 8 van dit boek.

17 EY 2014, p. 121 rn. 346.

18 Baarsma e.a. 2008, p. 16 waar men noemt dat ongeveer tien verzekeraars wedijveren voor de positie van leider (maar dat per branche verschillend kan zijn).

gebruikelijk dat de leider de basis legt voor de verzekeringsovereenkomst en dat met hem de voorwaarden en de premie worden uit-onderhandeld.[19] Bovendien is de reputatie van de leidende verzekeraar van belang omdat de beslissing van de volgverzekeraars om mee te tekenen zal afhangen van de vraag welke verzekeraar als leider fungeert. Dat heeft ermee te maken dat in coassurantie de volgverzekeraars zich ertoe verbinden om de leider te volgen in diens beslissingen ten aanzien van bijvoorbeeld de schade-uitkering.[20] Het belang van de leidende verzekeraar komt ook naar voren in onderzoek van EY waaruit blijkt dat de selectie van de leider het moment van de totstandkomingsprocedure is waarop de meest intensieve onderhandelingen en mededinging tussen de verzekeraars plaatsvindt:

> 'Respondents agreed that the selection of the leader is where the main negotiation and competition takes place, and that this may involve more than one market, as brokers operate internationally and are able to take the same risk simultaneously to different markets in search of better terms'.[21]

De keuze welke verzekeraars geschikt zijn om door een makelaar te worden benaderd voor de positie van leider zal uiteindelijk ook een kwestie kunnen zijn van kennis en ervaring bij een makelaar van de (internationale) coassurantiemarkt.[22] Al met al zijn dus verschillende factoren van belang die een rol spelen bij de vraag welke verzekeraar als leider mag optreden. Gedacht kan worden aan de kennis van een verzekeraar, diens reputatie op de markt, zijn uitgebrachte bod of de wens van de klant. De vraag kan worden gesteld welke waarde nu wordt gehecht aan dergelijke factoren die bepalend zijn voor de selectie van een leidende verzekeraar. Ik heb dit aspect voorgelegd in het praktijkonderzoek.[23] De antwoorden zijn weergegeven in de appendix bij dit boek. Alle factoren blijken voor de respondenten van belang te zijn, waarbij de cijfers zeven tot en met 10 relatief het meest worden toegekend.[24] De cijfer zeven tot en met 10 worden relatief het meest toegekend. Wel lijken de criteria kennis, het bod (premie) en de reputatie een net wat grotere rol te spelen bij de selectie dan de andere criteria.[25]

ONDER EMBARGO

19 Londonck Sluijk 2017, p. 36.
20 In coassurantie is het gebruikelijk dat een volgbepaling wordt opgenomen in de verzekeringsovereenkomst waarmee volgverzekeraars zich contractueel ertoe verbinden de leidende verzekeraar te volgen in diens beslissingen. Zie uitvoerig daarover hoofdstuk 8 van dit boek.
21 EY 2014, p. 120 rn. 343.
22 EY 2014, p. 121 rn. 347.
23 Waarbij de precieze vraag als volgt luidde: Geef van de onderstaande factoren aan van hoe groot belang ze zijn bij het kiezen van de leidende verzekeraar: kennis aanwezig bij de verzekeraar (a), reputatie van de verzekeraar (b), het bod (premie) van de verzekeraar (c), financiële kredietwaardigheid/solvabiliteit van de verzekeraar (d), de wens van de verzekeringnemer/klant (e), de relatie/verhouding tussen de leider en de makelaar (f) en ervaringen uit het verleden (g). De respondenten konden kiezen uit de cijfers 1-10 (10 betekende de hoogste waarde op de schaal). Elk cijfer op de schaal 1 tot en met 10 mocht slechts een keer worden gegeven. Een vergelijkbare vraag is voorgelegd over de factoren op basis waarvan volgverzekeraars ervoor kiezen een leider te volgen. Omwille van de overzichtelijkheid heb ik ervoor gekozen de resultaten daarvan op te nemen in de appendix (zie bijlage II).
24 Ik teken daarbij aan dat de vraag mogelijk verkeerd is gesteld/geïnterpreteerd, omdat het voorkwam dat een factor meerdere keren werd gegeven terwijl het de bedoeling was dat ieder cijfer slechts één keer kon worden gegeven.
25 Als een ranking wordt gemaakt op basis van een optelsom van de toegekende cijfers per factor geeft dat het volgende resultaat: kennis (2067), het bod/premie (2010), reputatie (1927), ervaringen uit het verleden (1888), solvabiliteit & verhouding met de makelaar (beide 1828) en wens van de klant (1810). Zie voor de resultaten de appendix, onder II.

Het onderhandelen met leidende verzekeraars

Nadat een makelaar een keuze heeft gemaakt welke verzekeraar(s) hij zal benaderen om mee te dingen voor de positie van leider zal hij hen uitnodigen om een bod (gewenste premie en aandeel) uit te brengen.[26] Daarbij kan een makelaar al een indicatie geven van de premie die hij in gedachten heeft, waarop de verzekeraar dan kan reageren.[27] Een makelaar ontvangt en rangschikt de biedingen en zal naar aanleiding daarvan gaan onderhandelen met de potentiële leidende verzekeraars om de beste deal voor de klant te bereiken. In dit stadium kan overleg worden gevoerd tussen een klant (en/of zijn professionele risk manager), een makelaar en verzekeraars. Bijvoorbeeld als blijkt dat het risico wordt gekenmerkt door een grote schadelast of andere complexiteit, waarvoor aanvullende eisen worden gesteld. Met potentiële leidende verzekeraars zal ook worden besproken en/of onderhandeld tegen welke verzekeringsvoorwaarden het risico verzekerd zal worden. In de regel is het een makelaar die de voorwaarden voorstelt op basis waarvan hij het risico wenst onder te brengen.[28] Er zal worden onderhandeld tegen welke premie het risico wordt overgedragen, maar ook welk gedeelte van het risico de onderneming zelf blijft dragen.[29] Als een makelaar voldoende zekerheid heeft tegen welke premie en welke verzekeringsvoorwaarden hij het risico kan onderbrengen op de markt, zal hij overgaan tot het opstellen van een offerte voor de klant.[30] Deze offerte zal in het algemeen zijn gebaseerd op een van een potentiële leider ontvangen (positieve) reactie op de door een makelaar gesuggereerde dekking en premie.[31] Vervolgens worden de geselecteerde verzekeraars uitgenodigd om hierop een offerte uit te brengen met een gewenste premie en aandeel.[32] Door de hoogte van de premie zal een makelaar dan vanwege de gevoerde vooronderhandelingen en marktkennis niet worden verrast.[33] Welke verzekeraar als eerste verzekeraar mag optreden zal onder meer afhangen van een mix van kwaliteit en geboden prijs in de uitgebrachte

UNDER EMBARGO

26 Baarsma e.a. 2008, p. 21.

27 Dit is doorgaans het geval in een 'soft market' waarbij er veel aanbod is wat de prijzen drukt. In een 'hard market' is het aanbod beperkt en zullen de prijzen hoger zijn. Zie Europe Economics 2016a, p. 38 en Baarsma e.a. 2008, p. 21.

28 Dit kunnen standaard beurspolissen zijn of makelaarspolissen, die kunnen bestaan uit gestandaardiseerde voorwaarden. Ik geef een afzonderlijke bespreking van de mededingingsaspecten bij standaardpolisvoorwaarden in hoofdstuk 7 van dit boek.

29 EY 2014, p. 122, rn. 350: 'The most selected option for the four main subscription markets is that premiums are negotiated on the basis of pricing proposed by customer or broker (42%).' De vier grootste inschrijvingsmarkten betreffen Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk. Deze optie maakte onderdeel uit van de volgende antwoordmogelijkheden (zie p. 122, rn. 350): premiums are negotiated on the basis of quotes provided by (re)insurers, premiums are determined by lead insurer, premiums are negotiated on the basis of pricing proposed by customer or broker, premiums are determined through standard tariff rates, premiums are set by brokers, premiums are determined in other ways. Er wordt bij aangetekend dat: 'It should be stressed that several respondents considered that this question did not adequately reflect the complexity of the competitive process by which the leader's premium was determined.'

30 Van Velzen 2017, p. 18.

31 Uit het onderzoek van EY 2014, p. 133, rn. 377, blijkt dat de premie in de vier grootste coassurantiemarkten (Duitsland, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk) in de meeste gevallen door de makelaar en de klant wordt voorgesteld aan de verzekeraars met wie daarover vervolgens wordt onderhandeld.

32 Ik wijs erop dat het in dit stadium mogelijk is dat de makelaar in de verstrekte informatie een indicatie geeft van de maximale premie die de klant wenst te betalen. Dit geeft dan voor de inschrijvers aan tot welk maximum zij in hun biedingen kunnen gaan.

33 Van Velzen 2017, p. 19. Hij stelt daarbij (in voetnoot 31 van zijn bijdrage in de bundel) dat als dat anders is, dat kan betekenen dat de makelaar terug moet naar zijn klant omdat de premiehoogte niet meer correspondeert met die uit de offerte.

offerte. Wanneer een makelaar met de leider een deal heeft bereikt om voor een bepaald aandeel te tekenen, is het zaak om de polis verder vol te krijgen.[34] Dat brengt mij tot de bespreking van de hierboven aangeduide tweede fase in de onderhandelingsprocedure: het benaderen van de volgverzekeraars.

5.2.1.3 Het benaderen van volgverzekeraars

Een verzekeringspolis zou – theoretisch gezien – al vol kunnen worden getekend door de verschillende offertes naast elkaar te leggen en daar 100% van te maken (tegen een met de verzekeraars uit onderhandelde prijs). Lukt dat niet, dan zal een makelaar aanvullende verzekeringscapaciteit moeten zoeken.[35] Hij kan daarvoor een tweede '*tender*' uitschrijven. Het aandeel en de voorwaarden van de leider liggen dan dus al vast. Het komt erop neer dat de makelaar na een goede marktverkenning en in overleg met de klant 'de rest' van de markt benadert.[36]

De rest van de markt kan worden verdeeld in de volgende groepen: (a) de verzekeraars die zijn afgevallen in de eerste selectieronde voor de leidende verzekeraar, (b) de (leidende) verzekeraars die niet hebben deelgenomen in de eerste selectieronde maar daar wel voor in aanmerking hadden kunnen komen en (c) de volgende verzekeraars die niet de kennis in huis hebben om als leidende verzekeraar op te treden.[37] De groep van (potentiële) volgende verzekeraars is (dus) groter dan de groep van verzekeraars die meedongen naar de positie van leider.

Voor de hand ligt dat de makelaar in eerste instantie groep (a), de in de selectieronde voor leidende verzekeraar afgevallen verzekeraars, zal benaderen om alsnog mee te tekenen.[38] Dat kan inhouden dat die verzekeraars bereid moeten zijn om akkoord te gaan met het bod van de leider. Zij zouden dan hun oorspronkelijke bod (wellicht nog verder) naar beneden bij dienen te stellen. Komt de makelaar hierna nog steeds verzekeringscapaciteit tekort dan kan hij genoodzaakt zijn om de verzekeraars in de categorieën (b) en/of (c) te benaderen. Deze verzekeraars zien het risico in principe dus voor het eerst. Verschillende scenario's kunnen zich dan voordoen.[39] In de eerste plaats kan het voorkomen dat de volgverzekeraars akkoord gaan met het bod van de leidende verzekeraar en op diens offerte inschrijven/mee tekenen. Alsdan wordt er met de volgers niet meer afzonderlijk onderhandeld. Maar het kan ook zijn dat een makelaar wel met volgverzekeraars afzonderlijk onderhandelt en de volgverzekeraars inschrijven op basis van een zelfstandige premie (en/of andere voorwaarden). Beide mogelijkheden bespreek ik hieronder.

UNDER EMBARGO

34 Dat is niet nodig als de leider voor 100% het risico zal verzekeren.
35 Dat is niet het geval als het risico voor 100% bij één verzekeringsmaatschappij wordt ondergebracht. Alsdan is er ook geen sprake van een leider en volger structuur.
36 Baarsma e.a. 2008, p. 21.
37 Baarsma e.a. 2008, p. 16 en EY 2014, p. 124, rn. 357.
38 EY 2014, p. 124, rn. 357.
39 Vgl. COM(2007) final, commission staff working document SEC (2007) 1231, p. 25-26.

1. Volgverzekeraars tekenen in coassurantie op basis van de offerte (premie) van een leidende verzekeraar

Uit het onderzoek van EY blijkt dat in de praktijk de premie van de leider door de volgers wordt gevolgd.[40] De volgers ontvangen dan (pro rata; evenredig met hun aandeel in het risico) dezelfde premie als de leider.[41] Dit is in lijn met eerder onderzoek dat is uitgevoerd door SEO naar de Nederlandse coassurantiemarkt. Daarin wordt geconcludeerd dat:

> 'In essence, the current market practice is for the broker to present the contract agreed between the customer and the leader to the followers, and for the followers to either accept or decline to take a share of the risk on the same terms and conditions (including price) as the leader.'[42]

Tot dezelfde bevinding komt Europe Economics in haar onderzoek naar samenwerkingsvormen op de coassurantiemarkt dat is uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie:

> 'Most frequently, the premium charged is uniform across all participating insurers. Such an outcome is mainly due to the costs and expertise limitations implied in case followers, particularly small underwriters, had to calculate the premiums themselves.'[43]

Uit bovenstaande onderzoeken blijkt (dus) dat de volgers wordt gevraagd om het risico te accepteren tegen dezelfde premie en voorwaarden als die zijn bedongen met een leidende verzekeraar.[44] Zoals gezegd, kan dit betekenen dat verzekeraars die betrokken waren in de selectieronde voor de positie van leider hun oorspronkelijke bod naar beneden dienen bij te stellen. De volgers zullen in ieder geval op de hoogte moeten worden gesteld van de risico-inschatting die gemaakt is door een leider, en van zijn prijs.[45] Deze praktijk wordt door de Europese Commissie aangeduid als 'harmonization of premiums.'[46] Ik duid hierna deze praktijk waarbij de verzekeraars in coassurantie dezelfde (weliswaar evenredig met hun aandeel in het desbetreffende risico) premie ontvangen aan als 'premieharmonisatie'.

Behalve het onderzoek van SEO zien bovenstaande onderzoeken echter niet specifiek op de Nederlandse coassurantiemarkt. Gelet op het feit dat het onderzoek van SEO dateert uit 2008 heb ik in het praktijkonderzoek dit aspect van premieharmonisatie tussen de leidende verzekeraar en de volgende verzekeraars bij coassurantie bevraagd. De vraag daarover luidde als volgt:

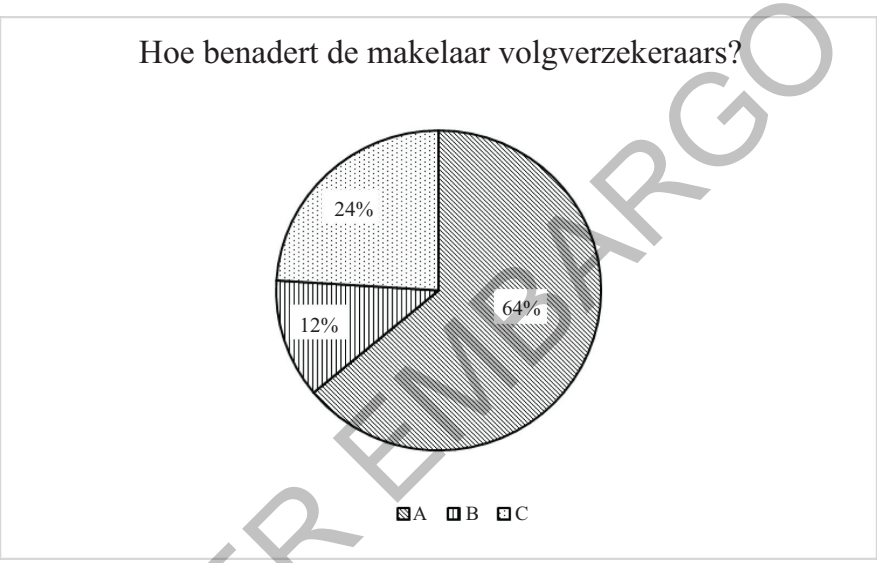
ONDER EMBARGO

40 EY 2014, p. 128, rn. 365. Zie ook: COM (2007) 556 def, rn. 14 en BISI 2007 staff working document, p. 26 en p. 36.
41 Europe Economics 2016a, p. 85.
42 Baarsma e.a. 2008, p. 21.
43 Europe Economics 2016a, p. 85.
44 EY 2014, p. 123, rn. 355.
45 Baarsma e.a. 2008, p. 21; EY 2014, p. 123-124, rn. 356.
46 BISI 2007 staff working document, p. 31.

Op welke manier benadert de makelaar de volgers om mee te tekenen?

A. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen tegen dezelfde premie en voorwaarden als bedongen met de leider. Hij gaat niet meer afzonderlijk onderhandelen met de volgers.
B. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen en hij onderhandelt met hen afzonderlijk over de premie en de voorwaarden waartegen zij het risico wensen te verzekeren.
C. Anders, namelijk

In figuur 5.1 zijn de resultaten weergegeven.



Figuur 5.1

Zoals figuur 5.1 illustreert, werd optie A het meest gekozen.[47] Dat betekent dat in de praktijk in het merendeel van de gevallen een makelaar de volgverzekeraars zal benaderen om mee te tekenen op basis van dezelfde premie en voorwaarden als bedongen met de leidende verzekeraar. Hij treedt dus niet meer afzonderlijk met hen in onderhandeling. Deze bevinding ondersteunt dus de eerder gepresenteerde onderzoeksresultaten van EY, SEO en Europe Economics. Opmerkelijk is dat 24% van de respondenten heeft gekozen voor optie C, "de situatie in de praktijk is anders". De door hen daarbij gegeven toelichting kwam evenwel op hetzelfde neer: aangegeven werd dat in de praktijk de onder A en B genoemde situaties vaak een mix of combinatie zullen zijn. Optie A zou dan als uitgangspunt worden gehanteerd maar als het op die basis niet mogelijk blijkt te zijn het risico vol te tekenen (wat bijvoorbeeld het geval kan zijn bij capaciteitsproblemen) wordt juist uitgeweken naar optie B. De situatie genoemd onder B werd door de

47 Het aantal respondenten was 243. Optie A werd 156 keer gekozen. Optie B, 29, en optie C 58 keer.

ONDER EMBARGO

respondenten aangeduid als een 'Bipar-polis'.[48] Een makelaar, die heeft gekozen voor optie C, geeft het als volgt weer:

> *'Feitelijk een mix van de twee bovenstaande opties [A en B, GTB]. De makelaar benadert diverse verzekeraars die allen een offerte doen. Op basis van de ontvangen offertes kiest de makelaar een leidende verzekeraar en probeert op basis van de offerte van de leidende verzekeraar tot 100 % dekking te komen. Veelal lukt dit op basis [van, GTB] onderhandelen met de overige verzekeraars die een offerte hebben gedaan. Lukt het niet om op basis van de offerte van de leider tot 100 % dekking te komen dan kan de makelaar nog meerdere volgverzekeraars benaderen. Lukt het dan nog niet tot 100 % dekking te komen dan wordt er een zgn. Bipar polis gesloten.'*

Ook verzekeraars gaven aan dat:

> *'Uitgangspunt is de uitnodiging om mee te tekenen tegen dezelfde premie en voorwaarden. Mocht er niet voldoende capaciteit beschikbaar zijn dan wordt er ook Bipar gesloten, dus met bijvoorbeeld een hogere premie voor enkele volgverzekeraars.'*

> *"Meestal wordt het voorstel van de bovenstaande ook voorgelegd aan de volg verzekeraars, maar als er weinig capaciteit is voor het risico kan het zijn dat de makelaar ook dient te onderhandelen over premie en condities met de volg verzekeraars"*

Volgens deze respondenten is dus de basis bij de verzekering in coassurantie om op basis van de offerte van de leider tot 100% dekking te komen. Ook andere respondenten waren deze mening toegedaan. De procedure komt er dan op neer dat wordt onderhandeld met de overige verzekeraars die een offerte hebben ingediend (maar niet als leider zijn gekozen). Dit is de groep van verzekeraars die wel in aanmerking kwamen voor de positie van leider maar die positie uiteindelijk niet hebben gekregen. Met deze groep kan de makelaar onderhandelen over de premie waartegen zij het risico willen verzekeren. Naar de mening van de respondent wordt het sluiten van een 'Bipar' polis – waarbij iedere verzekeraar zijn eigen premie ontvangt – gereserveerd voor de situatie waarin het een makelaar niet lukt om volledige dekking te verkrijgen op basis van de offerte van de leider. Daarbij kan het dus wel zo zijn dat volgverzekeraars een hogere premie ontvangen dan het geval is bij tekenen tegen uniforme premie en voorwaarden.

Hoe wordt de premie bepaald in het onderhandelingsproces bij coassurantie?

Een vervolgvraag die in het praktijkonderzoek werd gesteld en die op deze plaats goed is om te vermelden, is welke partij nu eigenlijk de premie bepaalt in het onderhandelingsproces bij coassurantie. Zoals ik hierboven constateerde, kan de premie die een leidende verzekeraar ontvangt richtinggevend zijn voor de premie die de volgverzekeraars ontvangen. Relevant is daarom de vraag hoe de premie tussen de makelaar en de leidende verzekeraar wordt bepaald. Er zijn wat dat betreft verschillende mogelijkheden. Zo zou de makelaar of de leidende verzekeraar de premie kunnen bepalen of wordt deze gezamenlijk vastgesteld

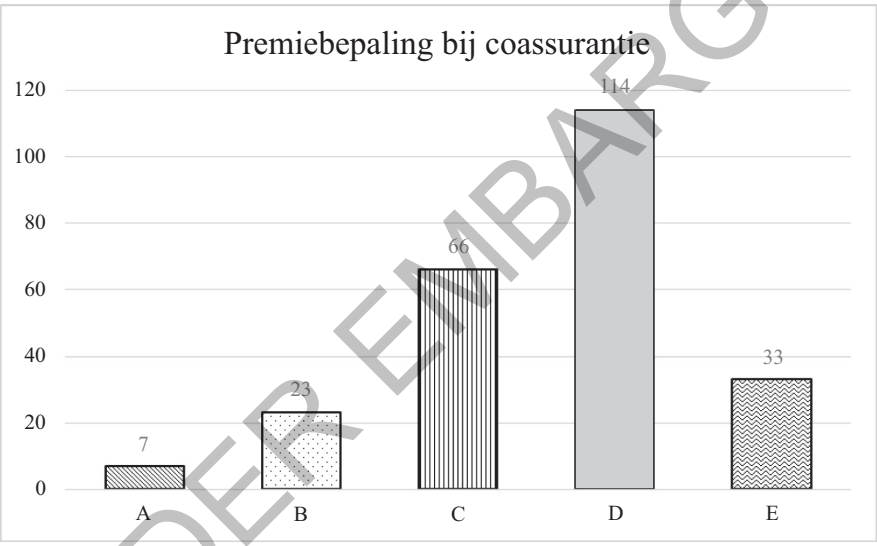
48 Ik teken hierbij aan dat naar het sluiten van een 'Bipar' polis ook werd gerefereerd door de respondent waarvan ik een citaat opnam in par. 5.2.1.1. Ik kom op de 'Bipar' zelfregulering terug in par. 5.3.

ONDER EMBARGO

door onderhandelingen. Alsdan kan de vraag worden gesteld of een makelaar of een leidende verzekeraar het eerste premievoorstel doet. Bovenstaande mogelijkheden zijn in het praktijkonderzoek op de volgende wijze voorgelegd:

Wie bepaalt bij het verzekeren in coassurantie de premie?

A. De makelaar bepaalt de (maximale) premie
B. De leidende verzekeraar bepaalt de premie
C. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de makelaar doet het eerste premievoorstel, de leidende verzekeraar(s) reageert/reageren daar weer op
D. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de leidende verzekeraar(s) doen het eerste premievoorstel, de makelaar reageert daar weer op
E. Anders namelijk



Figuur 5.2

Figuur 5.2 geeft een overzicht van de gegeven antwoorden.

Uit de figuur blijkt dat de opties C en D het meest werden gekozen. In die antwoordmogelijkheden stond het onderhandelen tussen een makelaar en verzekeraars centraal. Dit lijkt een logisch te verwachten resultaat omdat coassurantie immers een context is waarbij gebruikelijk is dat wordt onderhandeld over het te verzekeren risico. Van de respondenten die deze vraag hebben beantwoord, geeft de meerderheid (114 respondenten) aan dat de leidende verzekeraar een eerste premievoorstel doet, waarop de makelaar dan reageert. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat in de praktijk een makelaar in eerste instantie de verzekeraars zal uitnodigen om een inschrijving te doen die voor de makelaar het vertrekpunt is om verder te gaan onderhandelen. De vraag die opkomt, is of samenhang bestaat tussen de gekozen optie en de organisatie waar een respondent werkzaam is (makelaar of verzekeraar). Het blijkt echter niet zo te zijn dat respondenten die bij een verzekeraar werken eerder geneigd zijn om te kiezen voor optie D (en omgekeerd: makelaars voor optie

ONDER EMBARGO

C). Ten opzichte van de opties A (7 keer) en B (23 keer) werd optie E (met 33 keer) relatief vaak gekozen. Uit de toelichting die door deze respondenten werd gegeven blijkt dat zij menen dat optie C en D elkaar niet uitsluiten maar allebei kunnen voorkomen bij de verzekering in coassurantie. Met andere woorden: bij de onderhandelingen over de premie kunnen, afhankelijk van de specifieke situatie, zowel de makelaar als de leidende verzekeraar een eerste (premie)voorstel doen.

2. Met volgverzekeraars vinden afzonderlijke onderhandelingen plaats

De tweede mogelijkheid die zich kan voordoen bij het benaderen van de volgverzekeraars door een makelaar is dat er met hen afzonderlijk wordt onderhandeld. Zoals figuur 5.2 liet zien, komt deze situatie bij de verzekering in coassurantie óók voor. Hoewel de voorwaarden waartegen de volgers tekenen in het algemeen hetzelfde zijn voor de leider en de volgers, hoeft dat niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn voor de premie.[49] In principe staat het de volgverzekeraars immers vrij om een eigen premie te bedingen die verschillend is van die van de leider.[50] Of volgverzekeraars die ruimte krijgen zal (in ieder geval) afhangen van de concurrentie die in een concreet geval bestaat voor de positie van leider alsmede de (concurrentie)druk die de makelaar op volgverzekeraars kan en zal uitoefenen. Uit het praktijkonderzoek blijkt dat een makelaar in de situatie dat het hem niet gelukt is om het risico volledig te verzekeren op basis van de offerte van de leider, hij volgverzekeraars kan benaderen om tegen een zelfstandige premie mee te tekenen. Voorstelbaar is dat dit zich (eerder) voordoet in een 'hardere' markt die wordt gekenmerkt door een tekort aan verzekeringscapaciteit.[51] In een dergelijke marktsituatie waarin er kort gezegd meer vraag is naar verzekeringen dan beschikbare capaciteit zullen de prijzen (premies) hoger liggen dan in een 'soft market' waarin het aanbod groter is dan de vraag naar verzekeringsdiensten.[52] Wanneer een makelaar volgverzekeraars vraagt om zelfstandig een offerte uit te brengen en mee te tekenen op basis van een eigen premie kan hij op basis daarvan afzonderlijke onderhandelingen voeren. Dit heeft als resultaat dat iedere verzekeraar een premie ontvangt waarover hij afzonderlijk met de makelaar heeft onderhandeld. Door de respondenten in het praktijkonderzoek, als hiervoor al gememoreerd, wordt dit aangeduid als het sluiten van een 'Bipar-polis'.

5.2.1.4 Tussenconclusie

Hierboven besprak ik hoe de onderhandelingsprocedure bij coassurantie verloopt. Kort gezegd, wordt eerst een leidende verzekeraar geselecteerd die voor een bepaald gedeelte tekent waarna voor zover dat noodzakelijk is, volgverzekeraars (dat kunnen afgevallen leiders zijn) worden benaderd om op basis van de met de leider uit-onderhandelde voorwaarden mee te tekenen. In de praktijk, zo

49 EY 2014, p. 123 rn. 355.
50 EY 2014, p. 128 rn. 365.
51 Vgl. het citaat dat is opgenomen onder par. 5.2.1.1 van dit boek.
52 Dit is een abstracte aanname die ceteris paribus wordt gedaan en uiteraard afhankelijk is van marktontwikkelingen.

ONDER EMBARGO

leert ook het praktijkonderzoek, moeten beide fases (selectie leider en selectie volgers) niet zo strikt van elkaar worden gescheiden. Het kan ook voorkomen dat de volgverzekeraars al eerder in de totstandkomingsfase worden betrokken en dat een makelaar pas een offerte voor de klant opstelt nadat hij zekerheid heeft dat het risico voor 100% kan worden geplaatst. Uit de bevindingen die in deze paragraaf zijn gepresenteerd blijkt evenwel dat het gebruikelijk is dat een makelaar de volgverzekeraars zal benaderen om mee te tekenen op basis van de voorwaarden en de premie die hij heeft bedongen met de leider. Dit bevestigt de resultaten van eerdere onderzoeken naar coassurantie die zijn uitgevoerd door onder meer de Europese Commissie, SEO, EY en Europe Economics. Uit par. 5.2.1 blijkt dat wanneer het niet lukt om de polis tegen een met de verzekeraars uit-onderhandelde prijs rond te krijgen, dan kan volgverzekeraars worden gevraagd om tegen een zelfstandig te bieden premie mee te tekenen (ook wel aangeduid als 'Bipar-polis').

Een andere manier waarop een verzekering in coassurantie tot stand kan komen, is de zogenoemde aanbestedingsprocedure. Hoe deze procedure verloopt, bespreek ik in de volgende paragraaf.

5.2.2 Beschrijving van de aanbestedingsprocedure bij coassurantie

Het komt (dus) tevens voor dat een verzekeringsovereenkomst wordt gesloten door middel van een aanbesteding. Dit is bijvoorbeeld het geval voor gemeentelijke brandverzekeringen. Overheidsinstellingen zijn namelijk verplicht om hun verzekeringsdiensten conform een aanbestedingsprocedure in te kopen. Aanbesteding is veelal wettelijk verplicht, maar zij kan evenzeer voortvloeien uit een vrijwillige keuze van een onderneming.[53] De reden waarom ik hier afzonderlijk aandacht aan besteed is dat het sluiten van een verzekering in coassurantie anders verloopt als sprake is van aanbesteding. Dit heeft ook gevolgen voor de mededingingsaspecten van de totstandkomingsprocedures bij coassurantie. In deze paragraaf geef ik een (beknopte) beschrijving van de aanbestedingsprocedure bij coassurantie.[54] Ik geef eerst een kort algemeen kader (par. 5.2.2.1), waarna ik de te volgen aanbestedingsprocedures (par. 5.2.2.2) behandel. Tot slot geef ik – ook hier – enkele praktijkbevindingen weer (par. 5.2.2.3).

ONDER EMBARGO

53 Ik bespreek de aanbestedingsprocedure ook in het kader van dit hoofdstuk omdat het een van de manieren is waarop een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie tot stand kan komen. Een uitvoerige bespreking van de achtergrond en inhoud van het aanbestedingsrecht valt buiten het bestek van dit boek. Daarvoor verwijs ik de lezer graag naar het (uitvoerige) handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht door Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys. Specifiek over aanbesteding en verzekering is ook P. Glazener, 'Verzekeringsdiensten en Europees aanbestedingsrecht', *Het Verzekerings-Archief,* 1997/82, p. 72-77 en H.J. van der Horst, 'Aanbesteding van verzekeringen', *Het Verzekerings-Archief,* 2011/2, p. 54 e.v.

54 De bespreking van de aanbestedingsprocedure is beknopt(er) omdat de onderhandelingsprocedure vaker voorkomt. Omdat aanbesteding voorkomt bij de verzekering in coassurantie en deze procedure raakvlakken heeft met het mededingingsrecht, besteed ik in het kader van dit hoofdstuk hier ook enige aandacht aan.

5.2.2.1 Verloop van de aanbestedingsprocedure

Wat houdt de aanbesteding van verzekeringen in? Het gaat om een procedure die wettelijk verplicht is gesteld voor de verzekering van bepaalde overheidsdiensten.[55] Op grond van het aanbestedingsrecht zijn bepaalde bedrijven of instanties (de zogenoemde aanbestedende diensten) verplicht om de inkoop van een verzekering (de verzekeringspolis) of verzekeringsdiensten (zoals een makelaars of bemiddelingsdienst) aan te besteden. Zo is aanbesteden voor de overheid de voorgeschreven wijze waarop zij opdrachten in de markt moeten zetten. Dergelijke (overheids)instanties zijn op grond van het Nederlandse of Europese aanbestedingsrecht 'aanbestedingsplichtig'. Er bestaat een Europese aanbestedingsplicht bij overschrijding van een bepaald drempelbedrag.[56] Het gaat dan om de totale geraamde waarde van de verzekeringskosten per contractperiode (premie maar ook taxatie of advieskosten).[57] Indien de (geschatte) beloning van de makelaar ook boven het Europese drempelbedrag uitkomt, moet de makelaarsdienst eveneens worden aanbesteed. Hoe verloopt dan een aanbesteding?

Bij een aanbestedingsprocedure is het nodig dat er een *verzekeringsbestek* wordt opgesteld waarin de verzekeringsopdracht is omschreven en de gehanteerde gunningscriteria[58] worden uiteengezet. Dit gebeurt meestal door de makelaar. In het bestek worden bovendien de aard, de omvang en de specifieke kenmerken van het te verzekeren risico beschreven. Ook worden eisen neergelegd ten aanzien van kredietwaardigheid en expertise van een verzekeraar die wil inschrijven op de opdracht.

Nadat het bestek is opgesteld, wordt een *tender of inschrijvingsronde* uitgezet.[59] Deze kan openbaar of niet-openbaar zijn.[60] Van belang is dat bij de aanbestedingsprocedures niet door de makelaar met de inschrijvende verzekeraars mag worden onderhandeld. Gunning zal plaatsvinden door de makelaar in overleg met de aanbestedende dienst. Hierbij is het van groot belang dat wordt vermeld waarom de opdracht wel of niet wordt gegund aan de inschrijvers. De afgewezen verzekeraars moeten namelijk, vanwege de transparantie van het proces en het gelijkwaardigheidsbeginsel, op de hoogte worden gesteld van de relatieve voordelen van de winnaar. De achtergrond van deze (uitgebreide) motiveringsplicht is dat de verzekeraars moeten kunnen verifiëren of de aanbestedingsregels goed zijn toegepast.

UNDER EMBARGO

55 Voor een uitvoerige bespreking van het aanbestedingsrecht verwijs ik naar het handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht door Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2009. Zie ook: H.J. van der Horst, 'Aanbesteding van verzekeringen', *Het Verzekerings-Archief* 2011/2, p. 54.

56 Artikel 4, Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. De daarin genoemde drempelbedragen zijn 134.000 euro voor centrale overheidsinstanties en 207.000 euro voor decentrale overheid/semi-publieke instellingen. Deze richtlijn is geïmplementeerd in de Nederlandse Aanbestedingswet.

57 Zie artikel 2.17 sub a Aanbestedingswet 2012.

58 Doorgaans wordt het criterium laagste prijs gebruikt voor opdrachten die niet al te complex zijn en nauwkeurig zijn gespecificeerd. Het criterium beste prijs-kwaliteit biedt meer ruimte voor het aanbesteden van complexere verzekeringsdiensten omdat daarin meerdere belangen kunnen worden meegewogen.

59 Dit gebeurt bijvoorbeeld op Tender Electronic Daily (TED) of aanbestedingskalender.nl.

60 Zoals de naam doet vermoeden is een openbare procedure een procedure waarbij iedereen kan inschrijven. Bij een niet-openbare procedure vindt er, door de makelaar, een voorselectie plaats. Ik kom daarop terug in par. 5.2.2.2.

Illustratief voor het verloop van een aanbestedingsprocedure en de (juiste) toepassing van de aanbestedingsregels is de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 3 februari 2012. De casus ziet op een door Gemeente Lingewaard uitgeschreven aanbesteding voor de inkoop van een uitgebreide gevarenverzekering voor de periode 2012-2016 bij één verzekeraar of een combinatie van leidende en volgende verzekeraars.[61] De aanbesteding werd in opdracht van de Gemeente Lingewaard uitgevoerd door Meijers Assurantiën B.V. (hierna: Meijers) te Amsterdam. In de Selectieleidraad Gemeente Lingewaard (hierna: de selectieleidraad) van de aanbestedingsprocedure staat onder meer vermeld dat het een niet-openbare procedure betreft – op deze procedure kom ik terug in de volgende paragraaf – met een voorselectiefase volgens het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (Bao).[62] In het programma van eisen en wensen (waarin de gunningscriteria zijn bepaald) stonden ter vaststelling van de economisch meest gunstige inschrijving (EMVI) twee gunningscriteria vermeld: de laagste totale jaarpremie en de kwaliteit van de dienstverlening.[63] In het programma van eisen en wensen was onder het kopje 'Administratieve afwikkeling' bepaald dat een gegadigde verzekeraar aangesloten dient te zijn bij e-ABS ten behoeve van een efficiënte en correcte premieafwikkeling, schaderegistratie en schadeafwikkeling. Indien een gegadigde verzekeraar hieraan voldeed, ontving hij tien punten en anders geen. Tevens is relevant dat in het programma van eisen en wensen was bepaald dat:

> 'Indien de inschrijver met de EMVI een inschrijving heeft gedaan voor 100% van de aanbestede verzekering, dan wordt de opdracht middels Meijers als intermediair voor 100% (voorlopig) aan deze inschrijvende verzekeraar gegund. In dat geval vallen alle andere inschrijvers direct af, daar er (voorlopig) geen noodzaak meer bestaat tot coassurantie'.[64]

Raetshagen, actief als gevolmachtigd agent van diverse verzekeraars, heeft voor 100% inschreven op de aanbesteding. Alhoewel zij alle punten scoorde op het onderdeel laagste totale jaarpremie werd haar inschrijving niet geschikt en ongeldig verklaard, onder meer vanwege het ontbreken van (de juiste) financiële geschiktheidseis/rating en de vertegenwoordigheidsbevoegdheid. In geschil was daarmee de geldigheid van de inschrijving van Raetshagen als gevolmachtigde van diverse verzekeraars en het feit dat de opdracht niet aan haar maar aan andere gegadigde verzekeraars (Aegon, Delta Lloyd, Allianz en Generali) was gegund. De beoordeling door de rechtbank is als volgt:

> '4.5. In wezen draait dit kort geding om de vraag of de Gemeente had moeten begrijpen dat Raetshagen niet als hoofdaannemer met onderaannemers heeft ingeschreven, maar als gevolmachtigd agent van een aantal verzekeraars. Voorop gesteld moet worden dat veel verzekeraars gebruikmaken van gevolmachtigd agenten. Dat is een volstrekt gebruikelijk

ONDER EMBARGO

61 Rb. Arnhem, 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312, rn. 2.1.
62 Rb. Arnhem, 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312, rn. 2.2. Het Bao is met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet per 1 april 2013 vervallen, zie art. 4.30 van de Aanbestedingswet voor de overgangsbepalingen.
63 De inschrijver met de laagste premie kon 70 punten scoren waarbij gold dat bij de overige inschrijvers proportioneel punten in mindering worden gebracht op basis van de formule 'premie laagste inschrijver/uw premie x 70 punten (zie rn. 2.4 van de uitspraak).Voor het gunningcriterium Kwaliteit dienstverlening konden in totaal 30 punten worden behaald (rn. 2.5 van de uitspraak).
64 Rb. Arnhem, 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312, rn. 2.6

verschijnsel in de verzekeringsbranche. Het lijdt geen twijfel dat Meijers, van wie Raetshagen onweersproken heeft gesteld dat zij ook zelf als gevolmachtigd agent werkzaam is, daarvan op de hoogte is. Aangezien de Gemeente Meijers heeft ingeschakeld om de aanbesteding voor haar uit te voeren, moet de wetenschap van Meijers aan de Gemeente worden toegerekend. De gemeente diende er aldus op bedacht te zijn dat gevolmachtigd agenten (namens verzekeraars) zouden inschrijven.

4.6. Dit brengt mee dat als de Gemeente dat niet wilde zij juist vanwege het wijdverbreide gebruik van gevolmachtigd agenten in de branche, in de aanbestedingsstukken de inschrijving door gevolmachtigd agenten uitdrukkelijk had moeten uitsluiten. De Gemeente heeft dat niet gedaan. Overigens heeft zij ter zitting ook niet duidelijk gemaakt waarom het voor haar van belang is dat zij niet met gevolmachtigd agenten te maken krijgt.

(…)

Aangenomen moet verder worden dat de Gemeente, via Meijers, begrepen moet hebben dat Raetshagen als gevolmachtigd agent namens de door haar genoemde verzekeraars inschreef. Dat Raetshagen als gevolmachtigd agent heeft ingeschreven blijkt namelijk voldoende duidelijk uit de inhoud van de door Raetshagen ingevulde Modelverklaring onderaanneming:

'Hoofdaannemer/Raetshagen Assuradeuren, oefent het verzekeringsbedrijf uit namens de onderaannemers. De risico zoals verzekerd onder de polis wordt gedragen door de onderaannemers/volmachtgever. De overeenkomst wordt voor risico en rekening van bovenstaande onderaannemers gesloten'.

(…)

4.8. Gelet op het hiervoor overwogene had de Gemeente ondanks het gebruik door Raetshagen van de termen hoofdaannemer en onderaannemers in de aanmeldingsformulieren, de aanmelding van Raetshagen niet anders mogen opvatten dan als een inschrijving van Raetshagen als gevolmachtigd verzekeringsagent.'

De rechter verbiedt de gemeente over te gaan tot gunning van de onderhavige opdracht aan Aegon, Delta Lloyd, Allianz en Generali, en beveelt haar om, indien zij tot gunning van de onderhavige opdracht wenst over te gaan, de inschrijving van Raetshagen namens haar volmachtgevers geldig te verklaren en de onderhavige opdracht te gunnen aan geen ander dan aan Raetshagen.[65] De uitspraak maakt duidelijk dat in het verzekeringsbestek (programma van eisen en wensen) helder de selectie- en gunningscriteria uiteengezet moeten worden. Een geldige inschrijving, ook wanneer deze is gedaan door een gevolmachtigde van meerdere verzekeraars, kan niet achteraf door de aanbestedende dienst worden geweigerd als niet van te voren duidelijk is gemaakt waarom deze niet mee zou mogen doen. In de uitspraak ging het om een niet-openbare aanbestedingsprocedure. Wat deze procedure onderscheidt van andere aanbestedingsprocedures bespreek ik in de volgende paragraaf.

65 Rb. Arnhem, 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312, rn. 5.1-5.2.

ONDER EMBARGO

5.2.2.2 De verschillende aanbestedingsprocedures

Ik behandel in deze paragraaf drie soorten aanbestedingsprocedures die kunnen worden gebruikt voor het sluiten van een verzekering in coassurantie. Achtereenvolgens wordt de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de mededingingsprocedure met onderhandelingen besproken.

De openbare aanbestedingsprocedure

De openbare procedure is een aanbestedingsprocedure in één ronde. Deze wordt algemeen bekendgemaakt en iedere geïnteresseerde aanbieder kan deelnemen.[66] De verzekeringsdienst wordt aangekondigd en de verzekeraars worden in één ronde uitgenodigd om een bod uit te brengen. Daarbij kan het zo zijn dat een verzekeraar wordt gevraagd om aan te geven welke positie (leider of volger) hij wil op het contract, waardoor er differentiatie in de te bieden premie mogelijk is.[67] In het rapport van Tilec naar coassurantie vanuit speltheoretisch perspectief, uitgevoerd in opdracht van de NMa (thans: ACM), wordt gesteld dat het redelijk is om het verschil tussen de leider en de volgers in een procedure in één ronde te verwaarlozen omdat in de praktijk aanbestedingen voorkomen waarin het onderscheid naar positie niet gevraagd wordt, de verzekeraars de gewenste rol niet aangeven of de verzekeraars slechts op basis van prijs worden geselecteerd.[68] Theoretisch gezien zal een verzekeraar dan een bod uitbrengen met een premiepercentage dat voor beide rollen (leider als volger) relevant is.[69] Dit is een theoretische aanname, maar in ieder geval zal de makelaar, nadat hij de inschrijvingen heeft ontvangen en de termijn is gesloten, bepalen wie de winnaars zijn en wat hun aandeel is in het risico. De toewijzing kan, zo wordt gesteld in het Tilec onderzoek, gezien worden als een 'discriminatory "pay as bid" veiling': iedere verzekeraar krijgt de premie die hij heeft geboden, toegekend en er is geen sprake van uniformering van de premie.[70]

De niet-openbare aanbestedingsprocedure

Een andere procedure die kan worden gebruikt is de niet-openbare aanbestedingsprocedure. Dit is een procedure in twee rondes.[71] In de eerste ronde kan iedere geïnteresseerde aanbieder zich als gegadigde melden en in de tweede ronde, de eigenlijke inschrijving, worden alleen die gegadigden toegelaten die voldoen aan de door de aanbesteder gestelde selectiecriteria.[72] Pas in het kader van de

66 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 183.
67 J. Boone e.a. *Coassurantie vanuit speltheoretisch perspectief (onderzoeksrapport in opdracht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit)*. Tilburg: Tilec 2012, p. 21 (hierna: Boone e.a. 2012). Het zou ook mogelijk kunnen zijn dat een verzekeraar per fractie van het risico dat hij krijgt toegewezen, een bepaalde premie biedt. Dan is een verzekeraar bereid een hoger aandeel te nemen als daar een hogere premie tegenover staat. Zie Boone e.a. 2011, p. 21 en 22 waar wordt vermeld dat dit door sommige makelaars in de praktijk wordt gehanteerd.
68 Boone e.a. 2012, p. 21.
69 Boone e.a. 2012, p. 21.
70 Boone e.a. 2012, p. 20.
71 Boone e.a. 2012, p. 24.
72 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 184.

ONDER EMBARGO

inschrijving (dus na de selectiefase) wordt door een inschrijver aangegeven of hij leidend, volgend of leidend en volgend wil zijn.[73] In de praktijk kan het ook zo zijn dat in de eerste ronde alleen een bod wordt uitgebracht door de potentiële leiders en in een tweede ronde aan de volgers wordt gevraagd om in te schrijven.[74] Evenals bij de in par. 5.2.2 beschreven procedure geldt dat pas wordt toegekomen aan de tweede ronde wanneer er in de eerste ronde onvoldoende capaciteit is verkregen. De verzekeraars die als volgers worden uitgenodigd om een bod uit te brengen in de tweede ronde worden in het algemeen op de hoogte gesteld van de naam, capaciteit en premie van de leidende verzekeraar.[75] De volgers zullen in principe een bod dienen uit te brengen waarbij de premie niet hoger is dan die van de leider.[76] Deze praktijk stemt (dus) ook overeen met die welke wordt gevolgd bij de in par. 5.2.2 beschreven onderhandelingsprocedure. Ik merk hierbij op dat de aanbestedingsprocedure in twee rondes moet worden onderscheiden van de zogenoemde percelenregeling.[77] Bij de percelenregeling wordt een verzekeringsopdracht opgedeeld in – doorgaans twee – percelen die *gelijktijdig* openbaar worden gemaakt. Op grond van de percelenregeling kan bijvoorbeeld één perceel worden uitgeschreven voor verzekeraars die in aanmerking komen voor leider en het andere perceel voor volgers. Voor beide 'percelen' kunnen dan verschillende eisen worden gesteld. De aanbestedingsprocedure in twee rondes komt wel in grote lijnen overeen met de onderhandelingsprocedure in twee fasen die ik eerder aan de orde stelde in par. 5.2.2.

Evenals bij de aanbestedingsprocedure in één ronde is ook hier, volgens het Tilec onderzoek, sprake van een 'pay as bid' veiling[78] omdat de verzekeraars worden geselecteerd op basis van hun (laagste) inschrijvingen. Daarbij zal in beginsel geen opwaartse premie-aanpassing plaatsvinden voor de leider indien de volgers een hogere premie wensen.[79] De makelaar zal zich immers dienen te houden aan de door de Europese overkoepelende organisatie voor verzekeringsmakelaars, het Bipar, opgestelde regels voor de plaatsing van een risico bij meerdere verzekeraars waarin een verbod is opgenomen voor opwaartse premie-aanpassing.[80] Ik zal daarbij stilstaan in par. 5.3 over zelfregulering.

ONDER EMBARGO

73 Zie de *Handreiking aanbesteden brandverzekeringen met en zonder co-assurantie*, opgesteld door de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) van het Rijk, p. 8.

74 Voor beide posities worden dan vaak verschillende eisen gesteld, waarbij voor de positie van leider doorgaans strengere eisen worden gesteld aan (aantoonbare) ervaring met de schadeafwikkeling. Zie over deze procedure eveneens Boone e.a. 2012, p. 24-25.

75 Boone e.a. 2012, p. 25.

76 Boone e.a. 2012, p. 25.

77 Volgens artikel 2.18 lid 1 en 2 van de Aanbestedingswet dient voor het bepalen van de waarde van de opdracht de geraamde waarde van alle percelen tezamen als waarde van de opdracht te worden beschouwd. Wanneer de geraamde waarde het toepasselijke drempelbedrag overschrijdt dienen in beginsel alle percelen te worden aanbesteed. Als de opdracht wordt verdeeld in percelen, kunnen een of meerdere percelen van de Europese aanbestedingsplicht worden uitgezonderd. Indien de waarde van een perceel minder is dan 80.000 euro mag van aanbesteding worden afgezien. Dit mag echter alleen voor zover het totale bedrag van deze uitgezonderde percelen niet meer bedraagt dan 20 % van de waarde van de totale opdracht. De uitgezonderde percelen kunnen volgens een normale onderhandelingsprocedure worden verzekerd.

78 Hiermee wordt de situatie bedoeld dat iedere bieder de prijs betaalt die hij heeft geboden. Door de biedingen naast elkaar te leggen wordt bezien welk bod het winnende bod is. Zie uitvoeriger: Wittwer, Milena, 'Pay-As-Bid vs. First-Price Auctions: Similarities and Differences in Strategic Behavior' (August 1, 2018) en Milgrom, P., & Weber, R. (1982). 'A Theory of Auctions and Competitive Bidding', *Econometrica*, 50(5), 1089-1122.

79 Boone e.a. 2012, p. 25 (voetnoot 18 van dat rapport).

80 Het betreft de zogenaamde 'Bipar high level principles for the placement of a risk with multiple insurers'. Te raadplegen via de website van de Bipar.

Mededingingsprocedure met onderhandelingen

Deze procedure is geregeld in artikel 2.30 van de Aanbestedingswet 2012. De mededingingsprocedure met onderhandeling is de nieuwe benaming voor de procedure die in de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen als de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.[81] In de geldende aanbestedingswet wordt de procedure als volgt gedefinieerd: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming, maar uitsluitend de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers een eerste inschrijving mogen indienen en waarbij door middel van onderhandelingen met een of meer van hen naar definitieve inschrijvingen wordt toegewerkt.[82] De mededingingsprocedure met onderhandelingen is bedoeld voor bijzondere situaties zo blijkt uit artikel 2.30 jo. 2.28 lid 1 sub a en b van de Aanbestedingswet 2012. Daaruit volgt bijvoorbeeld dat gekozen mag worden voor deze procedure als de overheidsopdracht vanwege specifieke omstandigheden, die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's, niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen. Ook de situatie dat bij gebruik van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend levert een grond op voor de mededingingsprocedure.[83] In de situatie waarin de openbare of niet-openbare procedure waarschijnlijk niet tot een bevredigend aanbestedingsresultaat zal leiden, krijgen aanbestedende diensten (dus) de mogelijkheid om de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog toe te passen.[84] De procedure van de concurrentiegerichte dialoog wordt in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 omschreven als de procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming en waarbij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven. Zowel bij de mededingingsprocedure als de concurrentiegerichte dialoog staat dus het onderhandelen centraal alvorens door de aanbestedende dienst tot gunning wordt overgaan.

Wat betekent dit nu voor het aanbesteden van verzekeringsdiensten, meer in het bijzonder het aanbesteden van verzekeringen in coassurantie?. In het verleden is de aanbestedingsprocedure met onderhandelingen gebruikt om brandverzekeringen in

81 *Kamerstukken II*, 2015/16, nr. 3, 34329 (MvT), p. 8.
82 Zie de definitie die is opgenomen onder artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.
83 Onaanvaardbare inschrijvingen worden nader gespecificeerd in artikel 2.28 lid 3 en 4 Aanbestedingswet 2012.
84 *Kamerstukken II*, 2015/16, nr. 3, 34329 (MvT), p. 8. De procedure van de concurrentiegerichte dialoog wordt in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 als volgt omschreven: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming en waarbij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven.

ONDER EMBARGO

coassurantie aan te besteden. Makelaars die in opdracht van decentrale overheden verzekeringsdiensten aanbesteden, meenden dat verzekering in coassurantie een ingewikkeld proces is dat maatwerk (en daarmee onderhandelingen) vereist. Kort samengevat gingen zij ervan uit dat het aanbesteden van een verzekeringsdienst in coassurantie niet goed kon worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen met verzekeraars. De Europese Commissie heeft naar aanleiding van deze praktijk op 4 juni 2010 een ingebrekestelling uitgevaardigd. Zij stelde dat het gebruik van de (toen nog zo genaamde) onderhandelingsprocedure in strijd was met de Richtlijn 2004/18/EG.[85] De schending van de aanbestedingsregels bestond eruit dat brandverzekeringen ten onrechte werden geplaatst door middel van een procedure van gunning door onderhandelingen met voorafgaande aankondiging en het bekendmaken van aankondigingen van gegunde opdrachten zonder alle gegevens te vermelden die de richtlijn voorschreef (te weten de naam en adres van de begunstigde(n) en de voor de opdracht betaalde prijs/prijzen)). In reactie op deze ingebrekestelling heeft de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) van het Rijk een handreiking opgesteld voor het aanbesteden van brandverzekeringen met en zonder coassurantie. Daarin wordt helder uiteengezet dat, ondanks dat bij verzekeringen geldt dat risico's moeilijk zijn in te schatten, een verzekeraar (en een makelaar) zich op basis van de door een aanbestedende dienst verstrekte informatie zich een oordeel moet kunnen vormen over het te verzekeren risico en daarmee de specificaties van de overheidsopdracht (waaronder het te verzekeren eigendom, het schadeverleden, het eigen risico en de looptijd) nauwkeurig moet kunnen vaststellen.[86]

5.2.2.3 Hoe werkt de aanbestedingsprocedure in de praktijk?

Bij de beantwoording van die vraag besteed ik (andermaal) aandacht aan het praktijkonderzoek, waarin de aanbestedingsprocedure bij verzekeringen eveneens bevraagd is. 96 respondenten hebben dit gedeelte van de vragenlijst ingevuld.[87] In deze paragraaf zal ik aan de hand van een aantal in het praktijkonderzoek gestelde vragen de resultaten bespreken.

Welke procedures worden in de praktijk het meest gebruikt?

Op de vraag van welke procedure in de praktijk het meest gebruik wordt gemaakt – de openbare procedure, de niet-openbare procedure of gunning door onderhandelingen – blijkt dat de openbare procedure relatief het vaakst voorkomt. 50 respondenten geven aan het meest te maken te hebben met de openbare aanbestedingsprocedure terwijl 24 respondenten kozen voor de niet-openbare aanbestedingsprocedure.[88] Alle

ONDER EMBARGO

85 Ingebrekestelling op 4 juni 2010, met inbreuknummer 2010/2069.

86 Zie *handreiking aanbesteden brandverzekeringen met en zonder co-assurantie* van het Rijk van 17 december 2012.

87 In de vragenlijst is gevraagd of de respondenten bekend waren met de aanbestedingsprocedure(s) voor verzekeringsdiensten. Als toelichting werd gegeven dat: 'de aanbestedingsprocedure ziet op de wettelijke verplichting op grond van het Nederlandse of Europese aanbestedingsrecht om de verzekering voor bepaalde verzekeringnemers (provincies, gemeenten en andere overheidsinstellingen) aan te besteden. Daaronder kan ook de makelaarsdienst vallen'.

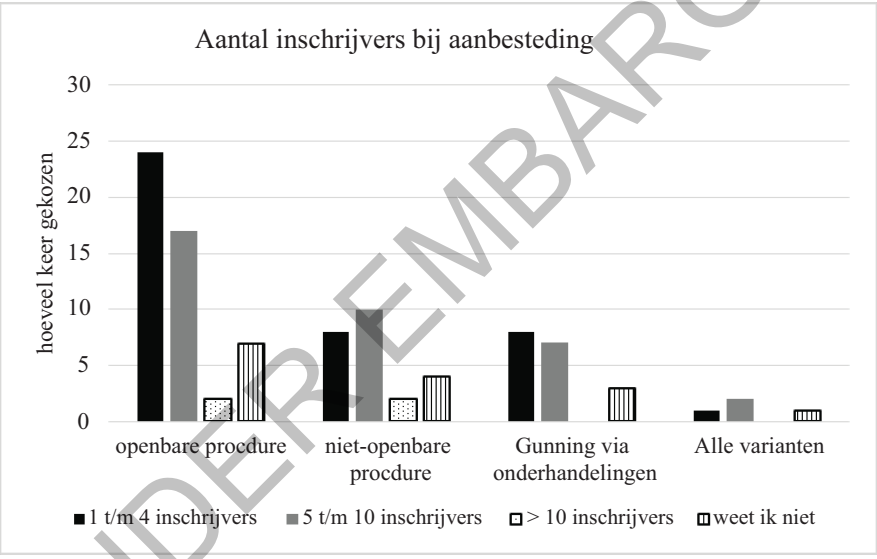
88 De overige respondenten kozen voor de procedure van gunning via onderhandelingen (18 respondenten) of anders, namelijk (4 respondenten). De vier respondenten die de optie 'anders, namelijk' kozen, gaven aan dat alle drie de opties voorkwamen in de praktijk (waarbij 1 respondent erbij vermeldde dat de openbare procedure wel het meest werd gebruikt).

varianten kunnen dus voorkomen, maar de openbare procedure wordt blijkbaar het meest gebruikt. Dit is de procedure die, zoals ik aangaf onder 5.2.2.2, in één ronde verloopt.

Hoeveel inschrijvers zijn er bij een aanbesteding?

Daaropvolgend is de vraag gesteld hoeveel inschrijvers er gemiddeld betrokken zijn bij een aanbestedingsprocedure. Deze vraag is gesteld omdat het antwoord inzicht geeft in de mate van mededinging die bestaat tussen de inschrijvers. Als er weinig tot geen inschrijvers zijn, is het immers waarschijnlijk dat er minder mededinging bestaat of kan bestaan.

De resultaten op deze vraag kunnen als volgt worden weergegeven:



Figuur 5.4

Zoals figuur 5.4 laat zien, komt het niet vaak voor dat er meer dan 10 inschrijvers deelnemen aan een aanbesteding. Bij de openbare aanbestedingsprocedure zijn voornamelijk één t/m vier inschrijvers of vijf t/m 10 inschrijvers betrokken. Ook bij de overige aanbestedingsprocedures is dit het geval. Het bevreemdt dat de procedure 'gunning via onderhandelingen' nog in gebruik is. Juist omdat deze procedure, zoals ik hierboven onder 5.2.2.2 behandelde, in het verleden op bezwaren van de Europese Commissie heeft gestuit. Het verrast niet dat bij de diverse aanbestedingsprocedures vaak dezelfde inschrijvers zijn betrokken omdat er vaak weinig inschrijvers betrokken zijn in het aanbestedingsproces. Vooral bij de categorie 1 t/m 4 inschrijvers is dat het geval. Voor de openbare procedure was binnen de categorie 1 t/m 4 inschrijvers bij 22 (van de 24) gevallen sprake dat dezelfde inschrijvers zijn betrokken. Ook binnen de categorie 5 t/m 10 inschrijvers was in 15 van de 17 gevallen sprake van dezelfde inschrijvers. Voor de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedure met

ONDER EMBARGO

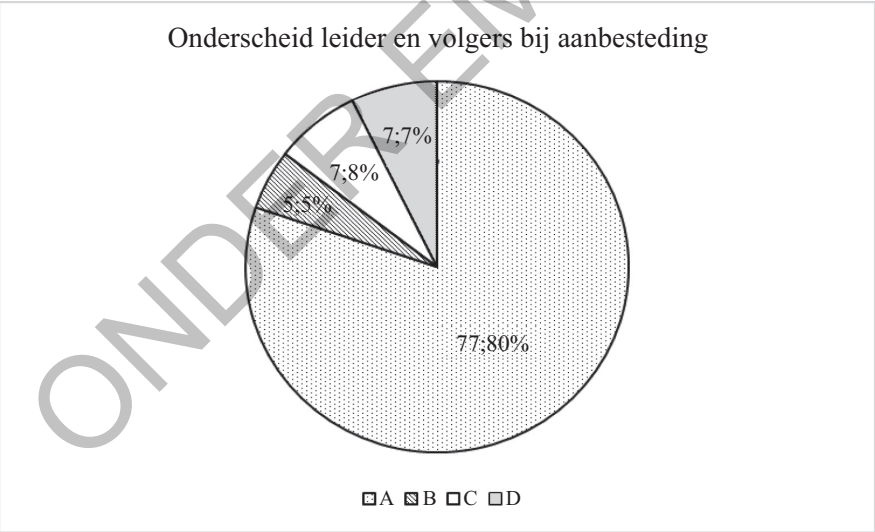
gunning waren de resultaten vergelijkbaar.[89] De reden waarom ik dit bespreek is dat het feit dat er sprake is van een terugkerende groep van dezelfde inschrijvers in een biedproces, mededingingsrechtelijk een verhoogd risico kan geven voor kartelvorming.[90]

Hoe wordt in een aanbestedingsprocedure het onderscheid tussen leider en volgers duidelijk gemaakt?

Omdat ik benieuwd was hoe het onderscheid tussen leider en volgers, welk onderscheid zo bepalend is voor coassurantie, nu bij een aanbestedingsprocedure naar voren komt, is dat aspect ook in het praktijkonderzoek aan bod gekomen.

De respondenten konden – als antwoord op de hierboven weergegeven vraag – kiezen uit de volgende opties:

A. Inschrijvers kunnen opteren voor een positie van leider of volger en voor die positie een bieding uitbrengen
B. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen leider of volgers
C. Er is een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de leider en een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de volgers
D. Anders, namelijk



Figuur 5.5

89 Voor de niet-openbare procedure gaven 17 van de respondenten aan dat dezelfde inschrijvers zijn betrokken (7 van de 8 binnen de categorie 1 t/m 4 inschrijvers, 9 van de 10 in de categorie 5 t/m 10 inschrijvers, 1 van de 2 respondenten in de categorie > 10 inschrijvers). Bij de onderhandelingsprocedure met gunning waren dat er 14 (6 van de 8 in de categorie 1 t/m 4 inschrijvers, 7 van de 7 in de categorie 5 t/m 10 inschrijvers en 1 van de 3 binnen de categorie 'weet ik niet').

90 Ivaldi (e.a.) 2003, p. 62.

ONDER EMBARGO

Zoals de hierboven opgenomen figuur 5.5 illustreert, werd optie A (80%) het meest gekozen. Er wordt dus wel degelijk een onderscheid gemaakt tussen de positie van leider en volgers bij een aanbestedingsprocedure, waarbij het niet gebruikelijk is dat er een afzonderlijke inschrijvingsronde plaats zal vinden. Dit is in lijn met de eerdere bevinding uit het praktijkonderzoek dat de openbare procedure (die in één ronde verloopt) het meest voorkwam. In een dergelijke procedure moet het onderscheid (en het verschil in de waardering) tussen de positie van leider en volger in het verzekeringsbestek worden opgenomen om een selectie te kunnen maken tussen verzekeraars die in aanmerking komen voor de positie van leider en/ of volger.

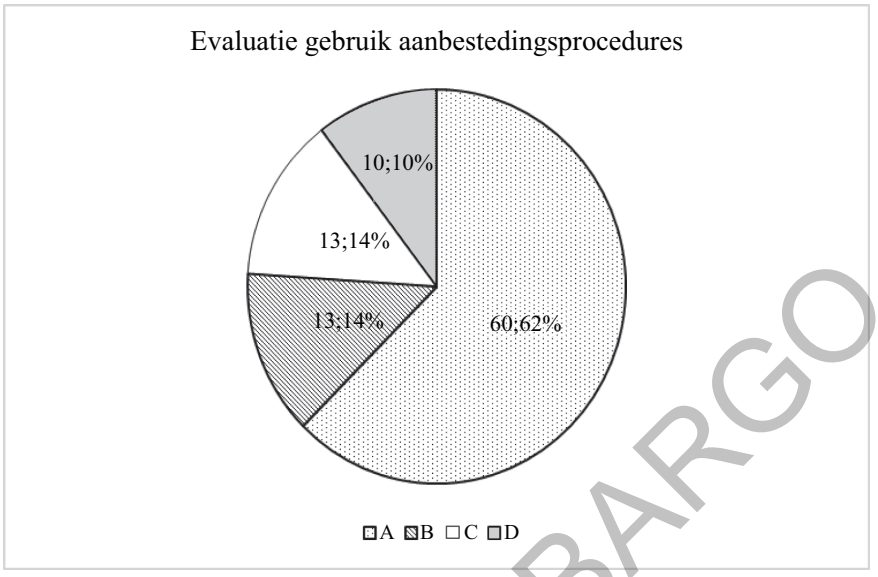
Optie C, waarbij inschrijving in twee ronden geschiedt, ziet op de niet- openbare procedure. Zoals eerder vermeld, verloopt deze in twee ronden en wordt dan (vaak) in de eerste ronde een leider geselecteerd en in een tweede ronde de volgende verzekeraars. Uit de toelichting die door de respondenten werd gegeven die kozen voor optie D (anders, namelijk) bleek dat afhankelijk van de situatie of een aanbestedende dienst kiest voor het gunnen van een verzekeringsopdracht door een openbare of een niet-openbare aanbestedingsprocedure, voor de positie van leider of volger bij coassurantie en afzonderlijke inschrijvingsronde plaatsvindt. Kortom, hoe het onderscheid tussen leider en volgers bij een aanbestedingsprocedure naar voren komt, hangt ervan af hoe deze is georganiseerd.

Hoe wordt aanbesteding bij coassurantie door de praktijk ervaren?

Ten slotte is gevraagd hoe respondenten het gebruik van een aanbestedings-procedure bij coassurantie ervaarden. De reden om dit aspect in het praktijk-onderzoek voor te leggen, is dat tijdens vraaggesprekken een veelgehoord bezwaar was dat een aanbestedingsprocedure niet goed zou werken bij coassurantie juist omdat onderhandelingen daarbij in beginsel geen rol mogen spelen. Om het gebruik van aanbestedingsprocedures bij coassurantie te evalueren is de vraag gesteld hoe de praktijk (makelaars, verzekeraars en gevolmachtigden) aanbesteding ervaren. De volgende antwoorden konden worden gegeven:

A. Aanbesteding bemoeilijkt en vertraagt het totstandkomingsproces van het sluiten in coassurantie
B. Aanbesteding werkt goed bij coassurantie
C. Aanbesteding is niet geschikt voor het verzekeren in coassurantie
D. Anders, namelijk

ONDER EMBARGO



Figuur 5.6

Zoals figuur 5.6 illustreert, wordt het gebruik van aanbestedingsprocedures bij coassurantie in het algemeen niet als prettig ervaren.

60 respondenten (62%) geven aan dat aanbesteding het totstandkomingsproces van het sluiten van een verzekering in coassurantie bemoeilijkt en vertraagt. Ook geeft 14% van de respondenten aan dat aanbesteding niet geschikt zou zijn voor de verzekering in coassurantie. Als mogelijk nadeel wordt genoemd dat aanbesteding niet steeds garandeert dat de klant de beste verzekeringsoplossing krijgt. Zo stelt een van de respondenten dat: 'vaak is prijs de enige of in ieder geval de belangrijkste factor van het gunnen. Zaken als kwaliteit, kennis, service zijn zeer moeilijk te vervatten in een aanbesteding, er wordt wel naar gevraagd maar de toekenning van een score is meestal subjectief'. Aan de andere kant wordt (door een respondent) vermeld dat aanbesteding bij coasssurantie prima werkt zolang het bestek maar passend is voor de verzekeringen. Ik ben me ervan bewust dat ook hier geldt dat de respondenten deze vraag vanuit hun perspectief hebben beantwoord. Bovendien is niet verder doorgevraagd op de redenen waarom respondenten een aanbestedingsprocedure niet geschikt vinden voor de verzekering in coassurantie. Evenwel kan worden geconcludeerd dat de makelaars, verzekeraars en gevolmachtigden die werkzaam zijn in de coassurantiemarkt het gebruik van de aanbestedingsprocedures bij coassurantie voornamelijk negatief ervaren.

5.2.2.4 Tussenconclusie

In par. 5.2.2 heb ik het gebruik van de aanbestedingsprocedure bij coassurantie besproken. Zowel uit de literatuur als uit het praktijkonderzoek blijkt dat de openbare procedure het meest voorkomt. Het gaat dan om een procedure in één

ONDER EMBARGO

ronde. In deze procedure kunnen de inschrijvers vaak opteren voor de positie van leider of volger. Hoewel uit de literatuur bleek dat de inschrijvers bij een openbare procedure een bod zullen uitbrengen dat voor beide rollen relevant is, verdient dat enige nuance. In de praktijk zal het immers juist ook kunnen voorkomen dat verzekeraars kunnen opteren voor de positie van leider of volger en daarvoor een bieding kunnen uitbrengen. Eveneens kan het voorkomen dat afzonderlijke inschrijvingsrondes worden gehanteerd voor de positie van leider of volger.

In de volgende paragraaf behandel ik de zelfregulering die bestaat ten aanzien van het sluitingsproces bij coassurantie.

5.3 Zelfregulering bij het sluitingsproces bij coassurantie – de Bipar regels

5.3.1 Aanleiding voor de bestaande zelfregulering

Voor een goed begrip van de zelfregulering is het noodzakelijk kort de context te schetsen. Vanuit de Europese federatie van het verzekeringsintermediair, de Bipar, zijn zelfregulerende beginselen/normen opgesteld voor het plaatsen van een risico door een makelaar bij meerdere verzekeraars. Deze 'Bipar High Level Principles for the placement of a risk with multiple insurers' (hierna: de 'Bipar regels') zijn opgesteld naar aanleiding van het sectorale mededingingsrechtelijke onderzoek van de Europese Commissie in 2007, waarbij de uitkomst onder meer was dat er mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen plaatsvonden in de zakelijke verzekeringssector.[91] De zelfregulering is tevens een direct gevolg van een kritische opmerking van destijds Eurocommissaris Kroes die sprak over: 'some alarming practices in the subscription market.' Dit leidde tot proactief handelen van de Bipar waarbij heel nadrukkelijk ook de Best Terms and Conditions (BTC) clausulering als absoluut verboden werd bestempeld.[92] Deze BTC clausulering is al daarvoor onderwerp van kritiek van de makelaars geweest en na het tot stand komen van de Bipar regels lijkt deze clausule niet meer gehanteerd te worden, althans in de Nederlandse markt. Een van de punten waar de Commissie toen kritiek op uitte was het afstemmen van premie en voorwaarden bij het plaatsingsproces in coassurantie.[93] Zo stelde de Commissie in haar eindverslag:

ONDER EMBARGO

91 Persbericht van de Commissie van 13 juni 2005, (*PbEU* 2005. C144/13). Gevolgd door het eindrapport COM (2007) 556 def. Deze Principles zijn een direct gevolg van een kritische opmerking van destijds Eurocommissaris Neelie Kroes die sprak over "some alarming practices in the subscription market", d.w.z. de coassurantiemarkt. Dit leidde tot proactief handelen van de Bipar waarbij heel nadrukkelijk ook de BTC clausulering als absoluut verboden werd bestempeld.

92 De 'Best Terms' clausule ziet er kort gezegd op dat als plaatsing van een risico slechts mogelijk blijkt doordat volgverzekeraars een hogere premie wensen dan de leader heeft bedongen, dat dan alsnog de totale premie – de premie over de gehele linie van betrokken verzekeraars – verhoogd wordt tot het premieniveau dat de volgverzekeraar wenst te ontvangen.

93 Andere aandachtspunten waren lange contractstermijnen en marktfalen op het gebied van verzekeringsbemiddeling, COM (2007) 556 def., r.n. 37.

> 'Zij [de Commissie, GTB] is echter van mening dat de sector, in het licht van haar bevindingen, de betrokken praktijken kritisch zou moeten onderzoeken. Zij zal in dit proces een actieve rol spelen, zonder evenwel af te stappen van het beginsel dat de marktdeelnemers zelf de legitimiteit van hun marktpraktijken moeten beoordelen in het licht van de toepasselijke wetgeving. De Commissie benadrukt dat haar opmerkingen [over harmonisatie van premieniveau tussen verzekeraars, GTB] slechts betrekking hebben op aspecten van bepaalde zakelijke praktijken die in het kader van de tweestapsinschrijvingsprocedure voorkomen doch die zij niet essentieel acht voor de werking van die procedure, en nog minder voor de werking van de markt als geheel. Zij verzoekt voorts de klanten van zakelijke verzekeringen en herverzekering, die gewoonlijk op basis van inschrijving worden aangegaan, zich bewust te zijn van de mogelijkheid dat deze verzekeringen worden afgesloten tegen voorwaarden die geen geharmoniseerde premies omvatten, en zich ervan te vergewissen dat deze mogelijkheid in alle relevante gevallen door risicobeheerders en makelaars uitvoerig wordt onderzocht.'[94]

De nadien tot stand gekomen Bipar regels zijn bedoeld om de transparantie van het plaatsingsproces (voor de klant) en de toezichthouder te vergroten. De Bipar regels zijn het eindresultaat van een uitvoerig overleg tussen vertegenwoordigers van intermediairs uit verschillende landen waarbij de definitieve tekst ook aan de vertegenwoordigers van de Europese Commissie ter inzage is gegeven.[95] Ook het CEA (Comité Européen des Assurances), het huidige Insurance Europe (de overkoepelende organisatie van verzekeraars), heeft de 'Bipar regels' onderschreven.

In de volgende paragraaf zal ik stilstaan bij de tekst van de Bipar regels en daar vervolgens enige kanttekeningen bij plaatsen.

5.3.2 De tekst van de Bipar regels

Zoals gezegd, zijn de Bipar regels een zelfregulerend kader dat de makelaar in acht dient te nemen als hij een risico bij meerdere verzekeraars plaatst.[96] Aan de zelfregulering gaat een korte toelichting vooraf en wordt de achtergrond van de totstandkoming geschetst. Teneinde een volledig beeld te geven, citeer ik hieronder de (Engelstalige) tekst van de regels:

> "INTRODUCTORY NOTE
>
> The following high level principles are intended to set the framework for multiple insurance placement options to be considered autonomously on a case by case basis by each party.
>
> All parties are reminded that they may still have additional obligations under relevant EU and national competition legislation.

94 COM (2007) 556 def, rn. 16-17.
95 Soeteman 2017, 313.
96 In ieder geval op de Londense markt zijn de 'Bipar regels' een verplicht onderdeel van de standaard plaatsingsprocedure. Zie *LMA Guide to London Market Processing* (versie: maart 2016), p. 4: These multi-line arrangements are known as 'subscription' placements with the leading underwriter acting for the following market in certain matters. Placements are governed by the Bipar Principles'. Uit het EY rapport rn. 397 blijkt dat van de in dat onderzoek ondervraagde respondenten (in totaal 131) 36% aangeeft dat de 'Bipar regels' worden nageleefd. Het gaat dan om de groep respondenten binnen de vier grootste zakelijke verzekeringsmarkten in Europa te weten Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk.

ONDER EMBARGO

Bipar High Level Principles for the placement of a risk with multiple insurers

BACKGROUND

A. The co-insurance market plays a vital role in facilitating the placement of business risks among multiple insurers.
B. The 2007 EC DG Competition report on the sectoral inquiry into business insurance recognizes the important function of the co-insurance market but expresses concerns about the absence of an opportunity for the following market to compete on the premium.
C. These principles aim to sustain a vibrant co-insurance market in which the client has choice and premium alignment is not automatically adopted as the mechanism for placing the risk in the co-insurance market.
D. It is important that the client has a clear understanding of the role of the intermediary, the nature of his/her relationship with insurers (such as contractual obligations to one or more insurers), the basis on which any advice is provided (such as fair analysis or not), the services provided, the nature of the insurance required and the possible approaches to placing that insurance.

PRINCIPLES

1. The intermediary shall, based on information provided, specify the demands and needs of the client as well as the underlying reasons for any advice.
2. Before placing a risk, an intermediary will review and advise a client on market structures available to meet its needs and, in particular, the relative merits of a single insurer or a multiple insurer placement.
3. If the client, on advice of the intermediary, instructs the latter to place the risk with multiple insurers, the intermediary will review, explain the relative merits and advise the client on a range of options for multiple insurer placement. Intermediaries will expect insurers to give careful independent consideration to the option requested.[97]
4. In the case of a placement of a risk with a lead insurer and following insurers on the same terms and conditions, the previously agreed premiums of the lead insurer and any following insurers will not be aligned upwards should an additional follower require a higher premium to complete the risk placement. Indeed, the intermediary should not accept any condition whereby an insurer seeks to reserve to itself the right to increase the premium charged in such circumstances.
5. During the placement of the risk, the intermediary will keep the client informed of progress."[98]

In de toelichting op de regels wordt eerst de achtergrond uiteengezet. In de kern komen de regels erop neer dat moet worden gewaarborgd dat een risico tegen de meest competitieve voorwaarden wordt verzekerd en daarmee het belang van de klant wordt gediend. Het gebruik van de BTC clausulering wordt als strijdig

97 Voetnoot bij de regels: There are a range of options for multiple insurance placements. Two examples of which are the following:
i. Selection of a lead insurer through a competitive process and subsequent invitation to potential following insurers to cover part of the risk on the same contract conditions and premium, it being understood that nothing should prevent following insurers quoting a different premium;
ii. Selection of lead insurer through a competitive process followed by a series of negotiations between the broker and potential following insurers for the coverage of part of the client's risk not covered by the lead insurer with identical contract conditions and different premiums across all or some of the participating insurers.

98 https://d10ou7l0uhgg4f.cloudfront.net/Uploads/BiparHighLevelPrinciples.pdf

ONDER EMBARGO

daarmee beschouwd. Daarom bevat het vierde principe de regel dat een makelaar dergelijke clausuleringen niet moet accepteren.[99] Uit dat principe volgt immers met zoveel woorden dat als een risico bij een leidende verzekeraar en volgende verzekeraars wordt ondergebracht op basis van dezelfde contractvoorwaarden de premie van één of meer van de verzekeraars, die reeds hebben getekend, niet mag worden verhoogd als een bij het completeren van de dekking blijkt dat een verzekeraar een hogere premie wenst.

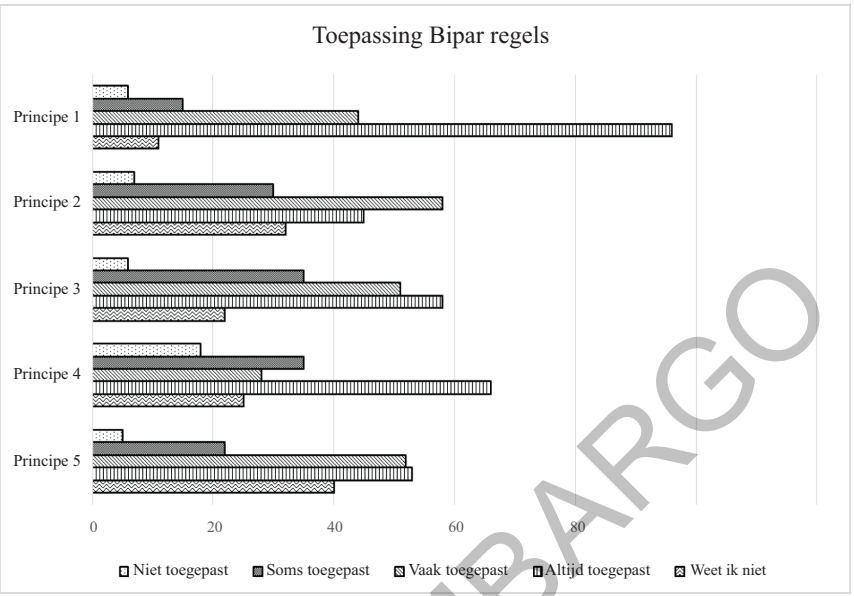
De zelfregulering beoogt – zo blijkt uit de toelichting gegeven onder punt C – de keuze van de klant voorop te stellen en premie-aanpassingen (premium alignment) tussen de verzekeraars die betrokken zijn bij coassurantie niet als automatische plaatsingsstrategie te gebruiken. Dit komt in Principe 1 tot uitdrukking in het specificeren van de behoefte van de klant. Daarbij behoort ook het in Principe 2 genoemde adviseren over de verschillende manieren waarop een risico kan worden verzekerd en de relatieve voordelen van de verschillende plaatsingsopties (100% plaatsing bij een verzekeraar, of het plaatsen bij meerdere verzekeraars). Van belang is verder dat in Principe 3 is opgenomen dat er verschillende opties zijn om een risico bij meerdere verzekeraars onder te brengen. Het verschil tussen de (op nootniveau) in de zelfregulering aangehaalde procedures is het onderhandelen met de volgende verzekeraar over de prijs. Er is daarbij de keuze tussen het uitnodigen van de volgverzekeraar deel te nemen tegen dezelfde prijs als die is afgesproken met de leider, mits die volgverzekeraar de gelegenheid wordt geboden om een andere prijs te noemen, en de optie om tot verschillende premies met de volgende verzekeraars te komen middels afzonderlijke onderhandelingen (iedere verzekeraar krijgt een eigen premie). Juist deze laatste mogelijkheid wordt ook wel aangeduid als het sluiten op basis van een 'Bipar-polis'. Ik besprak dat eerder onder 5.2.1.3. Een laatste aspect dat ik noem, is dat het tot de verantwoordelijkheid van de makelaar behoort om waakzaam te zijn op mogelijk mededingingsbeperkend gedrag van de verzekeraars die een offerte uitbrengen. In Principe 3 staat dat verzekeraars onafhankelijk van elkaar het risico dienen te beoordelen. Dat impliceert dat zij hun marktgedrag/biedingen niet onderling mogen afstemmen. Ik kom daarop terug onder 5.4.

5.3.3 Toepassing van de Bipar regels in de praktijk

In het praktijkonderzoek is een tweetal vragen gesteld over de toepassing van de Bipar regels bij het sluitingsproces. Eerst is gevraagd of de respondent bekend is met de regels, waarna – bij een bevestigend antwoord op die vraag – is gevraagd of de regels ook worden toegepast binnen de branche waarin de respondent werkzaam was. Daarbij is als toelichting de tekst van de principes in de vraagstelling opgenomen.

ONDER EMBARGO

99 Zie ook BISI Inquiry (SEC) 2007 1231, p. 21-22 (en p. 23-24). Deze clausule, die wel nog aan bod komt in BISI Inquiry van de Commissie in 2007, wordt in de (Nederlandse) coassurantiemarkt als gevolg van het expliciete verbod daarvan in de Bipar regels niet meer gebruikt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het door EY uitgevoerde onderzoek (EY rapport 2014, rn. 379). De BTC clausulering ontstond in de jaren 80 in de herverzekeringsmarkt, daarna volgde toepassing in de 'aviation market' in Londen en vervolgens werd het ook soms toegepast op brandverzekeringen.



Figuur 5.7

172 respondenten gaven aan bekend te zijn met de Bipar-regels. 58 respondenten wist niet van het bestaan af, althans gaven aan niet bekend te zijn met deze regels. Aan de groep respondenten die bekend was met de regels is gevraagd hoe vaak zij deze toepassen in de praktijk, waarbij als mogelijkheden werd gegeven: 'altijd', 'vaak', 'soms', 'niet' of 'weet ik niet'. De uitkomsten zijn weergegeven in figuur 5.7.

Het is niet alleen opmerkelijk dat zo'n 25 % van de respondenten niet bekend is met de Bipar regels, maar ook dat er een vrij groot verschil bestaat is in de naleving van de vijf regels. Hoewel de categorieën 'Altijd toegepast' en 'Vaak toegepast' relatief vaak zijn gekozen, springt in het oog dat een flink aantal respondenten aangaf dat principe 4 niet of soms werd toegepast.[100] Het is een uitkomst die mij in zin verrast heeft, dat juist dit principe dat ziet op de praktijk van best terms clausuleringen, waartegen de Europese Commissie als gezegd bezwaren uitte, in de coassurantiemarkt niet en/of soms wordt toegepast. Is een verklaring hiervoor dat opwaartse premieverhoging niet (meer) voorkomt in de Nederlandse coassurantiemarkt en de respondenten daarom dit principe niet toepassen? In het onderhavige onderzoek heb ik dit niet kunnen achterhalen. Ook verbaast het mij dat (bij principe vier) de categorie 'weet ik niet' ten opzichte van de overige principes relatief groot is. Daarbij geldt dat het niet alleen verzekeraars zijn die deze categorie hebben gekozen, maar ook de partij die het meest ermee te

100 18 (gelijk aan 10%) respectievelijk 35 (gelijk aan 20%) van de respondenten gaven aan dat principe 4 niet of soms werd toegepast.

ONDER EMBARGO

maken heeft: de makelaars. Blijkbaar zijn de Bipar regels niet voldoende bekend in de markt. Dit blijkt ook al uit het feit dat zo'n 25 % van de respondenten niet bekend zijn met deze regels. In dat kader zou het aanbeveling verdienen als meer aandacht wordt geschonken vanuit de organisaties die betrokken zijn bij het coassurantieproces (makelaars, verzekeraars en de brancheorganisaties) aan het bewustzijn van de regels.[101]

5.4 Tussenbalans

Nu ik in de paragrafen 5.2 en 5.3 (vrij uitvoerig) heb stilgestaan bij de wijze waarop een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie tot stand kan komen en welke zelfregulering daarbij relevant is, is het goed om terug te keren naar de centrale vraagstelling van dit hoofdstuk en de (tussen)balans op te maken. De centrale vraag van dit hoofdstuk is in hoeverre het sluiten van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie spanning kan geven met het mededingingsrecht. Indien kan worden geconstateerd dat op bepaalde onderdelen van het totstandkomingsproces spanning bestaat of kan ontstaan met het mededingingsrecht is het vervolgens de vraag hoe een beoordeling daarvan onder het mededingingsrecht zal luiden. Voordat ik in par. 5.5 zal stilstaan bij een beoordeling onder het mededingingsrecht, wil ik daarom eerst de belangrijkste spanningsvelden blootleggen. Op twee aspecten wil ik daarom reeds op deze plaats de aandacht vestigen.

In de eerste plaats is dat de *premiestelling* bij de totstandkoming van een verzekering in coassurantie. Zoals ik besprak onder par. 5.2 blijkt dat het in de praktijk voorkomt dat volgverzekeraars inschrijven op basis van de premie en de voorwaarden die door de makelaar zijn uit-onderhandeld met de leidende verzekeraar. In de gevallen dat dit speelt, is in feite premieharmonisatie aan de orde. Mededingingsrechtelijk roept dat de vraag op of deze praktijk valt onder de toepassing van het kartelverbod. Op het eerste gezicht juist immers een makelaar niet de mogelijkheid te benutten om lagere premies te bedingen bij de markt van volgende verzekeraars. De Europese Commissie sprak zich hier als volgt over uit:

> "This practice seems to exclude the possibility of obtaining more advantageous terms from the follow market by stimulating competition between participants in that market, and imposes on that market a price taken from the lead market, notwithstanding the more limited role played by and costs incurred by potential follow insurers, which might be expected to justify a lower price in that market. Since this way of proceeding leads to convergence amongst a number of independent undertakings on a single price, it might be considered potentially to fall within the scope of Article 81(1) [artikel 101 lid 1 VWEU, GTB], again provided the other conditions of that article are satisfied."[102]

ONDER EMBARGO

101 Ik laat me op deze plaats niet (uitgebreid) uit over de mogelijke gevolgen die de niet naleving van de zelfregulering heeft op het gebied van compliance. Voorstelbaar is dat niet naleving van de regels gevolgen kan hebben voor de compliance van een organisatie op het terrein van zelfregulering.

102 COM (2007)556, def. p. 36-37. Vgl. de 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, C82/22, rn. 17.

Niet alleen uit het onderzoek van de Europese Commissie maar ook uit het in het kader van dit proefschrift gedane praktijkonderzoek blijkt dat volgverzekeraars nog steeds vaak inschrijven op basis van de premie en voorwaarden van de leidende verzekeraar. Zoals het hierboven opgenomen citaat duidelijk maakt, roept dat de vraag op of er geen schending is van het kartelverbod. Er is dus voldoende aanleiding om deze praktijk van premieharmonisatie te toetsen aan het mededingingsrecht. Ik doe dat in par. 5.5.

Een tweede aspect van de totstandkomingsfase waarbij spanning kan ontstaan met het mededingingsrecht is mogelijke *interactie* tussen de inschrijvers op een coassurantiecontract. Zoals ik aan de orde stelde in par. 5.2 kenmerkt de aanbestedingsprocedure zich door een biedproces. Er bestaan vanuit mededingingsperspectief risico's op afgestemd marktgedrag ingeval een inschrijvingsprocedure bestaat uit een kleine groep van (terugkerende) inschrijvers. In par. 5.2.2.2 bleek dat bij aanbestedingsprocedures er een relatief kleine groep is van inschrijvers die bovendien vaak dezelfde ondernemingen zijn. Naar aanleiding daarvan zal ik in par. 5.6 mededingingsrechtelijke risico's schetsen die daaraan kunnen kleven. Hoewel deze primair gelden voor de procedure via aanbesteding is dit ook relevant voor de onderhandelingsprocedure omdat ook daar sprake is van een kleine groep van verzekeraars die in aanmerking komt voor de positie van leider.[103]

In de volgende paragrafen zal ik (dus) beide spanningsvelden onderwerpen aan een beoordeling onder het mededingingsrecht, meer specifiek het kartelverbod. In par. 5.5 bespreek ik premieharmonisatie onder het mededingingsrecht en in par. 5.6 het risico op interactie tussen de aanbieders in het biedproces bij coassurantie.

5.5 Mededingingsrechtelijke beoordeling van premieharmonisatie

In deze paragraaf zal ik een beoordeling geven van premieharmonisatie onder het kartelverbod. Eerst bespreek ik onder 5.5.1 of voldaan is aan de voorwaarden van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag. Voor zover daaraan is voldaan, is relevant in hoeverre premieharmonisatie valt onder de uitzonderingsregeling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag (par. 5.5.2).

5.5.1 Beoordeling onder artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag

Zoals eerder in dit boek aan de orde is gesteld is het kartelverbod van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de strekking of het gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Alleen als de vermeende kartelgedraging een (beperkend) effect heeft op de handel tussen de lidstaten geldt dat het Europese kartelverbod van toepassing is.

103 Zie daarover ook hoofdstuk 4, par. 4.5.2, waarin ik heb laten zien dat een kleine groep verzekeraars gemiddeld genomen in aanmerking komt voor de positie van leider.

ONDER EMBARGO

Voor de beoordeling van de praktijk van premieharmonisatie tussen leider en volgers bij coassurantie aan het kartelverbod komt een tweetal vragen op:
– Is premieharmonisatie te zien als een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag?
– Zo ja, heeft premieharmonisatie de strekking of het gevolg dat de mededinging wordt beperkt?

Ik zal beide vragen hieronder uitwerken.

5.5.1.1 Premieharmonisatie: een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag?

Juridische context

Ik roep in herinnering dat een overeenkomst in mededingingsrechtelijke zin wordt geïnterpreteerd als wilsovereenstemming tussen ondernemingen om marktgedrag onderling af te stemmen of zich van een bepaald gedrag op de markt te onthouden.[104] Die wilsovereenstemming kan kenbaar zijn uit een mondelinge of schriftelijke afspraak (de overeenkomst), maar zou ook kunnen worden afgeleid uit parallel marktgedrag (onderling afgestemde feitelijke gedraging). Het is gedrag dat voor toezichthouders ter toetsing – en zo nodig: ter bewijs – voorligt. Is het bestaan van een daadwerkelijke overeenkomst voor de toezichthouders niet te bewijzen, dan resteert de categorie van de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarbij de toets is of er sprake is van een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.[105]

In dit kader is het goed om het verschil te duiden tussen de begrippen spontaan parallel marktgedrag, afgestemd (dus: niet spontaan) marktgedrag en strategisch marktgedrag. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het ondernemingen toegestaan om hun marktgedrag intelligent (dat wil zeggen: strategisch) aan te passen aan dat van de andere marktspelers.[106] Strategisch marktgedrag is in beginsel dus toegestaan. Tegelijkertijd volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het mededingingsrecht onverbiddelijk eraan in de weg staat dat sprake is van enigerlei contact tussen ondernemers, al dan niet rechtstreeks opgenomen, dat hetzij ertoe strekt het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent te beïnvloeden, hetzij de concurrenten op de hoogte stelt van aangenomen of voorgenomen marktgedrag.[107] Dat betekent dat afgestemd marktgedrag niet is toegestaan. De moeilijkheid schuilt hem hier – voor de toezichthouder – in het bewijzen van het afgestemd marktgedrag,

ONDER EMBARGO

104 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (*Bayer/Commissie*).
105 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 64 (*ICI*); Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4125, ro. 115 met verdere verwijzingen (*Anic Partecipazioni*). Zie ook de Richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten, par. 60-63.
106 Gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, ro. 174 *Suiker Unie/Commissie.*
107 Gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie/Commissie*, r.o. 26.

zeker als daar geen rechtstreeks contact aan ten grondslag ligt. Er kan immers sprake zijn van parallel marktgedrag. Parallel marktgedrag is, volgens het Hof, niet hetzelfde als onderling afgestemd marktgedrag maar kan wel een ernstige aanwijzing zijn daarvoor indien het leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard van de producten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de markt, niet met de te normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.[108] Relevant is bovendien om te vermelden dat het Hof in zijn rechtspraak heeft bepaald dat de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie in een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad, die de ondernemingen in staat stelt kennis te krijgen van de marktpositie en de marketingstrategie van hun concurrenten, de nog resterende mededinging merkbaar beïnvloedt.[109]

Beoordeling premieharmonisatie bij coassurantie

Wat betekent dit nu voor de beoordeling van premieharmonisatie bij coassurantie onder het kartelverbod? De hamvraag in dat kader is of aan het hanteren van dezelfde premie tussen alle verzekeraars die participeren in een coassurantiecontract (wils -) overeenstemming ten grondslag ligt in de vorm van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Indien geconstateerd kan worden dat sprake is van horizontale prijsafstemming (dus: wilsovereenstemming) en tevens sprake is van een negatief effect op de concurrentie zal het kartelverbod van toepassing zijn. Hieronder bespreek ik de vraag in hoeverre premieharmonisatie beschouwd kan worden als een overeenkomst of onderlinge afstemming van marktgedrag tussen verzekeraars.

Het bestaan van een overeenkomst moet als gezegd worden afgeleid uit de wilsovereenstemming tussen ondernemingen. Dit lijkt bij premieharmonisatie niet aan de orde te zijn. Een leidende verzekeraar spreekt namelijk niet met de volgverzekeraars af dat zij op basis van de door hem bepaalde premie (en voorwaarden) in coassurantie het risico verzekeren. Zoals bleek uit par. 5.2.1.3, is het in Nederland de makelaar die de volgverzekeraars kan vragen om op basis van de met de leider uit-onderhandelde premie (en voorwaarden) in coassurantie mee te tekenen. In de situatie dat een leidende verzekeraar coassurantie organiseert en hij (dus) de volgverzekeraars benadert zal eerder het risico bestaan dat wilsovereenstemming wordt bereikt tussen (met elkaar concurrerende) verzekeraars.[110] Hoewel wilsovereenstemming tussen concurrenten ook bereikt kan worden door de tussenkomst van een derde, is daarvan bij premieharmonisatie mijns inziens geen sprake. Wilsovereenstemming zou dan in handen zijn van de makelaar, die (vanuit de aan hem verleende opdracht) juist behoort te handelen in het belang van zijn klant, de verzekeringnemer. Wanneer een makelaar ervoor kiest om een risico op basis van uniforme premies in coassurantie te plaatsen

108 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 66 (*Kleurstoffen*) en HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-98/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307, ro. 70-72 (*Houtslijp II*). Zie ook: *Kamerstukken II*, 1995–1996, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 11.

109 HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08, r.o. 32-34 (*T-Mobile Netherlands*).

110 Deze situatie lijkt zich niet voor te doen in Nederland maar wel in sommige andere Europese landen. Zie de eerste alinea van par. 5.2.

ONDER EMBARGO

(dus: premieharmonisatie), zal dat eerder verklaard kunnen worden uit bepaalde kostenoverwegingen of de wens van de klant. Illustratief is de onderstaande bevinding uit onderzoek van Europe Economics:

> 'The leader undertakes all the work involved in premium determination including analysing the client's idiosyncratic elements and risk profile. Moreover, it is usual for the broker to also assess the client's risk exposure, thus enhancing the overall cost effectiveness of the placement of the risk. *Most frequently, the premium charged is uniform across all participating insurers. Such an outcome is mainly due to the costs and expertise limitations implied in case followers, particularly small underwriters, had to calculate the premiums themselves. Moreover, in case there is a claim, every policy document would be different resulting in claims not being settled satisfactorily. In light of the above, clients often prefer themselves the formation of an agreement under uniform terms and conditions.* [cursivering, GTB] The distribution of the premium proceeds among members, however, is proportional to the amount of risk each insurer is underwriting. Despite the cost and efficiency limitations in case each member of the agreement had to individually survey the risk and calculate the premium, the extent of pricing knowledge sharing among participants is limited. In particular, it was suggested that following insurers do not rely on scheme participation in order to enhance their pricing expertise. Rather, as efficient pricing is to a large extent dependent on the leader's expertise, followers prefer to induce key leader human capital to join them, thus enabling them to lead in future placements of the same or similar risks.'[111]

Een mogelijke verklaring voor premieharmonisatie is dus dat sommige volgverzekeraars over minder expertise beschikken dan een leider om een premieberekening te kunnen maken. Toch hoeft dat niet altijd het geval te zijn. Verzekeraars die in het ene geval opteren voor de positie van volger kunnen bij de verzekering van een ander risico juist als leider optreden. Het door een makelaar plaatsen van een risico op basis van geharmoniseerde premies kan efficiënt zijn. Dit hangt ervan af of de prijs waarop de verzekeraars wordt gevraagd om deel te nemen als competitief wordt beschouwd. Uiteindelijk heeft een makelaar daarover controle. Geconcludeerd kan worden dat niet aannemelijk is dat premieharmonisatie gezien kan worden als een overeenkomst in mededingingsrechtelijke zin.

De andere vraag is in hoeverre premieharmonisatie te zien is als een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het gaat dan om afgestemd marktgedrag tussen concurrenten zonder dat het daarbij tot een eigenlijke overeenkomst en/of wilsovereenstemming komt, maar waarbij de risico's van onderlinge concurrentie welbewust worden uitgesloten. Zoals ik hierboven reeds besprak, valt onder deze categorie van samenwerking: enigerlei contact tussen ondernemers, al dan niet rechtstreeks opgenomen, dat hetzij ertoe strekt het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent te beïnvloeden, hetzij de concurrenten op de hoogte stelt van aangenomen of voorgenomen marktgedrag.'[112] De categorie 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' is daarmee ruim. Evenwel dient er aan parallel marktgedrag coördinatie ten grondslag te liggen om onder het bereik van het kartelverbod te kunnen vallen.

ONDER EMBARGO

111 Europe Economics 2016a, p.
112 Gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie/Commissie*, r.o. 26.

Premieharmonisatie, waarbij alle verzekeraars dezelfde premie ontvangen, is te zien als parallel marktgedrag. De praktijk van premieharmonisatie bij de verzekering in coassurantie zal *de facto* immers resulteren in dezelfde premies en voorwaarden. Dit kan worden gezien als gedragsafstemming tussen de verzekeraars, ook al vindt dit indirect (door tussenkomst van de makelaar) plaats. In het mededingingsrecht kan een derde (zoals een dienstverlener, een makelaar) zich namelijk schuldig maken aan schending van de mededingingsregels door het faciliteren en/of ondersteunen van een kartel van ondernemingen, zelfs wanneer deze actief zijn op een andere markt dan waarop zij zelf werkzaam is.[113] Zoals ik hierboven aangaf, is parallel marktgedrag, volgens het Hof, niet hetzelfde als onderling afgestemd marktgedrag maar kan het wel een ernstige aanwijzing daarvoor zijn indien het leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard van de producten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de markt, niet met de te normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.[114] Of aan premieharmonisatie coördinatie ten grondslag ligt dat een ongunstige uitwerking heeft op de mededinging zal daarom in een concreet geval moeten worden onderzocht.[115] Het kan niet worden uitgesloten dat het automatisch toepassen van premieharmonisatie, zonder dat de makelaar de mogelijkheid benut dat volgers een lagere premie kunnen ontvangen dan de leider, gezien kan worden een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen verzekeraars en/of een makelaar. Daarbij geldt dat er omstandigheden zijn, zoals de beperktere rol van een volger ten opzichte van een leider en de lagere kosten die zij dragen, die een lagere premie voor volgers rechtvaardigen.[116] Tegelijkertijd kan de (geharmoniseerde) premie op basis waarvan de verzekeraars een risico verzekeren een competitieve prijs zijn waar uitvoerige onderhandelingen tussen makelaar en verzekeraars aan vooraf zijn gegaan.

In de volgende paragraaf onderzoek ik in hoeverre premieharmonisatie te zien is als een mededingingsbeperking.

5.5.1.2 Premieharmonisatie: de strekking of het gevolg dat de mededinging wordt beperkt?

Met de vaststelling dat premieharmonisatie beschouwd kan worden als afstemming van marktgedrag, komt de vraag aan de orde of hiermee de mededinging kan worden beperkt. Een mededingingsbeperking valt volgens de tekst van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag uiteen in een doelbeperking en/of

ONDER EMBARGO

113 HvJ EU 22 oktober 2015, C 194/14 P, ro. 37-39 (*AC-Treuhand AG/Europese Commissie*).

114 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 66 (*Kleurstoffen*) en HvJ EG 31 maart 1993, (gevoegde zaken C-98/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 tot C-129/85), *Jur*. 1993, p. I-1307, ro. 70-72 (*Houtslijp II*). Zie ook: *Kamerstukken II*, 1995–1996, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 11.

115 Vgl. EY 2014, p. 134 waar is gevraagd naar coördinatie tussen de inschrijvers bij coassurantie en waarbij een klein gedeelte van de respondenten aangeeft dat inschrijvers bij coassurantie mogelijk hun biedingen afstemmen.

116 COM (2007)556, def: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité van de Regio's – Sectoraal onderzoek overeenkomstig artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de mededingingssituatie in de sector zakelijke verzekeringen (Eindverslag), p. 36-37. Vgl. de 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, C82/22, rn. 17.

een gevolgbeperking.[117] Bij de beoordeling van de vraag of een afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft, moet volgens het Hof worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook de economische en juridische context.[118] Daarbij geldt volgens vaste jurisprudentie dat, indien onderling afgestemd marktgedrag de strekking heeft de mededinging te beperken, de gevolgen ervan voor de mededinging niet meer onderzocht hoeven te worden.[119]

Mededingingsbeperkende strekking van premieharmonisatie?

Toegepast op de praktijk van premieharmonisatie lijkt die op het eerste gezicht mededingingsbeperkend te zijn omdat er sprake is van gelijke prijzen/premies. Van prijsafspraken wordt in het mededingingsrecht vrij snel aangenomen dat zij de strekking hebben om de mededinging te beperken. Een van de voorbeelden die wordt genoemd in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag is immers het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden. Anderzijds dient, zo heeft het Hof overwogen in het *Cartes Bancaires*-arrest, voor het aannemen van een doelbeperking ook rekening te worden gehouden met de economische context waarin de afspraak wordt gemaakt, hetgeen tot uiting komt in de factoren de aard van de betrokken goederen of diensten en de structuur van de markt waarin deze worden aangeboden.[120] Daaruit vloeit voort dat moet worden nagegaan i) wat de relevante markt is waarop de onderneming(en) actief is/zijn, ii) het aantal concurrenten, iii) het marktaandeel/de mate van concentratie, iv) de mate van productdifferentiatie/substituten en v) de potentiële concurrentie.

De feitelijke context moet dus in aanmerking worden genomen, alvorens kan worden geconcludeerd dat premieharmonisatie de mededinging zou beperken. Premieharmonisatie is een gevolg van informatie-uitwisseling tussen de makelaar en verzekeraars en/of tussen verzekeraars onderling. Verzekeraars worden immers door de makelaar op de hoogte gebracht van het bod dat de klant heeft ontvangen en/of is overeengekomen met bepaalde concurrenten.[121] Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan informatie-uitwisseling, ondanks de daarmee gepaard gaande efficiëntieverbeteringen, een risico zijn voor een beperking van de mededinging.[122] Ondernemingen kunnen de uitwisseling van marktinformatie kennis krijgen van de marktstrategieën van concurrenten. Dit risico is vooral aanwezig in de zogenoemde oligopolistische markten. Bezien we de coassurantiemarkt vanuit economisch perspectief dan valt op dat deze kenmerken heeft van een oligopolistische markt. Een oligopolistische markt wordt gekenmerkt door relatief weinig spelers (vijf tot tien), een homogeen product, homogene

ONDER EMBARGO

117 Vgl. h. 2, par. 2.3.1.2.
118 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P r.o. 53 (*Cartes Bancaires*).
119 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P r.o. 49 (*Cartes Bancaires*). Zie ook conclusie A-G N. Wahl, r.o. 56 bij *Cartes Bancaires.* Vgl. HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 34 (*Allianz*).
120 HvJ EU 3 september 2014, C-67/13 P r.o. 53 (*Cartes Bancaires*).
121 Commission Staff Working Document SEC (2007) 1231, p. 35.
122 Richtsnoeren Horizontalen, punt 58.

productieprocessen, transparantie en significante toetredingsbarrières.[123] Doordat de marktdeelnemers op een oligopolistische markt elkaar kennen en relatief gemakkelijk elkaars marktgedrag kunnen achterhalen, bestaat – theoretisch gezien – meer risico op collusie/samenspanning.[124]

Uit onderzoek naar de Nederlandse coassurantiemarkt blijkt dat er relatief weinig verzekeraars optreden als leidende verzekeraar en dat er bovendien sprake is van een terugkerende groep aanbieders.[125] Voor deze groep van potentiële leiders geldt dat zij elkaar kennen (transparantie), dat zij een homogene dienst aanbieden (waar de concurrentie zich naast de prijs vooral richt op de kwaliteit van de service en de behandeling van claims[126]) en dat het voor andere verzekeraars lastig zou kunnen zijn om toe te treden tot de markt van leidende verzekeraars (daarvoor is bepaalde expertise en verzekeringscapaciteit noodzakelijk).[127] Deze factoren laten zien dat premieharmonisatie in haar economische context bezien dus risico's met zich meebrengt voor een strekking om de concurrentie te beperken.

Voordat ik uitwerk welke mededingingsbeperkende gevolgen premieharmonisatie met zich mee zou kunnen brengen, wil ik de aandacht vestigen op de mogelijkheid dat coassurantie aanleiding geeft tot ongewenste prikkels in het biedproces. Ik bespreek dat op deze plaats omdat deze mogelijkheid van (ongewenste) prikkels van betekenis kan zijn voor de vraag of premieharmonisatie ertoe strekt om de mededinging te beperken.

Ongewenste prikkels bij het coassurantiespel?

In het kader van de vraag of premieharmonisatie de mededinging beperkt, is het van belang om na te gaan of de gevolgde procedure(s) bij coassurantie aanleiding kan geven tot ongewenste prikkels voor de mededinging. Het gaat hier om een theoretische redenering. Het biedproces bij coassurantie kan immers vergeleken worden met de interactie van spelers bij speltheorie.[128] Waar gaat het dan om? Een risico van het harmoniseren van de premie tussen de leidende verzekeraar en de volgverzekeraars is dat *potentiële* leidende verzekeraars een prikkel kunnen krijgen om hun biedingen (heimelijk) op elkaar af te stemmen. De kans dat zij, na de selectie van de leider bij de totstandkoming van een verzekering in coassurantie, opnieuw betrokken worden bij het coassurantiecontract en het feit dat bij coassurantie sprake is van een herhaald spel kan die prikkel versterken. Waar het mij om gaat, is dat als een verzekeraar een (kunstmatig) hoog bod uitbrengt, waarvan hij weet dat deze niet geaccepteerd zal worden waardoor een andere inschrijver

123 Bishop & Walker 2018, p. 27.
124 Green, E., Marshall, R., & Marx, L. 2014. Tacit Collusion in Oligopoly. In: The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, Oxford University Press. In het onderzoek van Ivaldi, Marc, Jullien, Bruno, Rey, Patrick, Seabright, Paul and Tirole, Jean, (2003), The Economics of Tacit Collusion, No 186, IDEI Working Papers, Institut d'Économie Industrielle (IDEI), Toulouse, https://EconPapers.repec.org/RePEc:ide:wpaper:581 wordt een aantal belangrijke factoren genoemd die 'tacit collusion' kunnen vergroten/verkleinen.
125 Baarsma e.a. 2008, p. 16; NMa Monitor Financiële sector 2005, p. 85.
126 EY 2014, p. 122, rn. 350.
127 Europe Economics 2016b, p. 22 en p. 58.
128 Zie ook: Boone e.a. 2012.

ONDER EMBARGO

de positie van leider zal krijgen, de verzekeraar met het (kunstmatig) hoge bod dan niet de kans verliest om opnieuw betrokken te worden bij de verzekering van dat risico. Als er weinig verzekeraars inschrijven is immers voorstelbaar dat een makelaar de desbetreffende verzekeraar opnieuw zal vragen mee te tekenen (maar dan tegen de lagere premie van een van zijn concurrenten). Bovendien zorgt premieharmonisatie ervoor dat de verzekeraar uiteindelijk mee zal tekenen tegen dezelfde premie als de beste bieder heeft uitgebracht. Die wetenschap zou een prikkel kunnen geven om in de eerste ronde juist een (kunstmatig) hoog bod uit te brengen. Vanuit spel theoretisch perspectief heeft een potentiële leidende verzekeraar, ervan uitgaande dat hij een tweede kans krijgt om mee te doen, een prikkel om in de *eerste* ronde een 'kunstmatig' hoog bod uit te brengen.[129] Als andere deelnemers aan het coassurantiespel eenzelfde strategie volgen, heeft dat een prijsopdrijvend effect. Premieharmonisatie zou dit effect kunnen versterken en er bovendien toe kunnen leiden dat minder verzekeraars opteren voor de positie van leider, omdat zij zonder extra kosten dezelfde premie kunnen incasseren als volger.[130] Een nadeel dat hieraan kleeft voor de klant is dat potentiële leiders de voorkeur zouden kunnen geven aan de positie van volger in plaats van leider, omdat zij toch dezelfde premie ontvangen.[131] Theoretisch gezien houdt dit verband met het 'free riding' probleem. De volgers kunnen immers, zonder daar zelf kosten voor te maken, afgaan op de door de leider uitgevoerde premieberekening. In die premieberekening zal vaak een component zitten van risicobeoordelingskosten.[132] De volgers maken die kosten niet, maar krijgen daar wel voor betaald. Daardoor zou de ongewenste situatie kunnen ontstaan dat de klant deze kosten dubbel betaalt via de premie.

Dit (theoretische) risico is mijns inziens groter bij de aanbestedingsprocedure dan bij de onderhandelingsprocedure, omdat door middel van onderhandelingen de geboden premie gecorrigeerd kan worden terwijl dat in de regel bij een aanbestedingsprocedure niet mogelijk is. Voor de groep van volgverzekeraars die het risico voor het eerst onder ogen krijgt, kan het verleidelijk zijn om af te gaan op de risicobeoordeling van de leider die immers vaak gezien wordt als degene die de meeste expertise heeft in de verzekering van het desbetreffende risico. In dat kader wordt wel aangevoerd dat het inefficiënt en onwaarschijnlijk is voor deze groep van verzekeraars om een lagere premie te bieden dan die welke de leider heeft bedongen.[133] Dat argument laat echter onverlet dat ook de volgers een risico-inschatting zouden moeten kunnen maken en naar mijn overtuiging zelfstandig dienen te beslissen tegen welke premie zij een deel van het risico mee verzekeren.

UNDER EMBARGO

129 Zie hierover ook Commission Staff Working Document SEC (2007) 1231, p. 33.
130 Aan de andere kant zijn aan de positie van leider voordelen verbonden, zoals het zijn van spreekbuis voor de andere verzekeraars en het leiding geven bij de schadebehandeling, die dit effect verzwakken. Zie SEO economisch onderzoek 2008, p. 16.
131 Dit aspect wordt genoemd door Europe Economics 2016a, p. 60. Dit bezwaar zou kunnen worden weggenomen door de leider extra te compenseren; er wordt verondersteld dat het risico van 'free riding' dan kleiner wordt. Zie ook: Europe Economics 2016a, p. 61.
132 Europe Economics 2016a, p. 59.
133 EY 2014, p. 138, rn. 393.

Al met al kan niet worden uitgesloten dat premieharmonisatie vanwege de ongewenste effecten die ervan uitgaan ertoe strekt de mededinging te beperken. Een andere vraag is of premieafstemming tot gevolg heeft dat de mededinging op de coassurantiemarkt wordt beperkt. Daarbij sta ik hieronder stil.

Mededingingsbeperkende gevolgen van premieharmonisatie?

Naast overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking omvat het kartelverbod ook overeenkomsten die tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Of een afspraak het gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt dient in feite te worden vastgesteld op grond van een 'counterfactual analysis'. Dat betekent dat er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de huidige marktsituatie en de hypothetische situatie waarbij de vermeende kartelafspraak wordt weggedacht.[134] Concreet houdt dat in dat beoordeeld dient te worden hoe de marktsituatie zou zijn geweest als volgers een lagere premie dan de leider hadden gekregen. Bij die markttoets is in mijn optiek een bepalende factor of en onder welke voorwaarden het risico verzekerd had kunnen worden. Zoals eerder vermeld, is het plaatsen van een risico onder uniforme voorwaarden immers een van de mogelijkheden waarop een risico in coassurantie verzekerd kan worden. Of een makelaar ook andere mogelijkheden heeft om het risico te kunnen plaatsen en of deze opwegen tegen de plaatsingsmogelijkheid van uniforme premies, is een afweging die in het kader van de vraag naar de beperkende gevolgen voor de mededinging naar mijn mening onderzocht zou moeten worden. Evenwel kan dit in een concreet geval lastig zijn, en zou de documentatie die een makelaar maakt van het plaatsingsproces wellicht uitkomst bieden. De vraag is dus of het mogelijk zou zijn geweest om het risico vol te tekenen tegen lagere premies dan die welke door de leider in de eerste ronde is bedongen. Maar ook: welke (transactie)kosten gaan ermee gepaard om met de volgers afzonderlijk te onderhandelen? Indien die kosten niet opwegen tegen de voordelen van het plaatsen onder een uniforme premie, zal van een beperking van de mededinging naar mijn mening geen sprake zijn. Voorwaarde is wel dat de premie die met de leider is uit-onderhandeld de meest efficiënte prijs is die beschikbaar is in de markt. Ik kom daarop terug onder par. 5.5.2.1. Het kan namelijk zo zijn dat de met de leider bedongen premie kosten efficiënt is en daarmee een natuurlijk evenwicht in vraag en aanbod weerspiegelt.[135] Dan nog blijft relevant dat de leider een andere rol heeft bij coassurantie dan een volger, en dat dat in principe door zou moeten werken in de premie.

Een en ander zou anders zijn in de situatie dat er binnen de groep van (potentiële) leiders vooraf afstemming zou plaatsvinden over de prijs/offerte die zij uitbrengen (dit wordt aangeduid als 'bid rigging').[136] Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als verzekeraars verwachten dat een grote post aan hen wordt voorgelegd en zij deze van te voren 'bespreken'. Dan is er uiteraard sprake van wilsovereenstemming

134 Zie ook Richtsnoeren Horizontalen, punt 29.
135 Dit punt wordt aangesneden door EY 2014, rn. 394.
136 Zie uitvoeriger hierna onder par. 5.6.1.2.

ONDER EMBARGO

om het gedrag te coördineren en de mededinging te beperken omdat de prijs kunstmatig hoog wordt gehouden. Een ander voorbeeld zou kunnen zijn als er voor een specifiek risico door de makelaar met een aantal potentiële leiders wordt onderhandeld over de premie en de voorwaarden waaronder zij het risico, als eerste verzekeraar, wensen te verzekeren. Van wilsovereenstemming is sprake als de groep van leiders ervan op de hoogte is dat zij allen in aanmerking kunnen komen voor de positie van leider en zij vervolgens 'afspreken' dat ze niet onder een bepaald bedrag zullen gaan bieden.

Geconcludeerd kan worden dat premieharmonisatie tot gevolg kan hebben dat de mededinging wordt beperkt.

Aandachtspunten voor het onderhandelingsproces bij coassurantie

Samenvattend wil ik enkele aandachtspunten noemen die in het licht van het mededingingsrecht relevant zullen zijn voor de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie.[137] Het gaat dan om punten die van belang zijn voor de vraag of marktgedrag bij coassurantie valt onder het bereik van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag. Deze aandachtspunten vloeien voort uit de toepassing van het kartelverbod op de sluiting van een verzekering in coassurantie waarbij meerdere ondernemingen zijn betrokken. Ik kom tot de volgende aandachtspunten:

1. Verzekeraars dienen onafhankelijk te besluiten of en onder welke voorwaarden zij een door de makelaar gepresenteerd risico gaan verzekeren. Dat houdt in dat zij, indien ze ervan op de hoogte zijn dat ze voor de verzekering zijn benaderd, geen 'overleg' mogen voeren met elkaar over de voorwaarden waaronder zij het risico willen verzekeren.
2. Verzekeraars die door de beursmakelaar worden benaderd om als bovenstaande of leidende verzekeraar op te treden mogen niet met andere verzekeraars afstemmen of en tegen welke voorwaarden en premie zij het risico wel of niet willen verzekeren.
3. Verzekeraars die door de beursmakelaar worden benaderd om als volgende verzekeraar op te treden mogen niet met andere verzekeraars afstemmen of en tegen welke voorwaarden en premie zij het risico gaan accepteren.
4. Verzekeraars mogen niet de voorwaarde bedingen dat de premie voor hun aandeel zal worden verhoogd indien een andere verzekeraar een hogere premie bedingt (BTC-clausule).[138]
5. Volgverzekeraars mogen niet vragen aan makelaars om hun de informatie te geven waarop andere volgverzekeraars het risico (willen) verzekeren.
6. Makelaars dienen zich te onthouden van het geven van concurrentiegevoelige informatie aan een of meer verzekeraars of anderszins overtreding van mededingingsregels door die verzekeraar(s) te faciliteren.

137 Vgl. Competition Law Guidance, vastgesteld door de Lloyds Market Association (laatstelijk gewijzigd per maart 2017). Beschikbaar via: http://www.lmalloyds.com/LMA/Legal/Competition_Law_Guidance__PDF_.aspx.

138 Dit aspect besprak ik onder paragraaf 5.3.2.

ONDER EMBARGO

5.5.2 Ruimte onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 Mw.

Omdat niet kan worden uitgesloten dat premieharmonisatie onder het bereik valt van het eerste lid van het kartelverbod behandel ik de uitzonderingsregeling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Dit betekent dat wordt nagegaan wat de mededingingsbevorderende gevolgen van premieharmonisatie zijn en of deze opwegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. Uit de tekst van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag kunnen de volgende vier cumulatieve voorwaarden worden afgeleid:

i. de overeenkomst dient bij te dragen aan de bevordering van de technische of economische vooruitgang of productie (efficiëntievoordelen);
ii. een billijk aandeel daarvan moet de gebruikers ten goede komen;
iii. de beperkingen gaan niet verder dan strikt noodzakelijk;
iv. de mededinging mag niet voor een wezenlijk deel van de betrokken producten worden uitgeschakeld.

Hieronder zal ik de figuur van premieharmonisatie toetsen aan deze vier (cumulatieve) voorwaarden voor een vrijstelling van het kartelverbod. Daarbij dient dus bedacht te worden dat zodra aan één van deze voorwaarden niet is voldaan, de resterende voorwaarden niet meer hoeven te worden onderzocht.[139] De bewijslast om aan te tonen dat voldaan is aan de vier voorwaarden ligt bij de onderneming(en) die een beroep doen op de uitzonderlingsregeling.[140]

5.5.2.1 Efficiëntievoordelen van premieharmonisatie

De eerste voorwaarde die wordt gesteld in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat de overeenkomst bij moet dragen aan de bevordering van de technische of economische vooruitgang of productie. Dit komt erop neer dat een overeenkomst efficiëntieverbeteringen met zich mee moet brengen. Betoogd zou kunnen worden dat premieharmonisatie bepaalde efficiëntievoordelen met zich meebrengt, zoals een snelle acceptatie van risico's of het vergroten van verzekeringscapaciteit. Bij het in kaart brengen van de efficiëntievoordelen moet echter worden bedacht dat alleen objectieve economische voordelen in aanmerking kunnen worden genomen.[141] Efficiëntieverbeteringen kunnen daarom niet worden beoordeeld vanuit het subjectieve standpunt van partijen.[142]

Een van de argumenten die wel wordt aangedragen voor premieharmonisatie is dat kleinere of minder ervaren verzekeraars (volgverzekeraars) kunnen profiteren van de voorwaarden die zijn onderhandeld door de grotere, meer ervaren, verzekeraars.[143] Het zou hun kosten besparen die anders worden doorberekend in de premie. Premieharmonisatie zou op die manier ook de volgverzekeraars, die

139 Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag, par. 42.
140 Verordening (EG) nr. 1/2003 uitvoering mededingingsregels, artikel 2.
141 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, par. 49.
142 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, par. 49.
143 BISI 2007, COM(2007) final, p. 32.

ONDER EMBARGO

geen expertise hebben in de verzekering van bepaalde groot zakelijke risico's, in staat stellen om deel te nemen in de verzekering in coassurantie. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat een grotere groep van verzekeraars bereid is risico's in coassurantie te verzekeren waardoor de beschikbare capaciteit wordt vergroot (wat een premie-drukkend effect kan hebben). Hieraan gerelateerd is het argument dat het voor volgverzekeraars kostbaar en inefficiënt zou zijn om bij het verzoek als volgverzekeraar mee te tekenen zelfstandig nog een risicobeoordeling en premie-inschatting te maken. Zij zouden niet in staat kunnen zijn om tot een betere premieberekening te komen dan de leider.[144] Volgens deze redenering brengt premieharmonisatie dus kostenvoordelen met zich mee. In het onderzoek door EY wordt dit argument ook naar voren gebracht:

> '393. Those followers whose strategy was to follow, either in a specific industry sector or line of business or more generally those seeking diversification risk would be unlikely to offer a lower rate than a leader who is an expert in the business line. The BISI report [Business Insurance Sector Inquiry, GTB] recorded the argument that 'it would be inefficient … for following(re) insurers who have not assessed the risk at the tender stage to be obliged to do so subsequently, at a cost which would have to be passed on to the client'. However, in at least the UK market, the largest subscription market, it is a requirement that they do so; respondents commented that underwriting risk management requires that underwriters always apply the discipline of rating to risks offered to them, and it is no longer acceptable for them to 'write blind'.
>
> 394. One London-based broker also commented that there came a point at which the customer accepted that the price was reasonable for the risk transferred, and that whilst it would always be possible to ask for quotes from more insurers, this would not be cost effective. In this case, the alignment of premium in the majority of cases would represent a natural equilibrium of the market, rather than a concerted practice. A representative of an international risk management association in the UK expressed the view that the coinsurance market in the UK was 'not broken' and did not need to be fixed. The association's members were knowledgeable and controlled significant bargaining power. Underwriting respondents also pointed to the buyer-led nature of the market, one underwriter commenting that if there were further efficiencies, brokers would be able to access them given their negotiating power.'[145]

Volgverzekeraars beschouwen de premie-inschatting van de leider (dus) als de meest competitieve premie in de markt waarbij het voor hen niet efficiënt zou zijn daaronder te bieden. Onder de paraplu van kostenvoordelen zou dus bepleit kunnen worden dat premieharmonisatie efficiëntieverbeteringen met zich meebrengt die in aanmerking kunnen worden genomen bij toetsing aan de eerste voorwaarde van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Ook Europe Economics komt in haar onderzoek naar samenwerkingsvormen tussen verzekeraars en de invloed daarvan op de mededinging tot de conclusie dat premieharmonisatie efficiënt kan zijn:

> 'premium alignment between leaders and followers is generally efficient. Insofar as the leader is not additionally remunerated relative to the followers (either in terms of a top-up, or in terms

144 Europe Economic 2016a, p. 86.
145 EY 2014, p. 138.

ONDER EMBARGO

> of followers receiving a discounted premium), but is instead remunerated through an increased premium applicable to both leader and follower, then there is a potential concern that some costs that have been incurred only by the leader (e.g. risk assessment and underwriting costs) may be charged to the clients multiple times'.[146]

Tegelijkertijd wordt er geen efficiëntie geboekt als kosten dubbel in rekening worden gebracht terwijl daar geen goede rechtvaardiging voor bestaat. In de verhouding leider-volgers bestaan immers factoren die nu juist een variatie in premie rechtvaardigen. Zo heeft de leider als gezegd een andere rol dan volgers. Hij is degene die de spreekbuis is bij de schadebehandeling. Indien de volgverzekeraars tot zekere hoogte dezelfde premie ontvangen, 'free riden' zij, zoals ik eerder aan de orde stelde, op de inspanningen van de leider. Door Europe Economics is in dat kader aangevoerd dat dit in het nadeel is van de klant omdat zij kosten dubbel betalen (de premie voor de volgers bevat een risicobeoordelingscomponent die zij niet hebben gemaakt) en verzekeraars die in de positie zijn om als leider op te treden de voorkeur zouden kunnen geven voor de rol van volger.[147] Europe Economics maakt inzichtelijk dat de premie van een leider bestaat uit drie componenten: de verwachte verliezen, een veiligheidsbuffer en de overheadkosten.[148] Als al deze kosten via de premie worden doorberekend aan de klant, terwijl niet alle verzekeraars bij coassurantie de kosten maken, is dat niet efficiënt. Er zal dan ook geen sprake zijn van efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag als blijkt dat er een goede mogelijkheid bestaat dat volgers tevens kunnen verzekeren in coassurantie tegen een lagere premie dan de leider ontvangt. Daarbij dient bedacht te worden dat de makelaar degene is die het risico aanbiedt en zich moet vergewissen van deze mogelijkheid van een lagere premiestelling bij de volgers.

Gelet op het bovenstaande bestaat er (enige) ruimte om te verdedigen dat premieharmonisatie gepaard gaat met efficiëntieverbeteringen, maar als er geen goede rechtvaardiging bestaat voor eenzelfde premie tussen leider en volgers (gelet op hun verschillende positie) en de voordelen niet via een lagere premie terecht komen bij de klant lijkt het onwaarschijnlijk dat voldaan is aan de eerste voorwaarde van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. In de volgende paragraaf behandel ik het doorgeven van de voordelen aan de klant als onderdeel van de toetsing aan artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.

5.5.2.2 Doorgifte van voordelen aan de klanten?

De tweede voorwaarde die wordt gesteld in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat een billijk aandeel van de voordelen aan de gebruikers moet worden doorgegeven. Dit betekent dat de gebruikers moeten worden gecompenseerd voor de eventuele nadelen die zij ondervinden van de vermeende kartelafspraak. Gedacht kan worden aan het hiervoor aangehaalde 'dubbel' betalen van bepaalde kosten, die

146 Europe Economics 2016a, p. 9.
147 Europe Economics 2016a, p. 59.
148 Europe Economics 2016a, p. 58.

ONDER EMBARGO

alleen de leider zal maken, bij het hanteren van premieharmonisatie als manier om het risico in coassurantie onder te brengen. Volgens de Europese Commissie is niet aan de tweede voorwaarde van de uitzonderingsregeling voldaan als de gebruikers er door de kartelafspraak slechter aan toe zijn. Met andere woorden: de voordelen voor de mededinging moeten de nadelen voor de gebruikers in voldoende mate compenseren. Ten aanzien van de beoordeling van premieharmonisatie is de vraag of de hierboven geschetste (kosten)voordelen worden doorgegeven aan de klant/verzekeringnemer. Ik meen dat pas kan worden gesproken van doorgifte aan verzekeringnemers van de efficiëntievoordelen als kan worden aangetoond dat premieharmonisatie onder de streep tot een voor de klant gunstiger resultaat leidt dat het plaatsen op basis van een 'Bipar-polis', waarbij alle verzekeraars afzonderlijke premies ontvangen. De premie is immers de prijs die de klant betaalt voor de verzekeringsdienst en zolang de efficiëntievoordelen blijven rusten bij de verzekeraars en niet via de premie bij de klant belanden, zal naar mijn overtuiging niet voldaan kunnen zijn aan de tweede voorwaarde van de uitzonderlingsregeling.

5.5.2.3 Onmisbaarheid van de beperkingen

De derde voorwaarde van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat de beperkingen niet onmisbaar mogen zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken. Dit houdt in dat onderzocht moet worden of een kartelafspraak (en de daaruit voortvloeiende beperkingen) op zich noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen. Daarbij is de vraag niet of de overeenkomst zonder de beperking niet zou zijn gesloten maar of met de overeenkomst méér efficiëntieverbeteringen worden gerealiseerd dan zonder de overeenkomst.[149] Volgens de Europese Commissie is een beperking onmisbaar wanneer het ontbreken van de beperking de uitschakeling of de aanzienlijke vermindering meebrengt van de efficiëntie verbeteringen welke uit de overeenkomst voortvloeien, dan wel het aanzienlijk minder waarschijnlijk maakt dat deze efficiëntieverbeteringen zich zullen voordoen.

Toegepast op de praktijk van premieharmonisatie is dus de vraag of het hanteren van dezelfde premies tussen de leider en volgers onmisbaar is om de efficiëntieverbeteringen (lagere kosten, snellere acceptatie etc.) te realiseren. Deze vraag dient beantwoord te worden binnen het feitelijke kader waarin de overeenkomst functioneert, waarbij rekening moet worden gehouden met de structuur van de markt, de aan de overeenkomst verbonden economische risico's en de prikkels waarmee partijen te maken hebben. Zoals ik in par. 5.5.1.2 aan de orde stelde, kan premieharmonisatie bij coassurantie vanuit (spel)theoretisch perspectief gepaard gaan met ongewenste prikkels. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de groep van (potentiële) leidende verzekeraars klein kan zijn en premieharmonisatie hen in staat kan stellen om invloed uit te oefenen op de concurrentie tussen de volgverzekeraars (waaronder zich afgevallen leiders kunnen bevinden). Naar mijn overtuiging zal premieharmonisatie niet noodzakelijk zijn om de voordelen van coassurantie te kunnen realiseren. Ook

149 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, punt 74.

ONDER EMBARGO

bij afzonderlijke premies tussen de leider en volgers (wat zoals bleek uit par. 5.1.2.3 steeds vaker voorkomt; het sluiten op basis van een Bipar-polis) kunnen de (kosten)voordelen van coassurantie worden behaald. Premieharmonisatie lijkt daarvoor niet noodzakelijk te zijn. Alhoewel sprake kan zijn van een marktgebruik lijkt deze niet de mededinging te bevorderen. Daarbij moet ook worden bedacht dat premieharmonisatie noodzakelijkerwijs inhoudt dat de prijs van de leider wordt bekendgemaakt aan de volgverzekeraars (die op basis van die prijs inschrijven). Dit aspect van informatie-uitwisseling dat aan premieharmonisatie ten grondslag ligt, maakt het niet waarschijnlijk dat de beperkingen onmisbaar zullen zijn. Zonder dat aspect kunnen de premies mijns inziens niet gealigneerd worden, gesteld dat aan voorwaarden één en twee is voldaan.

Geconcludeerd kan worden dat premieharmonisatie niet zal voldoen aan de derde voorwaarde van de uitzonderingsregeling. Hoewel daarmee dus eigenlijk al vaststaat dat geen ruimte bestaat voor een beroep op de uitzonderingsregeling (er is immers sprake van een cumulatief karakter) bespreek ik voor de volledigheid hieronder nog wel het vierde vereiste: de restconcurrentie.

5.5.2.4 Restconcurrentie

Bij de vierde voorwaarde van de vrijstellingsregeling gaat het erom dat een kartelafspraak de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid mag bieden om de concurrentie voor een wezenlijk deel uit te schakelen. Of hiervan sprake is, wordt beoordeeld door te onderzoeken of de concurrentie door de kartelafspraak is verzwakt. Daarbij geldt dat hoe sterker de concurrentie op de betrokken markt reeds is verzwakt, des te geringer de verdere verzwakking die nodig is om de mededinging uit te schakelen in de zin van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.[150] De toepassing van het vierde vereiste van de vrijstellingsregeling vereist, volgens de Europese Commissie, een analyse van de diverse bronnen van concurrentie op de markt, de omvang van de concurrentiedruk die ervan uitgaat en de impact van de overeenkomst op de concurrentiedruk.[151] De marktaandelen van de verzekeraars kunnen daarbij een rol spelen. Wanneer de kartelafspraak de uitschakeling met zich meebrengt van de prijsconcurrentie kan niet worden voldaan aan de vierde voorwaarde van de vrijstellingsregeling.[152]

Wat betekent dit nu voor een beroep op de vrijstellingsregeling? In de kern gaat het erom dat de verzekeraars moeten kunnen aantonen dat de concurrentie niet (ernstig) wordt verzwakt door de praktijk van premieharmonisatie. Ik meen dat een dergelijk beroep een goede kans van slagen kan hebben. Bij de verzekering van coassurantie gaat het immers om een specifiek (groot) zakelijk risico dat onderling wordt verdeeld en waarbij voor de looptijd van de verzekeringsovereenkomst wordt afgesproken welke verzekeraars tegen welke aandelen het risico zullen dragen. Die aandelen kunnen per overeenkomst verschillen. Bovendien kan

150 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 107.
151 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 108.
152 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, par. 110.

ONDER EMBARGO

premieharmonisatie in het ene geval worden gebruikt (door de makelaar) om een risico vol te tekenen maar hoeft dat in een andere situatie niet zo te zijn. Een leider bij de ene verzekering kan een volger zijn bij een andere verzekering. Een makelaar kan in een bepaald geval door (bijv. vanwege capaciteitsproblemen) tekening sturen op grondslag van eenzelfde premie, en op een ander moment zelfstandige premies van volgers noteren (de zogenoemde Bipar-polis). Beide situaties kunnen zich voordoen, zoals ook bleek uit de beschrijving onder 5.2.1.1. Premieharmonisatie is dus geen algehele marktpraktijk en kan daarom naar mijn overtuiging in concrete gevallen geen grote gevolgen hebben voor de mededinging tussen de verzekeraars op de coassurantiemarkt.

Kort gezegd zal daarom aan de vierde voorwaarde van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag juist wel voldaan zijn.

5.5.2.5 Tussenconclusie

Hierboven toetste ik de praktijk van premieharmonisatie bij coassurantie aan de vier voorwaarden voor een uitzondering van het kartelverbod, zoals neergelegd in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Geconcludeerd kan worden dat premieharmonisatie tot een efficiënte acceptatie van risico's in coassurantie kan leiden en/of de verzekeringscapaciteit zou kunnen vergroten. Evenwel dienen de hierdoor bereikte voordelen voor de mededinging te worden doorgegeven aan de verzekeringnemer in de vorm van lagere premies. Wanneer premieharmonisatie tot een hogere premie leidt dan het plaatsen van een risico op basis van afzonderlijke premies (Bipar-polis), is het onwaarschijnlijk dat voldaan is aan de uitzondering op het kartelverbod.

5.6 Enkele mededingingsrechtelijke aspecten van het biedproces bij coassurantie door aanbesteding

In deze paragraaf zal ik enkele mededingingsrechtelijke aspecten onderzoeken van het biedproces bij coassurantie door aanbesteding. Welke risico's levert dat biedproces mededingingsrechtelijk gezien op en op welke manier zou de mededinging beperkt kunnen worden? Aanleiding voor het stellen van deze vragen is de eerder in par. 5.4 getrokken conclusie dat bij de verzekering in coassurantie door aanbesteding sprake kan zijn van een kleine groep van inschrijvende en/of biedende verzekeraars die elkaar bovendien (goed) zullen kennen. Uit hoofdstuk 3 bleek dat een markt die zich kenmerkt door relatief weinig aanbieders, (hoge) toetredingsdrempels en markttransparantie (de aanbieders kennen elkaar), een verhoogd risico heeft op kartelvorming. Het gaat dan om oligopolistische markten. In de zakelijke verzekeringsmarkt zijn tevens toetredingsdrempels aanwezig, zoals benodigde vergunningen, specialistische kennis en noodzakelijke capaciteit om de grote en/of complexe risico's te kunnen verzekeren.[153] Dit geldt

153 Dit aspect stelde ik eerder aan de orde in hoofdstuk 4, onder 4.5.4.

ONDER EMBARGO

temeer voor de verzekeraars die als leider optreden. Vanwege deze feitelijke achtergrond behandel ik in par. 5.6.1 de vormen van samenspanning of collusie tussen ondernemingen die zich bij een biedproces voor kunnen doen. Ik maak daarbij de toepassing naar de context van verzekeringen en vat in par. 5.6.2 enkele aandachtspunten samen.

5.6.1 Vormen van samenspanning tussen ondernemingen bij het biedproces door aanbesteding

Zoals naar voren kwam in paragraaf 5.2, wordt bij coassurantie door meerdere verzekeraars een bod uitgebracht om deel te nemen in de verzekering van een bepaald risico, hetzij als leidende verzekeraar en/of volgende verzekeraar. De positie van leider is daarbij van groot belang en de (strategische) overwegingen die daarbij mee kunnen spelen, schetste ik reeds in par. 5.5.1.2. In deze paragraaf beperk ik me tot een bespreking van een tweetal vormen van samenwerking tussen de inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure. Ik vestig de aandacht op 'bid-rigging' en 'cover pricing'. Het gaat dan om vormen van horizontale samenwerking tussen concurrenten.

5.6.1.2 Bid rigging/biedkartels

Wanneer ondernemingen afspraken maken of vooroverleg voeren over hun biedgedrag bij aanbestedingen wordt dat aangeduid met de term 'bid rigging' of biedkartels.[154] Dit is een van de meest ernstige vormen van verboden mededingingsbeperkende afspraken bij een aanbestedingsprocedure.[155] Aanbesteding is er immers op gericht om inschrijvers met elkaar te laten concurreren en zij dienen dan ook onafhankelijk van elkaar een bod uit te brengen. Kortweg gaat het er bij 'bid rigging' om dat inschrijvers hun marktgedrag (de inschrijving) op elkaar afstemmen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een zaak van de Italiaanse mededingingsautoriteit (ICA of AGCM).[156] De ICA stelde in maart 2015 bid rigging vast naar aanleiding van een onderzoek in 58 aanbestedingsprocedures op de markt voor verzekering van openbaar vervoer. Een aantal van de belangrijkste Italiaanse verzekeraars zouden hun inschrijvingen op elkaar afstemmen. Door de ICA werd vastgesteld dat tussen 2010 en 2014 er vijftien lokale openbaar vervoersbedrijven waren die verzekeraars uitnodigden voor openbare aanbestedingsprocedures. Twee verzekeraars, Generali en UnipolSai, deden of niet mee aan de aanbestedingsprocedure (39 procedures) of zij waren de enige inschrijvers (19 procedures), wat het geval was wanneer het een onderneming betrof die zij al verzekerde. In 18 van de 58 aanbestedingsprocedures werd het de inschrijvers toegestaan om hogere prijzen te bieden dan de verzochte prijs, maar desondanks werden er hierop geen inschrijvingen door andere

UNDER EMBARGO

154 Zie de Guidelines for fighting Bid Rigging in Public Procurement, helping governments to obtain best value for money, OECD uitgave. Zie: https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf. Vgl. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 667 e.v.

155 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Nouhuys 2009, p. 672.

156 Case I744ICA (*Gare RCA per trasporto pubblico locale*). Zie ook: Press Release van de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) van 26 maart 2015, nr. I744 genaamd: Insurance companies: two fines for 29 million euros against "UnipolSai" and "Generali" due to an anti-competition agreement.

ondernemingen gedaan. Het onderzoek van de ICA stelde bovendien vast dat de gedragingen werden gefaciliteerd door uitwisseling van informatie tussen de betrokken ondernemingen in de vorm van een werkgroep openbaar vervoer, opgericht door ANIA, de Italiaanse vereniging van verzekeringsmaatschappijen. Iedere verzekeraar kon zo haar klanten behouden en direct met hen onderhandelen zonder aan concurrentie van andere verzekeraars onderworpen te worden. Op basis van deze feiten kwam de ICA tot de conclusie dat biedingen van Generali en Unipolsai werden afgestemd. Uit het verloop van de procedure blijkt echter dat deze zaak in een later stadium eerst in hoger beroep door de Italiaanse rechter is vernietigd wegens onvoldoende bewijs.[157] Dit vonnis is vervolgens door de 'Council of State' in Italië bevestigd.[158] De rechtbank achtte onvoldoende bewijs aanwezig voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het feit dat er geen bod werd uitgebracht door de verzekeraars kon worden verklaard uit de niet-winstgevendheid van de aanbesteding, maar dat betekende nog niet dat sprake was van verboden parallel marktgedrag. Daarvoor was onvoldoende dat Generali en Unipolsai bijeenkomsten hadden bijgewoond van een werkgroep van de ANIA. Desondanks is de zaak wel illustratief hoe bid rigging voor zou kunnen komen bij een aanbesteding van verzekeringsdiensten.

Bekend is eveneens de Spitzer-case in Amerika.[159] Daarin bleek dat Marsh & McLennan, een grote internationale makelaar, bepaalde verzekeraars in het biedproces bevoordeelde. Spitzer stelde vast dat Marsh tegen vooraf besproken prijzen verzekeringsrisico's toewees aan bepaalde verzekeraars en andere verzekeraars juist vroeg om een kunstmatig hoog bod (b-bieding) uit te brengen om de schijn te wekken dat sprake was van een echt biedproces. Een vergelijkbare situatie zou zich voordoen in Zweden. Op 5 april 2017 kondigde de Zweedse mededingingsautoriteit aan invallen te hebben gedaan bij verzekeraars vanwege het vermoeden van samenspanning in het biedproces.[160] De autoriteit onderzocht of verzekeraars en makelaars samenspannen om de concurrentie te beperken bij verzekeringscontracten. Het vermoeden bestond (ook hier) dat makelaars bepaalde verzekeraars informatie geven over de inschrijvingen van concurrenten, waarop zij hun prijzen op elkaar kunnen aanpassen.

Bid rigging kan dus in allerlei varianten voorkomen. Zo kan het zijn dat ondernemingen afspreken om niet in te schrijven op een bepaald contract, niet te offreren of zelfs een offerte terug te trekken. Ondernemingen kunnen ook afspreken een kansloze offerte in te dienen. Klassieke signalen die wijzen op afstemming is als meerdere inschrijvingen dezelfde lay-out hebben, op hetzelfde papier zijn gedrukt of er dezelfde spellingfouten in staan. Het kan ook zijn dat een gezamenlijk bod wordt uitgebracht, ondanks dat in ieder geval één van de

ONDER EMBARGO

157 TAR Lazio, judgments of 18 December 2015, UnipolSai Assicurazioni SpA and ICA and Generali Italia SpA and ICA (judgments Nos. 14282 and 14281).
158 Council of State, judgment of 7 March 2017, UnipolSai Assicurazioni SpA et al and ICA (judgment No. 1066).
159 Francis, T. (2004, Oct 15). Spitzer charges bid rigging in insurance; top broker, major firms named in legal actions; 'trust me: This is day one'. Wall Street Journal Retrieved from https://search.proquest.com/docview/398885559?accountid=13598
160 Zie: https://www.reuters.com/article/sweden-insurance-raid-idUSL8N1JB201

ondernemingen in staat was om de hele opdracht alleen uit te voeren. Een ander signaal is dat aanbieders vlak voor de deadline van de inschrijving vergaderingen samen hebben of samen worden gezien in een sociale omgeving.

5.6.1.3 Prijslenen - Cover pricing

Een andere manier waarop verzekeraars hun marktgedrag op elkaar zouden kunnen afstemmen, is door middel van prijslenen, 'cover pricing' genoemd. Daarbij wordt concurrentiegevoelige informatie onderling uitgewisseld met als doel om het marktgedrag op elkaar af te stemmen. Prijslenen vindt plaats doordat een onderneming (heimelijk) van een concurrent te horen krijgt voor welk bedrag deze heeft ingeschreven en vervolgens wordt die prijs geleend met als doel om een offerte in te dienen zonder dat daarmee wordt gewonnen.

Illustratief is de uitspraak van 12 oktober 2017 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College).[161] De ACM gaf in die zaak een aantal ondernemingen die actief is op het gebied van sloopwerkzaamheden een boete omdat zij ten aanzien van de aanbesteding van verscheidene sloopprojecten concurrentiegevoelige informatie hadden uitgewisseld en hun inschrijfprijzen onderling hadden afgestemd. Ik gebruik deze uitspraak om te schetsen welke risico's zich kunnen voordoen bij een aanbestedingsprocedure.

De Rechtbank Rotterdam was in eerste aanleg van oordeel dat prijslenen te zien is als een onderling afgestemde feitelijke gedraging en naar zijn aard schadelijk voor het concurrentieproces bij de mededinging en daarom de strekking had de mededinging te beperken als bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet.[162] Het College stelt zich in beroep eveneens op het standpunt dat prijslenen een gedraging is die naar haar aard schadelijk kan worden geacht voor de goede werking van de normale mededinging:

> '5.3.9 In het geval van prijslenen onttrekt de prijslenende onderneming zich op oneigenlijke wijze aan de hiervoor beschreven marktrisico's en is van zelfstandig marktgedrag niet langer sprake. Bij prijslenen wordt door de betrokken ondernemingen informatie uitgewisseld en onderling gedrag afgestemd ten aanzien van de te hanteren inschrijfprijs en het voorgenomen inschrijfgedrag. De prijslenende onderneming dient immers een offerte in die is gebaseerd op informatie verstrekt door een andere onderneming, in plaats van zelf haar inschrijfstrategie te bepalen, terwijl de prijsgevende onderneming kennis verkrijgt over het voorgenomen inschrijfgedrag van de prijslenende onderneming waarover zij normaliter niet zou beschikken. Door prijslenen verschaffen ondernemingen zichzelf een oneigenlijk voordeel ten opzichte van andere ondernemingen (waaronder eventueel bespaarde calculatiekosten), hetgeen de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen frustreert en het concurrentieproces bij aanbestedingen aantast. Door deze informatie-uitwisseling en afstemming van marktgedrag wordt het proces van mededinging bij aanbestedingen aangetast. Door prijslenen ontstaat allereerst bij de opdrachtgever een onjuist beeld van het concurrentieveld bij de onderhavige aanbesteding, aangezien door de betrokken ondernemingen de schijn wordt gewekt dat de

161 Uitspraak CBb van 12 oktober 2017, nr. 16/3, 16/4, 16/5, ECLI:NL:CBB:2017:325.
162 Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610, ro. 15.5.

ONDER EMBARGO

> prijslenende onderneming een concurrerend bod indient terwijl haar offerte in werkelijkheid niet in vrije mededinging tot stand is gekomen. Door prijslenen wordt daarbij aan de opdrachtgever de kans ontnomen een andere onderneming uit te nodigen voor de aanbesteding, welke kans hij wel had gehad indien de prijslenende onderneming de uitnodiging om op de aanbesteding in te schrijven, had afgeslagen. Ook had de opdrachtgever hiermee rekening kunnen houden bij aanbestedingen voor toekomstige opdrachten, door bij andere ondernemingen, of een groter aantal ondernemingen, offertes op te vragen.

Bij prijslenen vindt dus onderlinge afstemming plaats tussen de inschrijvers bij een biedproces. De prijslenende onderneming doet immers een inschrijving op basis van de informatie die is verstrekt door een andere onderneming en bepaalt daarmee niet zelfstandig haar marktgedrag. Een nadelig gevolg van prijslenen is dat het tot hogere prijzen kan leiden, zoals uit onderstaande overweging van de uitspraak blijkt:

> '5.3.10 Daarnaast kan prijslenen tot hogere prijzen leiden. De prijsgevende onderneming weet immers dat de prijslenende onderneming niet serieus naar de opdracht zal meedingen, en kan daarmee rekening houden bij het vaststellen van haar prijs. Dat deze kans op prijsopdrijving louter hypothetisch zou zijn, zoals [naam 4] en [naam 5] betogen, volgt het College niet. *Met name bij aanbestedingen met een beperkt aantal inschrijvers kan prijslenen de prijsgevende onderneming de vereiste mate van zekerheid geven om met een hogere prijs in te schrijven dan zij onder normale marktomstandigheden zou hebben gedaan* [curs. GTB].'

De vraag rijst of een parallel is te trekken met het biedproces bij coassurantie. Mij zijn geen situaties bekend waarin prijslenen bij aanbesteding met coassurantie aan de orde is geweest. De hierboven besproken uitspraak maakt niettemin duidelijk dat het uitwisselen van informatie tussen de gegadigde ondernemingen bij een bieding vanuit mededingingsrechtelijk perspectief niet zondermeer is toegestaan. Zeker als die informatie ziet op de ingediende of in te dienen offerte. Vanuit dat kader verdient het opmerking dat een makelaar geen informatie mag delen met verzekeraars over de inschrijvingen/offertes van hun concurrenten. Op die manier kan een makelaar zich schuldig maken aan onderling afgestemd marktgedrag, omdat hij andere verzekeraars in staat stelt hun inschrijfstrategie te bepalen op basis van informatie waarover zij normaliter niet zou beschikken. Een makelaar kan op die manier andere verzekeraars in het zadel helpen, maar maakt zich wel schuldig aan aantasting van de concurrentie bij het biedproces.

5.6.2 Aandachtspunten voor het biedproces bij coassurantie door aanbesteding

Hierboven besprak ik enkele vormen van samenwerking of afgestemd marktgedrag die zich zouden kunnen voordoen bij een biedproces in het algemeen of juist specifiek bij de verzekering in coassurantie. Eerder in dit hoofdstuk gaf ik al enkele aandachtspunten die relevant zullen zijn voor de vraag of afstemming van marktgedrag bij de onderhandelingsprocedure valt onder het kartelverbod. Ook voor aanbesteding geldt dat verzekeraars onafhankelijk van elkaar hun bod moeten uitbrengen en geen overleg mogen voeren. In het licht van het mededingingsrecht zal, uit voorzorg en ter bevordering van de competitiviteit van een biedproces het

ONDER EMBARGO

van belang zijn om zoveel mogelijk inschrijvers te betrekken bij de inschrijving op het contract.[163] Dat kan door de opdracht zoveel mogelijk open te stellen (ook) voor meerdere (kleinere) aanbieders. Bijvoorbeeld door, ingeval van aanbesteding, een aanbesteding in kleinere delen(percelen) op te splitsen. Om compliant te blijven is het verder (vanuit de positie van makelaar) goed om niet te veel informatie te geven; laat de bieders niet weten wie hun concurrenten zijn en welke premie de makelaar voor ogen heeft. Bovendien is het niet verstandig om te laten weten welke premie de winnende inschrijver heeft geboden en hoe die premie is opgebouwd. Dat kan immers een concurrentievoordeel geven.

5.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is het spanningsveld verkend tussen het mededingingsrecht en de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie. De vraag die centraal stond, was in hoeverre spanning bestaat tussen het sluiten van een verzekering in coassurantie en het mededingingsrecht. Indien kan worden geconstateerd dat op bepaalde onderdelen van het sluitingsproces spanning bestaat of kan ontstaan met het mededingingsrecht is het vervolgens de vraag hoe een beoordeling daarvan onder het mededingingsrecht zal luiden. Geconcludeerd kan worden dat bij de totstandkoming van een verzekering bij coassurantie de meeste spanning met het mededingingsrecht ligt bij de premiestelling van verzekeraars. Een van de hete hangijzers is of premieharmonisatie, dat wil zeggen dat de verzekeraars bij coassurantie dezelfde premie ontvangen, mededingingsrechtelijk is toegestaan. Ik kom tot de conclusie dat premieharmonisatie onder het bereik kan vallen van het kartelverbod, en – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – gekwalificeerd kan worden als een onderlinge afstemming van marktgedrag. Indien premieharmonisatie onder de toepassing valt van het eerste lid van het kartelverbod, lijkt de ruimte voor een beroep op de wettelijke uitzondering beperkt te zijn. Hoewel verdedigd zou kunnen worden dat premieharmonisatie gepaard gaat met efficiëntieverbeteringen, is niet aanstonds duidelijk dat deze voordelen de verzekeringnemer ten goede komen.

Een tweede aspect van de totstandkomingsfase waarbij spanning kan ontstaan met het mededingingsrecht is mogelijke *interactie* tussen de inschrijvers op een coassurantiecontract. Zoals ik aan de orde stelde in par. 5.2 kenmerkt de aanbestedingsprocedure zich door een biedproces. Er bestaan vanuit mededingingsperspectief risico's op afgestemd marktgedrag ingeval een inschrijvingsprocedure bestaat uit een kleine groep van (terugkerende) inschrijvers. In dit hoofdstuk heb ik tot slot enkele vormen van samenwerking besproken te weten, bid rigging en cover pricing bij aanbesteding.

ONDER EMBARGO

163 Ivaldi, Marc, Jullien, Bruno, Rey, Patrick, Seabright, Paul and Tirole, Jean, (2003), The Economics of Tacit Collusion, No 186, IDEI Working Papers, Institut d'Économie Industrielle (IDEI), Toulouse, https://EconPapers.repec.org/RePEc:ide:wpaper:581, p. 12.

6 Sluiting bij pools

6.1 Inleiding en opbouw

In het vorige hoofdstuk besprak ik het sluiten van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie en de mededingingsaspecten die daarbij een rol spelen. In dit hoofdstuk staat het sluiten van een verzekeringsovereenkomst bij een pool centraal en zal ik onderzoeken hoe het mededingingsrecht daarbij een rol speelt. Een pool is kort gezegd een groep van (her)verzekeraars die gezamenlijk op basis van vooraf besproken voorwaarden risico's (her)verzekert. Dat kan spanning geven met het mededingingsrecht, omdat concurrerende verzekeraars met elkaar afspraken maken. Het onderbrengen van risico's in pools roept met name vragen op in het licht van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie. Staat het de bij een pool aangesloten verzekeraars bijvoorbeeld wel voldoende vrij om risico's ook buiten de pool om te accepteren? In hoeverre bestaat het gevaar dat een pool op de (Nederlandse) verzekeringsmarkt een dominante marktpositie inneemt?

Als gezegd ziet dit hoofdstuk op het sluiten van een verzekeringsovereenkomst bij een pool. Voorstelbaar is dat er binnen een pool ook gebruik wordt gemaakt van standaardvoorwaarden en afspraken worden gemaakt voor de afwikkeling van schade(s). Die aspecten laat ik in dit hoofdstuk buiten beschouwing, omdat zij in andere hoofdstukken aan bod zullen komen.[1] De vraag die in dit hoofdstuk zal worden beantwoord, is in hoeverre spanning bestaat tussen het sluiten van een verzekeringsovereenkomst bij een pool en het mededingingsrecht, in het bijzonder het kartelverbod en verbod op misbruik van een machtspositie. Om die vraag te kunnen beantwoorden zal ik eerst in par. 6.2 kort bespreken wat pools precies zijn en hoe het verzekeren in pools verloopt. Vervolgens bespreek ik in par. 6.3 de zelfregulering die in Nederland bestaat ten aanzien van het verzekeren in (intermediaire) pools. Daarna kom ik in par. 6.4 toe aan de kern van dit hoofdstuk: de toepassing van het kartelverbod op samenwerking tussen verzekeraars in pools. Omdat het ook mogelijk is dat het verzekeren in pools onder de toepassing valt van het verbod op misbruik van een machtspositie, bespreek ik de toepassing daarvan in par. 6.5. In par. 6.6 vestig ik aandacht op de mogelijkheid dat een pool gezien kan worden als een coöperatieve joint venture. Ik kom tot een conclusie in par. 6.7.

1 De inhoud en de afwikkeling staan respectievelijk in hoofdstuk 7 en 8 van dit boek centraal.

ONDER EMBARGO

6.2 Algemene beschrijving van de verzekering in pools

6.2.1 Wat is een pool?

Een pool kan worden omschreven als een groep van verzekeraars die tegen vooraf besproken voorwaarden gezamenlijk bepaalde soorten risico's (her)verzekeren. Pools worden ook wel coassurantiepools of medeverzekeringsgroepen/medeverzekeringspools genoemd.[2] Al geruime tijd komt het voor dat in de verzekeringssector bepaalde soorten risico's worden ondergebracht in pools.[3] Vaak gaat het om risico's die vanwege de enorme schadelast en/of het onvoorspelbare karakter moeilijk individueel zijn te verzekeren, zoals nucleaire, terrorisme- of milieurisico's. We zien dan ook dat op dat terrein risico's doorgaans in pools worden verzekerd en/of herverzekerd.[4] Aansprekend is de terrorismepool, de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (NHT). Maar pools kunnen ook worden gevormd voor de verzekering van eenvoudige of standaardrisico's.[5] Het gaat dan om pools die betrekking hebben op de verzekering van risico's met een relatief geringe schadelast, zoals brand- of aansprakelijkheidspolissen, die ook goed door één individuele verzekeraar gedekt hadden kunnen worden. De pools die zich richten op de verzekering van zulke risico's worden intermediaire pools genoemd omdat het de tussenpersoon (de intermediair) is die het initiatief neemt voor de oprichting van dergelijke pools.[6] Dit in tegenstelling tot de pools voor moeilijk individueel te verzekeren risico's die primair door verzekeraars worden gevormd. De gedachte achter intermediaire pools is dat risico's sneller (en gemakkelijker) kunnen worden geaccepteerd. De keuze om de standaardrisico's onder te brengen in een pool is daarmee doorgaans gebaseerd op efficiëntieoverwegingen; door één keer per jaar over de condities (premie en voorwaarden) te onderhandelen zouden kostenbesparingen kunnen worden gerealiseerd.[7]

Hiermee is een eerste duiding gegeven aan pools. Voordat ik uitgebreid(er) stilsta bij het onderscheid in pools en de motieven die aan pools ten grondslag liggen, zal ik eerst nader bespreken wat een pool nu precies inhoudt en hoe 'pooling' zich verhoudt tot de verzekering door middel van gewone coassurantie.

ONDER EMBARGO

2 Zie Verordening 267/2010, artikel 1 lid 4.
3 Vgl. Van Barneveld 1966, p. 119 e.v. die als voorbeelden van pools noemt: de Nederlandsche Bedrijfsverzekering Combinatie, de Nederlandse Luchtvaartpool, het Syndicaat voor Brandverzekering in Nederland, de N.V. Invaliditeitsverzekeringscentrale, de Verzekeringsgroep voor Internationaal Beroepsgoederenvervoer, de Pool voor verzekering van Atoomrisico's, de Nederlandse Motorrijtuig Verzekeringsgroep, de Verzekeringsgroep Beroepsaansprakelijkheidsverzekering Assurantietussenpersonen en de Verzekeringsgroep van Bijzondere risico's.
4 EY 2014, p. 40-41.
5 Baarsma e.a. 2008, p. 12.
6 Onder par. 6.2.2 sta ik uitgebreider stil bij de intermediaire pools. In de Nederlandse coassurantiemarkt worden deze vormen van pooling ook wel makelaarspools genoemd omdat het de (beurs)makelaar is die dergelijke pools vormt. In de Engelse verzekeringsmarkt spreekt men wel van 'facilities' of 'lineslips'.Zie Clarke 2009, p. 262, rn. 8-2A3: 'In the case of "lineslips", which are arranged by a Lloyd's broker, and "consortia", a leading (active) underwriter has authority to contract for other (active) underwriters in respect of certain kinds of business, such as a professional indemnity business.' Daarbij wordt vermeld dat: 'According to Lloyd's Byelaw No 5 of 1989, a consortium means "a group of underwriters and, as the case may be, insurance companies who have agreed that in respect of a specific class of insurance business certain named or otherwise designated underwriters or insurance companies within that group may accept risks on behalf of all members of the group in accordance with the terms of the agreement between them.'
7 Zie EY 2014, p. 38, rn. 157.

Kenmerkend voor de verzekering in een pool is dat van tevoren tussen de in een pool deelnemende partijen (de poolleden) wordt besproken tegen welke condities (de premie en de voorwaarden) risico's binnen een pool worden verzekerd en/of herverzekerd.[8] De poolleden zullen de (her)verzekeraars zijn die in een pool participeren. Zij spreken niet alleen af tegen welk aandeel zij (standaard) in een pool deelnemen, maar zullen in de regel ook afspraken maken over onder meer de te hanteren polisvoorwaarden, de te bieden dekking, de premies, de verzekeringsvormen, de limieten, de wijze van acceptatie, de schadebehandeling en de regels van de toe- en uittreding van een pool. Daarbij geldt in beginsel dat de poolleden naar rato van hun aandeel delen in de winst en het verlies van een pool.[9]

Op deze plaats is het goed om te vermelden dat het verzekeren in een pool verschilt van de verzekering door middel van gewone coassurantie. Een eerste verschil is dat bij coassurantie de aandelen van de verzekeraars per geval verschillend kunnen zijn, terwijl deze bij een pool bij voorbaat vaststaan. Verder geldt dat bij de verzekering in coassurantie in beginsel voor ieder risico steeds onderhandeld zal worden tussen de makelaar en de verzekeraars over hun aandeel (en de voorwaarden) waartegen zij dat risico wensen te verzekeren. Bij een pool daarentegen vindt de onderhandeling over de voorwaarden waartegen de verzekeraars deelnemen in de pool uitsluitend plaats ten tijde van de totstandkoming van de pool. Maar er zijn ook overeenkomsten tussen coassurantie en het verzekeren in pools. Evenals bij coassurantie zal er bij een pool sprake zijn van een leidende verzekeraar en enkele volgende verzekeraars. De leidende verzekeraar – in de praktijk aangeduid als 'de poolleader' – vervult (net als bij coassurantie) een belangrijke rol. Hij is degene die bindende beslissingen kan nemen over de acceptatie van risico's en de afwikkeling van de schade.[10]

Het onderscheid tussen coassurantie en pools zien we duidelijk naar voren komen bij de omschrijving die door de Europese Commissie wordt gegeven van het begrip 'medeverzekeringsgroepen/medeverzekeringspools'.[11] De Europese Commissie geeft de volgende (uitvoerige) omschrijving:

> 'Groepen die hetzij rechtstreeks hetzij via makelaars of erkende agenten door verzekeringsondernemingen zijn gevormd, met uitzondering van ad-hoc medeverzekeringsovereenkomsten op de inschrijvingsmarkt waarbij een bepaald gedeelte van een gegeven risico wordt gedekt door een leidende verzekeraar en het overige deel van het risico wordt gedekt door volgverzekeraars die worden uitgenodigd het resterende gedeelte van het risico te dekken en die: a) zich ertoe verplichten om namens en voor rekening van alle deelnemers verzekering te verschaffen voor een bepaalde risicocategorie, of b) het afsluiten en het beheer van de verzekering van een bepaalde risicocategorie op hun naam en voor hun rekening aan een van de

8 Zie EY 2014, p. 38, rn. 158. Vgl. De Jong, 'De gevolmachtigd agent doorgelicht', *NTHR* 2017-6, p. 330 en De Jong 2016, p. 66.
9 Baarsma e.a. 2008, p. 12.
10 EY 2014, p. 109.
11 Zie Verordening 267/2010, artikel 1 lid 4. Deze Verordening heeft een belangrijke rol gespeeld bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking in pools onder het kartelverbod, en komt later in dit hoofdstuk (par. 6.4.2) uitvoeriger aan bod.

ONDER EMBARGO

verzekeringsondernemingen, aan een gemeenschappelijke makelaar of aan een daartoe opgericht gemeenschappelijk orgaan opdragen.'[12]

Deze omschrijving komt erop neer dat een coassurantiepool bestaat uit een groep verzekeraars die voor een bepaalde risicocategorie namens en voor rekening van alle poolleden een verzekering aanbiedt. Coassurantie, aangeduid als 'ad-hoc medeverzekeringsovereenkomsten op de inschrijvingsmarkt…', wordt daarmee – mijns inziens met recht – expliciet uitgesloten van de reikwijdte van het begrip pools.[13] Volgens de Europese Commissie kan het afsluiten en het beheer van een verzekering door een van de poolleden, een gemeenschappelijke makelaar of een speciaal daartoe opgericht orgaan worden gedaan. Van belang is ten slotte dat in de omschrijving staat dat een pool via makelaars of erkende agenten door verzekeraars is gevormd. Dit brengt mij tot de vraag door *wie* een pool wordt opgericht. Die vraag staat in de volgende paragraaf centraal.

6.2.2 Wie vormt de pool? Het onderscheid tussen verzekeraars en intermediaire pools

Zoals eerder vermeld, zijn er verschillende soorten pools. In het algemeen worden pools verdeeld in twee groepen: verzekeraarspools en intermediaire pools.[14] Bepalend voor dit onderscheid is de vraag door *wie* een pool wordt gevormd. Indien een pool wordt gevormd door verzekeraars, spreken we van een verzekeraarspool en als het intermediair (de makelaar en/of de assurantietussenpersoon) een pool opricht, wordt gesproken van intermediaire pools.[15] Beide typen pools zal ik in deze paragraaf bespreken.

6.2.2.1 (Her)verzekeraarspools

Verzekeraarspools worden gevormd door verzekeraars om op gemeenschappelijke basis risico's te verzekeren. Verzekeraarspools worden vaak opgericht om risico's

12 Zie Verordening 267/2010, art. 1 lid 4. De Europese Commissie spreekt over 'medeverzekeringspools'. Vgl. Verordening 358/2003, art. 2 lid 5. In Verordening 267/2010 is onder art. 1 lid 5 tevens een definitie opgenomen van medeherverzekeringspools. Bij de beoordeling onder het mededingingsrecht kom ik terug op de rol van Verordening 267/2010.

13 Dat impliceert dat daarvoor nooit een groepsvrijstelling heeft bestaan.

14 Baarsma e.a.2008, p. 12; Europe Economics 2016a, (executive summary) p. 7. Zie ook: De Jong 2016, p. 66.

15 Dit onderscheid tussen verzekeraarspools en intermediaire pools kan van belang zijn voor de beoordeling onder het mededingingsrecht (zie par. 6.4.1.2.2.). Uit het onderzoek van EY blijkt dat vooral op de Nederlandse coassurantiemarkt intermediaire pools voorkomen (EY 2014, p. 11): 'Intermediary pools were identified in some of the most mature markets. An intermediary might hold delegated underwriting authorities from more than one insurer, to each of which it agrees to assign a pre-agreed share of the risks that it intermediates. An intermediary pool may also involve the designation of one or more participating insurer as a leader, making decisions on acceptance and claims which then bind the other participants. These collective underwriting arrangements are mainly developed in specific markets but on risks which are usually not covered by classical pools. Intermediary pools were identified particularly in the Netherlands. In the UK, solutions developed by intermediaries for particular types of business or groups of customers might be offered to a panel of insurers, or to one. Respondents indicated that such arrangements were formed by intermediaries, not by insurers, and were not considered to be pools for that reason. These pool-like arrangements compete with insurers in the open market including potentially with ad-hoc co(re)insurance agreements, some participate as co(re)insurers on ad-hoc co(re)insurance agreements.' Zie over een analyse van de economische impact van intermediaire pools (broker-led pools) ten opzichte van verzekeraarspools (insurer-led pools) uitvoerig Europe Economics 2016a, par. 6.3 tot en met 6.6.

ONDER EMBARGO

te verzekeren waarvoor de verzekeraars alleen onvoldoende dekking kunnen bieden. Bepaalde risico's, zoals nucleaire, terrorisme- of milieurisico's, kunnen en willen verzekeraars niet alleen dragen.[16] Het gaat dan om risico's waarvan de schadelast van groot is en die een onvoorspelbaar karakter hebben.[17] Pooling is voor dergelijke risico's vanuit actuarieel oogpunt een efficiënte verzekeringsoplossing.[18] Vanuit verzekeringseconomisch oogpunt bestaat is een risico te zien als de kans op een schadevooral ('the probability of occurrence') en de hoogte van de schade ('the severity of the consequence').[19] Verder geldt dat een verzekeringspremie over het algemeen is opgebouwd uit vaste kosten, een risico-component voor de waarde van de verwachte schade en een buffer (veiligheidsmarge voor het geval dat de schade hoger is dan ingeschat).[20] Hoe meer risico's in een pool worden ondergebracht, hoe beter dus de potentiële schadelast kan worden gespreid (meer risicodiversificatie). Pooling heeft daarmee een drukkend effect op de premie.[21] Ook ad hoc coassurantie zal als verzekeringsoplossing voor zulke catastrofale risico's niet kunnen volstaan omdat de verzekering van dergelijke risico's zeer specialistische kennis en hoge investeringen met zich brengt.[22] De verzekering in een pool is daarom op het eerste gezicht een voor de hand liggende oplossing, omdat op die manier (door langdurige – en soms op initiatief van een brancheverenigingof de Staat geïnitieerde samenwerking) voldoende capaciteit en de noodzakelijke (technische) kennis om zulke risico's te kunnen verzekeren beschikbaar is.[23]

Een voorbeeld van een pool van verzekeraars is de Nederlandse Atoompool: een pool van verzekeraars voor de verzekering van kerncentrales.[24] De Atoompool verzekert de nucleaire risico's in Nederland (de kernreactor in Borssele, de opslag van radioactief afval bij COVRA in Vlissingen en enkele kleinere installaties)

ONDER EMBARGO

16 Zie ook: De Jong 2016, p. 66.
17 Europe Economics 2016a, p. 29. Zie ook: C. Cummins, N. Doherty & A. Lo, 'Can insurers pay for the 'big one'?
Measuring the capacity of the insurance market to respond to catastrophic losses', *Journal of Banking and Finance*, Vol 26, No 2-3.
18 Zie onder meer J.D. Cummins, 'Statistical and financial models of insurance pricing and the insurance firm', *Journal of Risk and Insurance* 1991, Vol. 58, pp. 261-302, H. Buhlmann, 'Mathematical Methods in Risk Theory', New York: Springer 1996; K. Borch (red.),
'Economics of Insurance', Amsterdam: North-Holland Press 1990; N. Gatzer & H. Schmeiser, 'The merits of pooling claims revisited', *The Journal of Risk Finance* 2012, Vol 13, No 3, p.184-198.
19 P. Zweifel & J. Reisen, *Insurance Economics*, Berlin: Springer 2012, p. 26.
20 Europe Economics 2016a, p. 30.
21 Europe Economics 2016a, p. 31.
22 Baarsma e.a. 2008, p. 12.
23 Er zou ook gedacht kunnen worden aan de oprichting van een aparte verzekeraar, een fonds of andere mechanismen om risico's te spreiden. Ik laat deze mogelijkheden hier buiten beschouwing. Vgl. EY 2014, p. Zie ook Baarsma e.a. 2008, p. 12 en EY 2014, p. 71, rn. 205.
24 Zie ook: https://atoompool.vereende.nl/. De Nederlandse Atoompool is een pool van verzekeraars die voor de verzekering van nucleaire installaties is benoemd in de Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen (WAKO). De aansprakelijkheid van de exploitant is bij wet gesteld op 700 miljoen euro. Omdat het onmogelijk is om dit bedrag met enkele Nederlandse verzekeraars bijeen te brengen, wordt door de pool herverzekering gezocht bij buitenlandse pools en heeft de Staat zich verbonden om bij een bepaalde schadetranche bij te springen.

maar treedt ook op als herverzekeraar voor buitenlandse atoompools.[25] Een ander voorbeeld is de Nederlandse Luchtvaartpool (sinds 2001 onderdeel van de Belgische verzekeringsmaatschappij Aviabel) waarin luchtvaartrisico's worden (her)verzekerd.[26]

Een pool kan dus ook optreden als herverzekeraar voor andere (buitenlandse) pools, zoals het geval is bij de Nederlandse Atoompool. Dat dit ook bij andere pools voorkomt, blijkt uit het grootschalige onderzoek van EY.[27] Het kan daarbij zo zijn dat de pool zelfstandig als herverzekeraar optreedt en/of de risico's die zij in de pool verzekert in herverzekering elders onderbrengt. Naast de verzekeraarspools zijn er ook herverzekeraarspools die zich uitsluitend richten op de herverzekering van bepaalde soorten risico's. Door de Europese Commissie wordt de volgende definitie gegeven van een herverzekeringspool:

> 'groepen die hetzij rechtstreeks hetzij via makelaars of erkende agenten door verzekeringsondernemingen zijn gevormd, mogelijk met de steun van één of meer herverzekeringsondernemingen, met uitzondering van ad-hoc medeherverzekeringsovereenkomsten op de inschrijvingsmarkt, waarbij een bepaald gedeelte van een gegeven risico wordt gedekt door een leidende verzekeraar en het overige deel van dit risico wordt gedekt door volgverzekeraars die worden uitgenodigd het resterende gedeelte van het risico te dekken, teneinde:
>
> a) onderling alle of een deel van hun verplichtingen met betrekking tot een bepaalde risicocategorie te herverzekeren;
> b) daarnaast, namens en voor rekening van alle deelnemers de herverzekering van dezelfde risicocategorie te aanvaarden.'[28]

Een voorbeeld van een herverzekeringspool is de Nederlandse Milieupool. Deze pool biedt herverzekeringsdekking voor milieuschades (zoals saneringskosten bij bodemverontreiniging) die voorvloeien uit de dekking onder de milieuschadeverzekering (MSV) die door de aangesloten verzekeringsmaatschappijen wordt aangeboden. De pool heeft geen eigen middelen maar claims worden ad hoc gedekt door een beroep te doen op contractueel afgesproken bijdragen van de aangesloten verzekeringsmaatschappijen. Uitgangspunt van de Milieupool is daarmee dat de deelnemende verzekeringsmaatschappijen hun milieurisico's mogen cederen aan de pool als de MSV die zij aanbieden in overeenstemming is met de voorwaarden die de pool aan de invulling daarvan stelt. Te denken valt ook aan de eerder genoemde Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (NHT-pool). De NHT-pool is een samenwerkingsverband tussen verzekeraars, herverzekeraars en de overheid om schade te kunnen vergoeden als

ONDER EMBARGO

25 Dit blijkt uit de algemene informatie die beschikbaar is gesteld op de website van https://atoompool.vereende.nl/. Daaruit blijkt dat atoompools over de hele wereld fungeren als elkaar herverzekeraar zodat dekkingscapaciteit kan worden gegarandeerd. Er wordt dus geacteerd op basis van reciprociteit. Omdat deelname in de pool niet verplicht is, en lang niet alle verzekeraars in Nederland in de pool deelnemen, wordt de grootste capaciteit internationaal ingekocht bij andere atoompools. De Nederlandse Atoompool sluit ook zelfstandig polissen af en onderhandelt daartoe met makelaars en de klant over de prijs en de voorwaarden.

26 Zie: https://www.aviabel.com/nl-nl/home/Paginas/default.aspx. Voor een bespreking van de opkomst van luchtvaartpools verwijs ik naar Sauveplanne 1949, p. 4-9.

27 Zie EY 2014, p. 48 e.v. waaruit blijk dat 11 van de 42 onderzochte pools betrekking hadden op zowel directe als herverzekering. 14 pools zagen enkel op herverzekering en 17 uitsluitend op directe verzekering.

28 Zie Verordening 267/2010, artikel 1 sub 5.

gevolg van een terreurdaad.[29] In de herverzekeringspool is een bedrag van 1 miljard euro per jaar beschikbaar.[30] Bij een terroristische aanslag kunnen de verzekeraars met elkaar de schade tot dat bedrag vergoeden.

Kort en goed zien we dat de (her)verzekeraarspools worden gebruikt om de moeilijk te verzekeren risico's in onder te brengen, waarbij herverzekering ook vaak noodzakelijk is.

6.2.2.2 Intermediaire pools

Naast de hierboven besproken verzekeraarspools zijn er de intermediaire pools. Intermediaire pools worden ook wel makelaars- of volmachtpools genoemd. Om inzicht te krijgen in de werking van een intermediaire pool zijn daarover enkele vragen gesteld in het eerder besproken praktijkonderzoek.[31] 106 personen hebben dat gedeelte van de vragenlijst ingevuld. In de beschrijving in deze paragraaf zullen de resultaten van dit praktijkonderzoek worden meegenomen.

Soorten intermediaire pools

In het algemeen geldt dat een intermediaire pool wordt opgericht door een makelaar of gevolmachtigde die een volmacht ontvangt van meerdere verzekeraars om tegen vooraf besproken voorwaarden namens en voor rekening van de volmachtgevers verzekeringen te accepteren. In tegenstelling tot verzekeraarspools richten intermediaire pools zich in de regel op de verzekering van standaardrisico's, zijnde risico's die een doorsnee intermediair op de relevante markt ook zonder gedeelde dekking zonder problemen kan onderbrengen bij een andere verzekeraar dan een van de deelnemers aan de intermediaire pool.[32] Het Protocol voor Intermediaire Pools, dat ik uitvoerig(er) zal bespreken in par. 6.3, geeft de volgende definitie van een intermediaire pool:

> 'Intermediaire pool: een vorm van gedeelde dekking waarbij een bemiddelaar of een gevolmachtigd agent in de zin van artikel 1:1 Wft, met twee of meer verzekeraars, individueel en ieder voor zich, overeenkomt dat ieder van deze verzekeraars voor zijn gedeelte een bepaalde categorie schadeverzekeringsrisico's dekt, waarbij de gedeeltelijke dekkingen bijeengenomen een volledige dekking vormen.'[33]

ONDER EMBARGO

29 Zie over de NHT-pool ook: V.C. Ammerlaan & W.H. van Boom, 'De Nederlandse Herverzekering Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreurschaden', *NJB* 2003, p. 2330-2339 en J.H. Wansink, 'De Nederlandse oplossing voor het verzekeren van terrorismeschade en het WAM-risico, Een gat in de bescherming?', *AV&S* 2004/5. Over de vraag naar schadevergoeding na een terroristische aanslag (in breder verband), S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding na een terroristische aanslag', *VR* 2018/78, 206-210. Over de verzekeringsdekking ten aanzien van terrorismeschade verwijs ik naar W. van Eekhout, 'Verzekeringsdekking oorlogs- en terrorismerisico', *TAV* 2016 (4), p. 104 e.v.

30 Deze dekking is opgebouwd in drie lagen. De onderstaande laag van 400 miljoen wordt gedragen door Nederlandse verzekeraars. De tweede laag van 550 miljoen wordt gedragen door internationale herverzekeraars en de derde laag van 50 miljoen door de Nederlandse Staat. Per 1 januari 2019 blijft de overheid voor dat bedrag tegen het genot van een premie een garantie verstrekken aan de NHT.

31 Zie hoofdstuk 1, par. 1.3.

32 Protocol voor intermediaire pools, art. 1 sub d. Dit protocol wordt als gezegd nader besproken onder par. 6.3. Uit het praktijkonderzoek blijkt dat 96 van de 105 respondenten aangaven dat de risico's die in intermediaire pools worden verzekerd, ook zonder gedeelde dekking verzekerd hadden kunnen worden.

33 Protocol voor intermediaire pools, art. 1 sub c.

Op de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt zijn veel van dergelijke intermediaire pools aanwezig, zo blijkt uit het onderzoek van EY.[34] Uitgangspunt van een intermediaire pool is een vast panel van verzekeraars waarbij de gevolmachtigde vaak de pen in handen heeft tot bepaalde limieten. In de regel is het zo dat als deze limieten worden overschreden de acceptatie wordt voorgelegd aan de leidende verzekeraar (de poolleider). Een van de betrokken verzekeraars in een intermediaire pool is de leider, en de andere verzekeraars (de volgers) zijn gehouden diens beslissingen te volgen.[35] Zoals ik hieronder verder zal uitwerken, kan de acceptatie bij een volmacht ook anders zijn geregeld. Voorbeelden van beheerders van volmachtpools, actief zijn op de Nederlandse markt, zijn: R. Mees en Zoonen als gevolmachtigde van Marsh, Jacobs & Brom (J&B) Pool van Aon, Veerhaven van Concordia de Keizer en Intermont van Raetsheren van Orden. Er zijn in de Nederlandse markt meerdere intermediaire pools die dezelfde soort risico's verzekeren en waarvan wordt gezegd dat deze met elkaar concurreren.[36] Doordat bij een volmachtpool de gevolmachtigde van meerdere verzekeraars, ieder voor een bepaalde gedeelte, een volmacht ontvangt, is het voor de gevolmachtigde mogelijk om in coassurantie risico's te accepteren. Op welke wijze volmacht wordt verleend, kan als gezegd verschillen. Illustratief voor de diversiteit van de volmachtstructuren is de onderstaande reactie van een verzekeraar, gegeven in het praktijkonderzoek:

> "Wij participeren in diverse pools waaronder: 1) pure volmachttekening waarbij de makelaar premie en condities bepaalt. Er geldt wel een loss limit of maximaal verzekerde waarde per adres. Daarnaast zijn er uitgesloten risicogroepen (bijvoorbeeld recycling) 2) afgeleide volmacht waarbij verzekeraar een raamwerk voor premie en condities heeft opgesteld voor een specifieke doelgroep (bijv. Bakkers.) De makelaar acquireert op basis van het raamwerk. 3) een pooltekening waarbij de leidende verzekeraar premie en conditie per risico bepaalt en een volgverzekeraar 'blinde' capaciteit inzet. Er geldt wel een loss limit of maximaal verzekerde waarde per adres. Daarnaast zijn er uitgesloten risicogroepen (bijvoorbeeld recycling)"

Een andere respondent, eveneens werkzaam bij een verzekeraar, gaf in het praktijkonderzoek aan dat:

> 'sommige kleinere volmachten werken met vaste tarieven afgestemd met de poolleader. Andere volmachten werken met een 'prior to submit' principe waarbij de volmacht eerst in overleg moet treden met de poolleader voordat een offerte naar de klant gaat. Daarnaast zijn er de 'blinde' volmachten waar verzekeraars nauwelijks nog controle over de premie hebben.'[37]

ONDER EMBARGO

34 EY 2014, p. 11.
35 De Jong 2016, p.
36 Dit blijkt uit het antwoord op de vraag in het praktijkonderzoek of er in een branche meerdere intermediaire pools zijn die dezelfde risico's verzekeren, en in vervolg daarop, of die pools met elkaar concurreren. Uit de resultaten blijkt dat 92 van de 105 respondenten menen dat meerdere intermediaire pools dezelfde soort risico's verzekeren. Daarvan gaven 84 respondenten aan dat deze pools met elkaar concurreren.
37 Deze respondent was werkzaam bij een verzekeraar in de branche transport en heeft 5 – 10 jaar ervaring met verzekeren in de coassurantiemarkt. Met het 'prior to submit' principe doelt hij – naar mijn inschatting – op de situatie dat een gevolmachtigde over de offerte die hij uitbrengt naar zijn klant eerst de toestemming moet krijgen van de volmachtgever (en in deze situatie de poolleider).

Uit deze reacties kan worden afgeleid dat er in ieder geval drie varianten zijn van intermediaire- of volmachtpools op de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland. Welke variant in een concreet geval aan de orde is, hangt af van wat is overeengekomen tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde in de samenwerkingsovereenkomst en de poolovereenkomst.[38] Samenvattend gaat het om de volgende drie varianten:

1) Pure volmacht (premie en voorwaarden bepaalt de makelaar)
2) Afgeleide volmacht (makelaar accepteert risico in door verzekeraar opgesteld raamwerk)
3) pooltekening op basis van 'prior to submit': poolleider bepaalt per risico premie en condities, offerte kan pas naar de verzekeringnemer na goedkeuring van de poolleider

Ik werk de beoordeling van intermediaire pools in dit hoofdstuk verder uit. Teneinde een goed overzicht te geven van de materie, besteed ik eerst nog aandacht aan overige aspecten van intermediaire pools te weten: de motieven, de premiebepaling, het gebruik van standaardvoorwaarden en de juridische grondslag van een intermediaire pool.

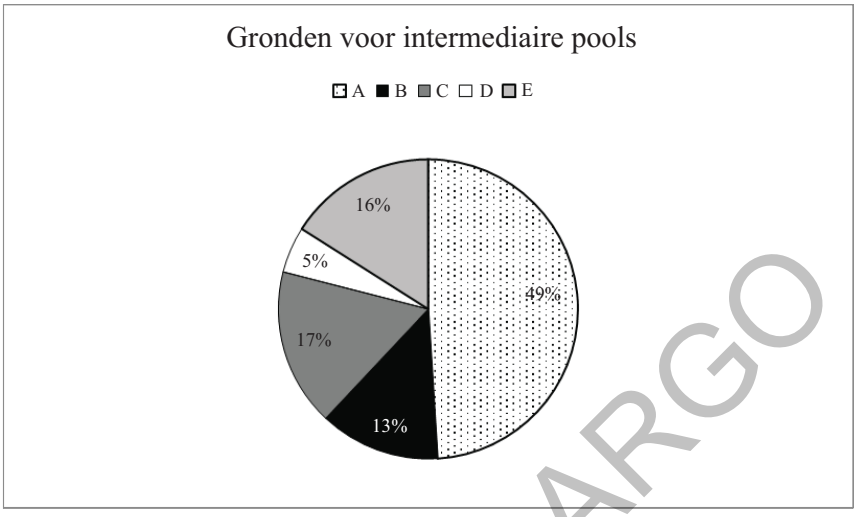
Motieven voor intermediaire pools

Waarom wordt eigenlijk gekozen voor de verzekering van risico's door middel van een intermediaire pool? Een motief dat in de literatuur veelvuldig wordt genoemd is dat intermediaire pools bestaan omdat het efficiënter is om risico's die op eenvoudige, min of meer routinematige basis, kunnen worden ondergebracht bij verzekeraars te combineren en in één keer over de condities te onderhandelen met verzekeraars dan voor elke cliënt afzonderlijk te moeten onderhandelen.[39] Ik heb de vraag waarom er wordt verzekerd in intermediaire pools in het praktijkonderzoek als volgt voorgelegd:

> Voor het verzekeren van risico's in pools wordt vaak gekozen vanwege de hieronder opgenomen gronden. Gelden deze gronden volgens u ook voor het verzekeren van risico's in intermediaire pools? (Graag aankruisen welke gronden van toepassing zijn voor het verzekeren in een intermediaire pool, meerdere antwoorden zijn mogelijk):
>
> A. De pool maakt efficiënte plaatsing van risico's mogelijk doordat er niet meer afzonderlijk onderhandeld hoeft te worden over de premie en de voorwaarden
> B. Door de pool wordt de verzekeringscapaciteit vergroot
> C. Verzekeren in de pool is goedkoper dan het verzekeren bij coassurantie of 100% onderbrengen bij een verzekeraar
> D. De pool maakt het gemakkelijker risico's te herverzekeren
> E. Andere redenen, namelijk[40]

38 Deze overeenkomsten die ten grondslag liggen aan een intermediaire pool behandel ik op een andere plek in deze paragraaf.
39 Soeteman 2016, p. 76. Zie ook: Baarsma e.a. 2008, p. 12 en De Jong 2016, p. 66.
40 Deze vraag maakte onderdeel uit van een breder opgezette vragenlijst. Op het specifieke onderdeel 'intermediaire pools' hadden 106 mensen gereageerd waaronder zowel verzekeraars als makelaars.

ONDER EMBARGO



Figuur 6.1

Van de genoemde opties werd optie A het meest gekozen (49%), gevolgd door optie C (17%) en E (16%). Dat betekent dat efficiency inderdaad een belangrijke grond is voor intermediaire pools. Herverzekering en de vergroting van de verzekeringscapaciteit lijken in de praktijk een minder grote rol te spelen bij intermediaire pools. De redenen voor het sluiten in intermediaire pools laten zich als volgt weergeven:

Opvallend is dat een flink deel van de respondenten (16%) ook andere redenen noemt. In de kern kwamen die neer op minder administratieve lasten die een intermediaire pool met zich meebrengt en de extra inkomsten die een volmachtconstructie kan opleveren voor de makelaar. Illustratief in dit kader is het volgende citaat van een makelaar:

> *"Je hebt minder dure sluiters nodig die post voor post sluiten, maar kunt bijvoorbeeld 1 x per 3 jaar een pool neerzetten waarin minder dure mensen (zoals hogere administratieve lasten) makkelijk een polis kunnen onderbrengen op standaard voorwaarden. Het idee hierbij is dat het risico op E&O's [Error & Ommissons, GTB] door de makelaar ook afneemt. De service en mogelijkheden tot maatwerk kan ook onder druk komen te staan. Hier tegenover staan behoorlijke extra inkomsten voor het intermediair. Blijkbaar wordt dat als prettig ervaren gezien het groeiend aantal van dergelijke pools in de markt."*

Respondenten die werkzaam zijn bij een verzekeraar gaven ook vaak als reden op dat intermediaire pools door makelaars worden gebruikt vanwege de extra inkomsten die dat voor hen oplevert.

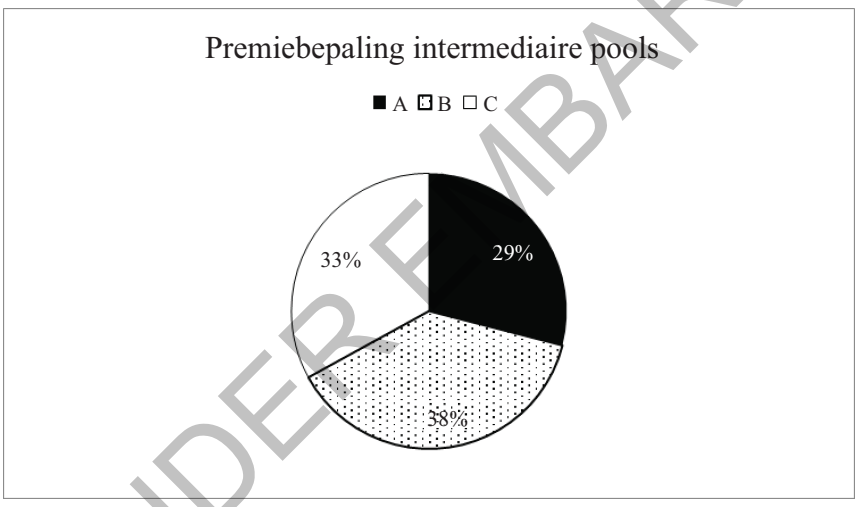
ONDER EMBARGO

Premiebepaling

Vanuit de gedachte dat bij een pool soms van tevoren de premies worden vastgelegd, heb ik in het praktijkonderzoek ook de vraag voorgelegd op welke wijze de premies worden bepaald voor de risico's die in een intermediaire pool worden ingebracht.[41] De volgende antwoordmogelijkheden konden worden gegeven:

A. de premies zijn vooraf in gezamenlijk overleg tussen de verzekeraars (de poolleden) en het intermediair vastgesteld
B. de verzekeraars (de poolleden) en het intermediair hebben afgesproken tegen welke voorwaarden zij het risico verzekeren, maar de premie ligt nog niet vast;
C. Anders, namelijk.

De resultaten lieten het volgende beeld zien:



Figuur 6.2

Interessant is dat er geen eenduidig antwoord is gegeven. Blijkbaar verschilt het sterk per pool hoe er met de premiebepaling wordt omgegaan. Dit constateerde ik reeds aan het begin van deze paragraaf waar ik de verschillen in het sluiten van een verzekering in een volmachtpool behandelde. Dat respondenten aangeven dat de premie lang niet altijd van tevoren vaststaat, komt overeen met de antwoorden die zijn gegeven onder de optie 'anders, namelijk'. Daar werd namelijk vaak aangegeven dat er – afhankelijk van de overeengekomen volmacht – nog onderhandelingen kunnen plaatsvinden over de premie of dat de premie wordt bepaald in samenspraak tussen de leidende verzekeraar en de makelaar. Dit komt dus overeen met de drie eerder besproken varianten van volmachttekening.

41 Deze vraag is door 103 respondenten beantwoord.

ONDER EMBARGO

Standaardvoorwaarden

Omdat uit de literatuur blijkt dat in pools veelal met standaardvoorwaarden wordt gewerkt, heb ik dit aspect ook bevraagd. Niet alleen is de vraag voorgelegd of er in intermediaire pools gebruik wordt gemaakt van standaardvoorwaarden, maar ook of het gebruik daarvan verplicht is gesteld. Hier is naar gevraagd omdat een verplichting tot het gebruik van standaardvoorwaarden mededingingsrechtelijk relevant is. Bij een verplichting staat het de in een pool deelnemende verzekeraars immers niet meer vrij om hun eigen productvoorwaarden op te stellen. Uit de gegeven antwoorden blijkt in 78% van de gevallen gebruik wordt gemaakt van standaardvoorwaarden.[42] Daarvan is in 77% van de gevallen sprake van voor verzekering in de intermediaire pool verplicht gestelde voorwaarden.[43]

Juridische grondslag van een intermediaire pool

Een laatste aspect dat bij het in kaart brengen van de werking van intermediaire pools bespreking verdient, is de vraag welke overeenkomsten nu ten grondslag liggen aan een intermediaire pool.[44] Uit het hierna – onder 6.3 – te bespreken Protocol voor Intermediaire Pools blijkt dat een tweetal overeenkomsten voorkomt: de samenwerkingsovereenkomst en de poolovereenkomst. Van beide overeenkomsten zijn voorbeelden te vinden op de website van de Nederlandse Vereniging van Gevolmachtigd Agenten (NVGA).[45] Het gaat om de Voorbeeld Samenwerkingsovereenkomst Volmacht 2017 (hierna: VSV 2017) en de Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht 2017 (hierna: VPV 2017).[46]

Wat is de samenhang tussen beide overeenkomsten? Of: hoe verhouden zij zich tot elkaar? De samenwerkingsovereenkomst VSV 2017 is de overeenkomst die iedere verzekeraar (de volmachtgever) voor zich aangaat met de intermediair (de gevolmachtigde) en waarin de volmacht wordt verleend om voor die maatschappij bepaalde soorten risico's tegen bepaalde voorwaarden te accepteren.[47] De samenwerkingsovereenkomst wordt daarmee individueel aangegaan tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde. De gevolmachtigde is in staat om een

ONDER EMBARGO

42 Het gaat om 66 bevestigende antwoorden op de vraag of er standaard voorwaarden zijn voor de verzekering van risico's in de intermediaire pools. 85 respondenten hadden op deze vraag een antwoord gegeven.

43 Het betreft 51 van de 66 bevestigende antwoorden.

44 Ik ben me ervan bewust dat ik de juridische grondslag ook eerder in het hoofdstuk aan de orde had kunnen stellen. Ik heb ervoor gekozen dit meer aan het einde te doen en eerst de praktijkbevindingen te presenteren.

45 Deze voorbeelden worden verspreid onder de vermelding dat zij een indicatief karakter hebben en dat het partijen vrijstaat om ervan af te wijken.

46 De Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht is opgenomen in de appendix bij dit boek.

47 De samenwerkingsovereenkomst bevat algemene bepalingen over de verleende volmacht maar ziet er ook op dat in overleg tussen de gevolmachtigde en de volmacht verlenende verzekeringsmaatschappij bijzondere bepalingen kunnen worden toegevoegd die onder meer kunnen zien op de omvang van de volmacht, de gebondenheid aan branches en limieten, acceptatie- en schadebehandelingsinstructies. Wat betreft de verlening van de volmacht geldt dat daaraan de modelvolmacht ten grondslag ligt die is opgemaakt overeenkomstig Bijlage A behorend bij artikel 16 van de Uitvoeringsregeling Wft (zie Stcrt. 2006, 230). In deze modelvolmacht zijn de werkzaamheden van de gevolmachtigde vermeld, zoals het zelfstandig ondertekenen van polissen en het ontvangen en verrekenen van premies. Voor de acceptatie geldt in beginsel dat de gevolmachtigde gebonden is aan de bij of in de poolovereenkomst opgenomen verzekeringsvormen en limieten. Het is niet toegestaan de volmacht te overschrijden door andere risico's te accepteren of de limieten te overschrijden, tenzij daarvoor schriftelijke toestemming is gegeven door de poolleider.

intermediaire pool te vormen als hij van meerdere verzekeringsmaatschappijen middels een samenwerkingsovereenkomst de volmacht heeft ontvangen tot gedeeld risicodragerschap.[48] De poolovereenkomst (VPV 2017) wordt gesloten tussen alle in de pool deelnemende verzekeraars. In deze overeenkomst worden de rechten en verplichtingen van alle in de intermediaire pool deelnemende verzekeringsmaatschappijen (de poolleden) vastgelegd.[49] De poolovereenkomst zal daarmee de belangrijkste verplichtingen bevatten die de poolleden aangaan, bijvoorbeeld over de risicoverdeling, de acceptatie van risico's binnen de pool en de schadebehandeling. Uit de VSV 2017 blijkt dat, als sprake is van strijdigheid tussen de samenwerkingsovereenkomst en de poolovereenkomst, de laatste prevaleert.[50] Daarmee ligt het zwaartepunt (ook voor wat betreft de beoordeling onder het mededingingsrecht) dus bij de poolovereenkomst. Uit de VPV 2017 blijkt dat de poolovereenkomst onder meer een opsomming bevat van de in de pool deelnemende verzekeraars met bijbehorende percentages. Ook is opgenomen welke verzekeraar als poolleader fungeert. Met de poolleader wordt in de regel het acceptatiebeleid afgestemd.[51] Van belang is verder dat de gevolmachtigde uitsluitend verzekeringen accepteert op de door de maatschappijen in de pool goedgekeurde voorwaarden en tarieven.[52] Bij de acceptatie van risico's in een intermediaire pool zal de gevolmachtigde in de regel tevens gebonden zijn aan de limieten die in de poolovereenkomst zijn vermeld. Uit het protocol voor intermediaire pools, dat in de volgende paragraaf zal worden besproken, is af te leiden dat de voorwaarden en tarieven door de makelaar met de poolleider worden overeengekomen en vervolgens door de andere pooldeelnemers worden geaccepteerd. Ik vermeld ten slotte dat het de gevolmachtigde niet is toegestaan om in de pool onder te brengen: 'enige vorm van coassurantie met niet in de pool deelnemende verzekeraars, herverzekeringen, verzekeringen van belangen buiten NL en verzekeringen waarbij uitsluitend het molest- en/of stakingsrisicio wordt gedekt'.[53] Dat impliceert dat de pool uitsluitend gebruikt wordt voor de verzekering van de risico's waarvoor zij is opgericht en herverzekering en de verzekering van belangen buiten Nederland in beginsel buiten de reikwijdte van de pool vallen. Intermediaire pools kennen dus een nationale reikwijdte en zijn niet bedoeld om buitenlandse risico's te verzekeren.

Specifiek voor de werking van intermediaire pools op de Nederlandse verzekeringsmarkt bestaat (daarnaast) het Protocol intermediaire pools (hierna: het protocol). Dit protocol beoogt, zoals artikel 2 dat benoemt, de deelnemers aan een intermediaire pool richtsnoeren te bieden voor een mededingingsrechtelijk verantwoorde bedrijfsuitoefening.[54] Het is daarom van belang om de inhoud van dit – bij wege van zelfregulering opgesteld – protocol in het kader van dit hoofdstuk te bespreken. Ik zal in de volgende paragraaf uiteenzetten welke verplichtingen uit dit protocol voortvloeien.

48 Zie de Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht 2017, p. 3, onder overweging b.
49 VPV 2017, p. 3 onder c.
50 VPV 2017, p. 3 onder e.
51 VPV 2017, p. 5, artikel 2.2.
52 Zie Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht, art. 2.1.
53 Zie Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht, art. 2.3.
54 Zie Protocol intermediaire pools, artikel 2 onder a.

ONDER EMBARGO

6.3 Zelfregulering voor intermediaire pools

Het protocol is door het Verbond van Verzekeraars, de VNAB en de NVGA in onderlinge samenwerking opgesteld. Zoals gezegd beoogt het protocol deelnemers aan intermediaire pools richtsnoeren te bieden voor een vanuit mededingingsrechtelijk perspectief verantwoorde bedrijfsuitoefening.[55] Uit de toelichting die wordt gegeven bij het protocol blijkt dat verzekeraars verplicht zijn om de naleving van de bepalingen uit het protocol vast te leggen in de samenwerkingsovereenkomst die zij aangaan met de intermediair en de poolovereenkomst zelf.[56] In de VPV 2017 is dat gedaan door het opnemen van een aantal modelbepalingen die overeenstemmen met de inhoud van het protocol.[57] De VSV 2017 bevat niet een dergelijke nadrukkelijke aansluiting bij het protocol. Ik besprak deze overeenkomsten in de vorige paragraaf.

Het protocol voorziet in de regeling van een aantal onderwerpen zoals de totstandkoming, de looptijd, de voortzetting, het beheer, de aanpassing van de voorwaarden, informatieverstrekking en overleg met andere verzekeraars binnen de pool. De kern van het protocol vormt mijns inziens echter de verplichting tot een zogenoemd 'self assessment'. Wat wordt daarmee bedoeld? Twee categorieën pools worden in het protocol verplicht tot een jaarlijks 'self assessment' van het marktaandeel in de relevante markt:

i. intermediaire pools voor andere dan standaardrisico's;
ii. intermediaire pools voor standaardrisico's met een marktaandeel in de relevante markt van meer dan 5 procent.[58]

Het begrip 'standaardrisico' neemt dus een belangrijke plaats in. Een standaardrisico is krachtens artikel 1 sub d van het protocol een risico dat een doorsnee intermediair op de relevante markt ook zonder gedeelde dekking (in coassurantie) zonder problemen kan onderbrengen bij een andere verzekeraar dan een van de deelnemers aan de intermediaire pool. Het gaat er dus om dat sprake is van een risico dat ook zonder coassurantie verzekerd had kunnen worden. Voor intermediaire pools voor niet-standaardrisico's geldt altijd de verplichting tot een jaarlijks 'self assessment'. Daarnaast is er kennelijk voldoende aanleiding om indien een pool betrekking heeft op standaardrisico's en het marktaandeel meer is dan 5% de pool aan een self assessment te onderwerpen.

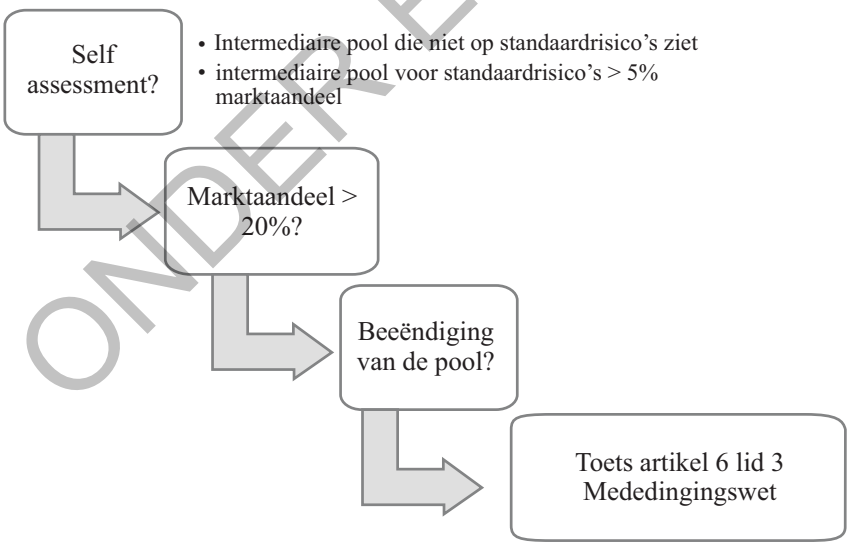
Zoals ik eerder in par. 6.2.2.2 besprak zijn intermediaire pools juist opgericht voor de verzekering van standaardrisico's. Mijns inziens zal de eerste groep (i) die in het protocol verplicht wordt tot een self assessment in de praktijk dan ook minder voorkomen dan de tweede groep (ii). Ondanks het verschil dat er dus kan bestaan in het type risico dat in een intermediaire pool wordt ondergebracht, geldt

55 Artikel 2a van het Protocol voor intermediaire pools.
56 Protocol voor intermediaire pools, p. 5 (onder het kopje 'reikwijdte regeling').
57 Zie VPV 2017, artikel 8. Opgenomen in de appendix bij dit boek.
58 Artikel 2c van het Protocol voor intermediaire pools.

ONDER EMBARGO

dat het self assessment hetzelfde is. Uit artikel 3 sub a van het Protocol volgt dat de gedachte achter het self assessment is dat het gezamenlijke marktaandeel van de in de pool deelnemende verzekeraars niet hoger mag zijn dan 20% van de relevante markt.[59] Het gaat er dus om dat voor beide groepen intermediaire pools, voor niet- standaardrisico's (groep i) en standaardrisico's met een aandeel groter dan 5% (groep ii), wordt beoordeeld of het marktaandeel niet groter is dan 20% van de relevante markt. Hoe de relevante markt moet worden geïnterpreteerd zal ik uitgebreid bespreken onder par. 6.4.1.2.3. Ik volsta op deze plaats met te vermelden dat indien blijkt dat het marktaandeel hoger is dan deze norm van 20% de intermediaire pool op grond van artikel 2 sub d van het protocol moet worden beëindigd of getoetst aan de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet (de vrijstelling van het kartelverbod, waar ik uitgebreider bij zal stilstaan in par. 6.4.2). Hiermee gaat de zelfregulering op dit terrein behoorlijk ver, omdat dit suggereert dat intermediaire pools met een marktaandeel dat groter is dan 20% van de relevante markt steeds de mededinging merkbaar beperken in de zin van artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Of dat het geval is zou juist per geval vastgesteld moeten worden. Het self assessment beoogt – in mijn bewoordingen – de deelnemers inzicht te geven in de mededingingsrechtelijke consequenties van de (on)toelaatbaarheid van de samenwerking, maar stelt daarvoor stringente eisen.

Schematisch zou de toets die uit het protocol voortvloeit als volgt kunnen worden weergegeven:



ONDER EMBARGO

59 Artikel 3 sub a van het Protocol voor intermediaire pools. Dit criterium is afkomstig uit de Groepsvrijstellingsverordening (GVO) – Verordening (EU) nr. 267/2010. Onder par. 6.4.2 sta ik hier uitgebreid bij stil.

Ter toelichting op dit – door mij opgestelde – schema. De pijlen geven steeds de antwoordmogelijkheid 'Ja' weer. Als de vraag niet bevestigend wordt beantwoord, is de toets in principe klaar. Als bijvoorbeeld het marktaandeel van een pool niet groter is dan 20% (stap 2) stopt de beoordeling onder het protocol.

Verticalisering

Naast het self assessment is een ander belangrijk aspect van het protocol dat het verzekeraars daarin wordt verboden om te overleggen over de premie en/of de voorwaarden (zogenoemd horizontaal overleg).[60] Het protocol gaat daarmee uit van verticalisering en beveiliging. Dat houdt in dat bij het opzetten en gedurende de looptijd van een pool horizontaal overleg tussen de pooldeelnemers over premies en voorwaarden niet is toegestaan en ook geen gelegenheid wordt geboden tot uitwisseling van mogelijke vertrouwelijke informatie.[61] In het protocol komt dit tot uitdrukking in de aan het intermediair opgelegde verplichting om met iedere verzekeraar die in aanmerking komt voor de positie van poolleider afzonderlijk te onderhandelen over de voorwaarden. Nadat het intermediair een poolleider heeft gekozen, moet hij buiten diens aanwezigheid de andere verzekeraars benaderen om op basis van de met de leider overeengekomen voorwaarden deel te nemen in de intermediaire pool.[62] Daarbij kan het wel zo zijn dat de poolleider, als eerder is vermeld, de regie houdt over de acceptatie van risico's en/of het vaststellen van premies en condities van risico's die worden ondergebracht in een dergelijke pool. Ook bij het wijzigingen van de voorwaarden gedurende de looptijd van een intermediaire pool geldt op grond van artikel 7 sub a van het protocol dat een voorstel daartoe van een van de poolleden uitsluitend aan het intermediair kan worden gedaan. Hiermee wordt beoogd vormen van onderlinge afstemming van marktgedrag te voorkomen.

Informatieverstrekking

Voor wat betreft de informatieverstrekking is ten slotte relevant dat in artikel 8 sub a van het protocol is bepaald dat de makelaar (de intermediair) alleen informatie verstrekt die in het kader van de (door hen beoogde) deelname in de pool noodzakelijk is, en dat deze informatie rechtstreeks aan iedere verzekeraar afzonderlijk wordt verstrekt. Vanuit efficiencyoogpunt kan het intermediair een informatiebijeenkomst organiseren. Dan geldt dat een verwijzing naar prijzen of voorwaarden van deelnemende of andere verzekeraars slechts is toegestaan indien die ten tijde van de bijeenkomst reeds door publicatie in openbare bronnen (zoals vakbladen, premievergelijkingssoftware en databanken van polisvoorwaarden) voor marktpartijen vrij toegankelijk is geworden, en op de bijeenkomst geen gelegenheid wordt geboden tot een gedachtewisseling over

60 Artikel 9 van het Protocol voor intermediaire pools.
61 Zie de toelichting die wordt gegeven bij het protocol voor intermediaire pools, onder 4 en De Jong 2016, p. 65.
62 Artikel 4 sub a en b van het Protocol voor intermediaire pools. Dit ziet op de totstandkoming van de pool. Tijdens de looptijd kan het zo zijn dat voor de verzekering van een bepaald risico de poolleider de premie en de voorwaarden bepaald van het risico dat in de pool wordt ondergebracht.

ONDER EMBARGO

prijzen of voorwaarden in de intermediaire pool of op de markt, dan wel op andere wijze gelegenheid wordt geboden vertrouwelijke informatie uit te wisselen.[63]

In deze paragraaf besprak ik het protocol dat op de Nederlandse markt geldt voor intermediaire pools. Uiteindelijk is het doel van de naleving van de verplichtingen die zijn opgenomen in het protocol dat wordt voorkomen dat pools onder de toepassing zouden vallen van het kartelverbod. Ondanks het feit dat het protocol zelf een beoordeling bevat van intermediaire pools onder het kartelverbod, lijkt het mij goed om in de volgende paragraaf te bespreken hoe het kartelverbod wordt toegepast op samenwerking tussen makelaars en/of verzekeraars in (intermediaire) pools. Hoe een beoordeling van pools onder het kartelverbod verloopt, staat in de volgende paragraaf centraal.

6.4 Beoordeling van pools onder het kartelverbod

In deze paragraaf onderzoek ik de toepassing van het kartelverbod op de samenwerking tussen verzekeraars in pools. Een aantal vragen verdient in dat kader bespreking. In de eerste plaats de vraag of, en zo ja, wanneer een pool(overeenkomst) valt onder het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 Mw. Dit is van belang omdat op grond van artikel 101 lid 2 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 2 Mw. de pool(overeenkomst) dan van rechtswege nietig is. Een tweede vraag die aan de orde komt is, indien sprake is van een verboden kartel, onder welke voorwaarden dan een vrijstelling van het kartelverbod gerechtvaardigd kan zijn.

In par. 6.4.1 sta ik eerst stil bij de toetsing van een pool aan artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag (de vraag of sprake is van een kartel), waarna ik in par. 6.4.2 de ruimte zal verkennen die artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag zou kunnen bieden (de vraag of een verboden kartel toch is toegestaan). Ik bespreek beide beoordelingen afzonderlijk omdat pas wordt toegekomen aan de beoordeling onder lid 3 van het kartelverbod als vaststaat dat is voldaan aan lid 1 van het kartelverbod. Ik maak bij de toepassing van het kartelverbod onderscheid naar de samenwerking in verzekeraarspools en de intermediaire pools. Bij intermediaire pools onderzoek ik hoe de eerder besproken drie varianten die in de praktijk voor blijken te komen, beoordeeld dienen te worden onder het kartelverbod.

6.4.1 Beoordeling van pools op grond van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 1 Mw.

Zoals eerder is vermeld, zijn verboden 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

63 Artikel 8 sub b van het Protocol voor intermediaire pools.

UNDER EMBARGO

markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.[64] Hieruit volgt dat het kartelverbod betrekking heeft op vormen van samenwerking tussen ondernemingen die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden[65] en die ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. In de onderstaande paragrafen onderzoek ik de toepassing van deze voorwaarden op de samenwerking in pools. Ik werk dat uit voor de eerder besproken verzekeraarspools (primair bedoeld voor de (her)verzekering van complexe risico's) alsook de intermediaire pools (primair gevormd voor de verzekering van de eenvoudigere risico's).

In par. 6.4.1.1 sta ik stil bij de poolovereenkomst als vorm van horizontale samenwerking, in par. 6.4.1.2 bespreek ik de mogelijkheid van een beperking van de mededinging (met een uitsplitsing naar de aard, het gevolg en de merkbaarheid) en in par. 6.4.1.3 sta ik stil bij het criterium van de handel tussen de lidstaten. Par. 6.4.1.4 bevat een tussenconclusie.

6.4.1.1 De pool(overeenkomst) als vorm van horizontale samenwerking

Aan de samenwerking tussen verzekeraars in een pool ligt, zoals hiervoor onder par. 6.2 is besproken, doorgaans een overeenkomst ten grondslag. Die poolovereenkomst wordt hetzij door verzekeraars zelf gesloten (dit is het geval bij de verzekeraarspools) hetzij door tussenkomst van het intermediair (dit is het geval bij intermediaire pools). De vraag is hoe zo'n poolovereenkomst mededingingsrechtelijk gezien moet worden. Is dit een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging en/of onderling afgestemd feitelijk marktgedrag in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag?[66]

Uit de mededingingsrechtelijke jurisprudentie volgt dat van een overeenkomst sprake is indien tussen verschillende ondernemingen, direct of via een derde, wilsovereenstemming bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen of zich van een bepaald gedrag te onthouden.[67] Wilsovereenstemming tussen ondernemingen zal volstaan om een overeenkomst aan te nemen.[68] De vorm van de overeenkomst is niet van belang, mits deze maar een getrouwe weergave is van de wilsovereenstemming.[69] Hieruit volgt dat een overeenkomst tussen ondernemingen in het mededingingsrecht vrij snel kan worden aangenomen.

Dat een poolovereenkomst gezien kan worden als een *overeenkomst* tussen partijen die valt onder het toepassingsbereik van het kartelverbod is vrij evident. Zoals gezegd, wordt een overeenkomst tussen partijen in het mededingingsrecht

64 Vgl. hoofdstuk 2, par. 2.2.1.
65 Het vereiste dat de handel ongunstig moet worden beïnvloed is niet te vinden in artikel 6 lid 1 Mw., waar gesproken wordt over de Nederlandse markt. Vgl. hoofdstuk 2, par. 2.2.1.3.
66 Een uitvoerige bespreking van deze vormen van samenwerking heb ik gegeven in hoofdstuk 2 onder par. 2.2.1.1.
67 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, Jur. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (*Bayer/Commissie*).
68 Van de Gronden 2017, p. 58-59. Zie ook: hoofdstuk 2, par. 2.3.1.1.1.
69 Van de Gronden 2017, p. 59.

ONDER EMBARGO

vrij snel aangenomen. Wilsovereenstemming volstaat.[70] Evenwel dient deze wilsovereenstemming erop te zijn gericht om het concurrentiegedrag onderling af te stemmen of zich van bepaald marktgedrag te onthouden. Daarvan zou sprake kunnen zijn als een poolovereenkomst tot gevolg heeft dat de concurrentie wordt verminderd of zelfs uitgesloten. Tegelijkertijd dient te worden bedacht dat een pool kan dienen als efficiënte verzekeringsoplossing voor het onderbrengen van (complexe) risico's. De poolovereenkomst dient dan het gemak en de efficiëntie van het onderbrengen van risico's op basis van coassurantie in plaats van het afstemmen of onthouden van marktgedrag dat de concurrentie beperkt. Desalniettemin ligt aan een pool een overeenkomst tussen (her)verzekeraars ten grondslag die ziet op het samen willen (her)verzekeren van bepaalde soorten risico's, waarbij afspraken worden gemaakt over voorwaarden en tarieven. Dat maakt dat toetsing aan het kartelverbod openstaat. We zien dan ook dat in enkele beschikkingen van de Europese Commissie inzake verzekeraarspools – *Teko*,[71] *Assurpol*[72] en *P&I-Clubs*[73] – de poolovereenkomst wordt getoetst aan de vereisten van het kartelverbod. Ook bij het toezeggingsbesluit verzekeraarspools van de NMa (thans ACM) werd ervan uitgegaan dat sprake was van een overeenkomst in de zin van het kartelverbod.[74] Voor de helderheid van mijn betoog wil ik op deze plaats aandacht schenken aan één van de genoemde Europese beschikkingen, namelijk de *Teko*-beschikking. De andere beschikkingen van de Europese Commissie zal ik later in dit hoofdstuk, onder par. 6.4.1.2 (bij de vraag naar de mededingingsbeperking), nader bespreken.

Bespreking van de beschikking inzake de Teko-pool

Teko (voluit: Technisches Kontor fur die Maschinen-B-U-Versicherung) was een Duitse verzekeringspool opgericht voor de gemeenschappelijke en wederzijdse herverzekering van machine- en bedrijfsschadeverzekeringen. In 1988 had Teko in de toenmalige Bondsrepubliek Duitsland een marktaandeel van zo'n 20% op de markt voor de verzekering van technische defecten (uitval van technische installaties en machines wegens onvoorziene gebeurtenissen).[75] De bij Teko aangesloten verzekeraars maakten in het algemeen gebruik van de herverzekering door middel van de pool. Voor de gemeenschappelijke herverzekering – dus door middel van Teko – werden twee herverzekeringscontracten op de markt gesloten die door Teko werden beheerd. Het eigen risico dat onderdeel uitmaakte van deze overeenkomsten werd volgens een afgesproken verdeelsleutel onderling herverzekerd.

UNDER EMBARGO

70 Bij een verzekeraarspool vindt het overleg over de condities plaats op horizontaal niveau (tussen met elkaar concurrerende verzekeraars), terwijl bij een intermediaire pool het overleg plaatsvindt via een derde (het intermediair). Het feit dat bij een intermediaire pool via een derde overeenstemming wordt bereikt over de gemeenschappelijke verzekering van bepaalde soorten risico's, staat echter niet eraan in de weg om wilsovereenstemming aan te nemen, zie: GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, Jur. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (Bayer/Commissie). Vgl. Hoofdstuk 2, par. 2.2.1.1.1.

71 Beschikking van de Europese Commissie van 20 december 1989, rn. 16-17 (*IV/32.408 – TEKO*)

72 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 rn. 26 (*IV/33.100 – Assurpol*)

73 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*).

74 Besluit van de NMa nr. 5998/546.BT55 (*Toezeggingsbesluit verzekeraarspools).*

75 Beschikking van de Europese Commissie van 20 december 1989, rn. 16-17 (*IV/32.408 – Teko*), overweging 3.

Teko deed op 11 augustus 1987 bij de Europese Commissie een verzoek om een negatieve verklaring en een vrijstelling van het kartelverbod overeenkomstig artikel 85 lid 3 (thans: artikel 101 lid 3) van het Werkingsverdrag. De Europese Commissie toetste of de aangemelde samenwerking binnen Teko viel onder het toepassingsbereik van het kartelverbod en zo ja, of deze in aanmerking kwam voor een vrijstelling. De overwegingen 7-10 van de beschikking geven vervolgens goed weer welke afspraken in de pool werden gemaakt. Ik geef deze daarom hieronder volledig weer.

'(7) Er bestaan geen gemeenschappelijke premies en condities. Individueel zijn de maatschappijen bij de calculatie van de eerste verzekeringspremie en in de formulering van de verzekeringscondities voor de door hen gesloten polissen vrij. Op verlangen kunnen zij in ieder individueel geval een risicobeoordeling en premiecalculatie (brutopremie) bij het Teko aanvragen.

De medewerkers van het Teko bestuderen in die gevallen voor de maatschappijen de beschikbare documenten en verrichten zonodig met de betrokken maatschappij een bedrijfsbezichtiging. *De maatschappijen kunnen echter ook van zo'n aanvrage afzien en de premie zelfstandig calculeren, hoewel zij dat alleen in uitzonderlijke gevallen doen* [curs, GTB]. Het Teko is in dergelijke gevallen vrij de inbreng van een polis in de gemeenschappelijke herverzekering te weigeren wanneer de door de maatschappij afgesproken condities of de premie [de zelfstandig gecalculeerde premie en geformuleerde verzekeringscondities, toelichting GTB] ontoereikend blijken te zijn.

(8) Risicobeoordelingen en premieberekeningen die door het Teko op verzoek van de ondernemingen in individuele gevallen worden verricht, zijn voornamelijk gebaseerd op vergelijking met eerdere, bij het Teko ondergebrachte overeenkomsten, die vergelijkbare risico's betreffen. Door het kleine aantal overeenkomsten, die over diverse industrietakken met een groot aantal verschillende machines zijn verspreid, is er onvoldoende statistisch materiaal beschikbaar voor de berekening van de premietarieven en de verschillende bestanddelen van de premies. Als referentiekader kunnen derhalve alleen de (bruto-) premies en voorwaarden in vergelijkbare overeenkomsten dienen, alsmede de vastgestelde ontwikkeling in de schadeclaims bij dergelijke overeenkomsten .

(9) Indien een maatschappij een premiecalculatie door het Teko aanvraagt, moet zij de door het Teko bepaalde premie (een minimumpremie die mag worden overschreden) en de door het Teko opgestelde condities toepassen wanneer zij van de gemeenschappelijke herverzekeringsconstructie gebruik wenst te maken. Het staat haar echter vrij de herverzekeringsprovisie geheel of gedeeltelijk aan de verzekeringnemers door te geven. Voorts hebben de maatschappijen de mogelijkheid de verzekeringsnemers bij een gunstig verloop van de schade een deel van de premie te restitueren. Overigens kunnen zij steeds van het door het Teko afgesproken aanbod afwijken en zich elders herverzekeren.

(10) Individueel voeren de maatschappijen de schadebewerking zelfstandig uit, maar zij moeten de schade aan het Teko melden, dat op verlangen van de maatschappijen in een concreet geval aan de schadeafhandeling medewerkt. Het accent van de werkzaamheid van het Teko

ONDER EMBARGO

> ligt dan bij de schadeverminderingsmaatregelen zoals het doen verrichten van reparaties aan de beschadigde machines of het verschaffen van vervangende machines.'[76]

Indien door een verzekeraar dus een premiecalculatie werd opgevraagd bij het Teko, wat – zo volgt uit overweging 7 – in de meerderheid van de gevallen voorkwam, werd hij verplicht deze (minimum)premie en de door het Teko opgesteld condities toe te passen om gebruik te kunnen maken van de gemeenschappelijke herverzekeringsconstructie. Verzekeraars die een aanvraag indienden bij het Teko stond het wel vrij om van het aanbod van Teko af te wijken en zich elders te herverzekeren, zo volgt uit overweging 9. Op het belang van deze feitelijke constellatie kom ik terug onder par. 6.4.1.2.1.

Op deze plaats is het goed om te vermelden dat de Europese Commissie in het kader van de juridische beoordeling van de pool toetst of sprake is van een vorm van samenwerking die valt onder het bereik van het kartelverbod, artikel 85 lid 1, (thans artikel 101 lid 1). De Europese Commissie overweegt in ro. 16 als volgt.

> 'De aangemelde overeenkomst over de samenwerking in de machine-/bedrijfsonderbrekingsverzekering, (…) is een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Voorzover de vennootschappen op basis van deze overeenkomst feitelijk samenwerken, met name gewoonlijk in hun eerste verzekeringsovereenkomsten van door het Teko gecalculeerde premies en condities uitgaan en de overeenkomsten in de gemeenschappelijke herverzekering inbrengen, is tegelijkertijd sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.'

De Commissie gaat dus in ieder geval uit van een overeenkomst in de zin van artikel 85 lid 1 van het Werkingsverdrag. Het feitelijke samenwerken baseert de Commissie op het uitgaan van de door het Teko gecalculeerde premies en condities bij de verzekeringen die de leden afsluiten. Hoewel daarmee is voldaan aan het vereiste van samenwerking dat eigen is aan het kartelverbod, en feitelijk dus niet meer hoeft te worden aangetoond dat sprake is van de overige in de wet genoemde vormen van samenwerking (onderling afgestemde feitelijke gedraging en besluit van een ondernemersvereniging), sta ik daar voor de volledigheid hieronder toch bij stil. Temeer omdat in het mededingingsrecht een bepaalde gedraging dikwijls meerdere elementen van samenwerking kent en dus karakteriseert kan worden als een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging en/of een besluit van een ondernemersvereniging.

Zo constateerde de Commissie in *Teko* dat eveneens sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dat brengt mij tot de vraag onder welke omstandigheden samenwerking in een pool gezien kan worden als onderling afgestemd feitelijk marktgedrag. Deze vorm van samenwerking ziet op een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust

76 Beschikking van de Europese Commissie van 20 december 1989, rn. 16-17 (*IV/32.408 – TEKO*), overweging 7-10.

ONDER EMBARGO

vervangt door een feitelijke samenwerking.[77] Het gaat er dus om dat één onderneming zich ten opzichte van één of meer andere ondernemingen verbindt om op de markt een bepaalde gedragslijn te volgen en dat als gevolg daarvan de onzekerheid over toekomstig marktgedrag wordt verkleind of uitgesloten.[78] In feite komt onderling afgestemd marktgedrag dus neer op parallel marktgedrag, waaraan gedragsafstemming ten grondslag ligt. De categorie is vooral bedoeld om vormen van (stilzwijgende) samenwerking onder het toepassingsbereik van het kartelverbod te brengen. In het kader van pools kan, zo bleek al uit de hierboven opgenomen overweging uit de *Teko*-beschikking, tevens sprake zijn van onderling afgestemd marktgedrag. Het kan dus zo zijn dat samenwerking in een pool tot gevolg heeft dat de poolleden hun marktgedrag (feitelijk) op elkaar afstemmen, bijvoorbeeld door dezelfde polisvoorwaarden te gebruiken of uit te gaan van door de pool gecalculeerde premies (ook al is dat niet verplicht gesteld). Ook de afstemming van het marktgedrag van poolleden, zonder dat daar een uitdrukkelijke overeenkomst aan ten grondslag ligt, valt daarmee onder het toepassingsbereik van het kartelverbod.

In het kader van de bespreking van de eerste voorwaarde van het kartelverbod resteert de vraag of bij een pool ook sprake kan zijn van een 'besluit van een ondernemersvereniging'. Van een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van het kartelverbod is, zo blijkt uit het arrest *Sachversicherer vs. Commissie,* sprake indien het besluit 'een getrouwe weergave is om het gedrag van de leden op de markt te coördineren'.[79] Ook deze categorie van samenwerking kan in bepaalde omstandigheden aan de orde zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een pool waarbij het beheer is opgedragen aan een speciaal orgaan en/of afzonderlijke onderneming die bevoegd is bindende besluiten te nemen. De besluiten die door dat orgaan worden genomen kunnen erop gericht zijn om het gedrag van de leden op de markt te coördineren en vallen daarmee onder het kartelverbod.

Concluderend kan, zo illustreert de *Teko*-beschikking, een pool(overeenkomst) mededingingsrechtelijk worden gezien als een overeenkomst tussen ondernemingen en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, mits overeenstemming (uitdrukkelijk of stilzwijgend) is om het concurrentiegedrag af te stemmen of zich van bepaald marktgedrag te onthouden. Onder bepaalde omstandigheden, afhankelijk van hoe een pool is georganiseerd, kan sprake zijn van een besluit van een ondernemersvereniging. In ieder geval zal over het algemeen snel voldaan zijn aan het vereiste dat er sprake is van een vorm van samenwerking of coördinatie tussen ondernemingen (dus: een 'kartel'). Dat brengt mij tot de vraag of een pool, die gezien kan worden als een vorm van samenwerking tussen ondernemingen, ertoe strekt of als gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De beantwoording van die vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

ONDER EMBARGO

77 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 64 (*ICI*); Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4125, ro. 115 met verdere verwijzingen (*Anic Partecipazioni*). Vgl. de Richtsnoeren Horizontalen, par. 60-63. Voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging is niet vereist dat partijen gezamenlijk een plan hebben opgesteld (HvJ EG C-7/95 P, ro. 86 (*John Deere*)). Vgl. Hoofdstuk 2, par. 2.2.1.1.3.

78 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3, rn. 15.

79 HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85, *Jur.* 1987, 415 ro. 32 (*Sachversicherer v Commissie*). Zie ook: hoofdstuk 2, par. 2.2.1.1.2.

6.4.1.2 Beperking van de mededinging?

In deze paragraaf bespreek ik de vraag of en onder welke omstandigheden een pool de mededinging beperkt.[80] De beperking van de mededinging is de kern van het kartelverbod. Ik zal dit aspect daarom uitgebreid behandelen.

Algemeen

Een afspraak kan, zo volgt uit de tekst van het kartelverbod, de strekking of het gevolg hebben om de mededinging te beperken. Vaste jurisprudentie leert dat van een afspraak die de strekking/het doel heeft om de mededinging te beperken, de mededingingsbeperkende gevolgen al vaststaan.[81] In de kern zijn er daarmee twee categorieën van inbreuken op het kartelverbod: de strekkings- of doelbeperkingen (waarvan de kwalijke gevolgen voor de mededinging in beginsel al vaststaan) en de gevolgbeperkingen (waarvan de kwalijke gevolgen nog door de betrokken autoriteiten aangetoond moeten worden). Voor de eerste categorie, de strekkingsbeperkingen, zullen minder strenge eisen worden gesteld aan het bewijs.[82] Het ligt daarom voor de hand om in deze paragraaf eerst te onderzoeken of een pool de strekking kan hebben om de mededinging te beperken en voor zover dat niet het geval is te onderzoeken wanneer een pool een beperking van de mededinging tot gevolg zou kunnen hebben.

6.4.1.2.1 Mededingingsbeperkende strekking van een pool?

In het algemeen geldt dat een mededingingsbeperkende strekking of doel van een overeenkomst volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie alleen dan wordt aangenomen indien de overeenkomst wordt geacht een schadelijk effect te hebben op de goede werking van de mededinging.[83] Dat betekent dat van kartelafspraken waarbij prijzen worden vastgesteld, de productie wordt beperkt of de markten of afnemers worden verdeeld, wordt aangenomen dat zij het doel hebben om de mededinging te beperken.[84] Volgens het Hof leert de ervaring namelijk dat dergelijke afspraken leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, wat uiteindelijk de consumenten zal schaden.[85]

ONDER EMBARGO

80 Ik roep in herinnering dat ik in hoofdstuk 2 onder het kopje 'Beperking van de mededinging' heb besproken dat een mededingingsbeperking uiteenvalt in een strekkings- en gevolgbeperking.

81 Zoals ik in hoofdstuk 2, par. 2.2.1.2 aan de orde stelde is hier sprake van een alternatief karakter wat inhoudt dat eerst moet worden onderzocht of een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, en daarna pas of een afspraak mededingingsbeperkende gevolgen met zich meebrengt. Zie ook: Richtsnoeren voor de toepassing van art. 81 lid 3, rn. 24.

82 Ter verduidelijking van het onderscheid tussen strekkings- en gevolgbeperkingen kan een vergelijking worden gemaakt met de zwarte en grijze lijst van bedingen die onredelijk bezwarend zijn uit titel 6.5.3 BW. Van bedingen die op de zwarte lijst staan, wordt (evenals bij strekkingsbeperkingen) aangenomen dat onredelijk bezwarend zijn. Bedingen die op de grijze lijst staan worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Zo geldt dat er in het mededingingsrecht afspraken zijn die hardcore mededingingsrestricties bevatten (prijs/marktverdelingsafspraken), waarvan de beperkende gevolgen vaststaan en waarbij alleen hoeft te worden aangetoond dat sprake is van zo'n afspraak (zwarte lijst). Vgl. de lijst met bedingen die mededingingsbeperkingen bevatten die was opgenomen in Verordening (EG) nr. 358/2003, artikel 6 lid 1.

83 HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-373/14, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*), punt 26.

84 Zie Richtsnoeren Horizontalen, punt 160.

85 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), punt 51.

Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben, worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.[86] Indien echter sprake is van zeer zware mededingingsinbreuken, zoals marktverdelingsovereenkomsten, kan de analyse van de economische en juridische context worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking.[87] Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of pools ertoe strekken de mededinging te beperken gezichtspunten als de bewoordingen en het doel van de poolovereenkomst, de economische en juridische context alsmede de aard van het aangeboden verzekeringsproduct in ogenschouw moeten worden genomen. Indien echter een pool afspraken bevat, zoals een verdeling van de markt of prijsafspraken, waarvan het Hof heeft aangenomen dat deze op evidente wijze de strekking hebben om de mededinging te beperken, kan een vergaande marktanalyse achterwege blijven.

Kortom, bij het onderzoek naar de vraag of een pool ertoe strekt de mededinging te beperken zou gelet moeten worden op de bewoordingen en de doelstellingen van de poolovereenkomst, en de economische en juridische context. Indien uit de bewoordingen en de doelstellingen van een poolovereenkomst blijkt dat er afspraken worden gemaakt die betrekking hebben op de prijs/premiebepaling, de verdeling van de markt of de beperking van de productie, zal het vermoeden bestaan dat de pool ertoe strekt om de mededinging te beperken. De vraag doet zich voor hoe uniforme premies, die in de regel worden gehanteerd in een pool, gezien moeten worden.[88] Valt dit onder de paraplu van de afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken? Premies kunnen worden gezien als belangrijke concurrentieparameters. Betekent dit dan dat een pool waarbij uniforme premies en voorwaarden worden gebruikt de strekking heeft om de mededinging te beperken?

In de al eerder aangehaalde beschikking *Teko* kwam de Europese Commissie tot de conclusie dat de samenwerking tussen de verzekeraars in de pool beperking van mededinging tot doel en tot gevolg had.[89] Ten aanzien van de beperking van de concurrentie overweegt zij:

ONDER EMBARGO

86 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), punt 53.
87 HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-373/14, ECLI:EU:C:2016:26 (*Toshiba*), punt 28 en 29. Vgl. Van de Gronden 2017, p. 67.
88 Van der Beek & Japon *AV&S* 2011/12, p. 112; Europe Economics 2016a, p. 56. Ik teken hierbij aan dat uit het uitgevoerde praktijkonderzoek blijkt dat niet altijd wordt gebruik gemaakt van uniforme premies in een (intermediaire) pool, zie par. 6.2.2.2.
89 Beschikking van de Europese Commissie van 20 december 1989 (*IV/32.408 – TEKO*), punt 17.

> '(…) de beperking van de concurrentie [vloeit] voort uit de organisatie van het Teko als gemeenschappelijke advies- en informatiecentrale, met name voor de risicobeoordeling en de premiecalculatie door het Teko, die in de praktijk tot een coördinatie van het marktgedrag van de betrokken maatschappijen leiden. Aangezien deze slechts in uitzonderingsgevallen zelfstandig premies en condities calculeren en bij de contractsonderhandelingen principieel uitgaan van een door het Teko opgesteld aanbod, passen zij in dezelfde of vergelijkbare gevallen dezelfde of vergelijkbare premies en condities toe, zodat zij dienaangaande niet in concurrentie treden'.[90]

Hieruit kan worden afgeleid dat het binnen een pool toepassen van dezelfde premies en condities door de Europese Commissie wordt gezien als een beperking van de mededinging, met een mededingingsbeperkend doel én gevolg.

Tot eenzelfde conclusie kwam de Europese Commissie in de zaak *Assurpol*.[91] Assurpol was een Franse medeherverzekeringspool voor de dekking van bepaalde milieuschades. Deze pool diende, net als de hierboven besproken Teko-pool, bij de Europese Commissie een verzoek in voor een ontheffing van het kartelverbod.[92] De Europese Commissie concludeert (ook hier) dat de pool het doel en gevolg heeft om de mededinging te beperken. Ik citeer:

> 'Hoewel het iedere aangesloten verzekeraar vrij staat de tariefpremie zelfstandig te berekenen, hebben de overeenkomsten niet minder ten doel of tot gevolg dan dat de mededinging tussen de leden-verzekeraars wordt beperkt, die, bij ontstentenis daarvan, bij de vaststelling van de premies en de polisvoorwaarden over meer zelfstandigheid hadden kunnen beschikken en derhalve onder andere omstandigheden met elkaar hadden kunnen concurreren'.[93]

In deze twee beschikkingen van de Europese Commissie wordt een pool dus gezien als een samenwerkingsverband die het doel én gevolg heeft om de mededinging te beperken. Toch betekent dit niet dat pools die tegenwoordig op de Nederlandse coassurantiemarkt voorkomen steeds de strekking hebben om de mededinging te beperken. Er kunnen nu eenmaal poolovereenkomsten bestaan met en zonder strekkingsbeperkingen. Ik werk dat nader uit, maar vooraleerst is het goed om op te merken dat de beschikkingen *Teko* en *Assurpol* niet maatgevend zijn voor alle soorten poolovereenkomsten. Zij zijn gegeven in de periode dat er nog geen groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector bestond.

Op het moment dat de Europese Commissie (later) overging tot het verlenen van een groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de samenwerking tussen verzekeraars in pools, verklaarde de Europese Commissie de vrijstelling van artikel 81 lid 3 van het Werkingsverdrag (thans art. 101 lid 3) van toepassing op

90 Beschikking van de Europese Commissie van 20 december 1989 (*IV/32.408 – TEKO*), punt 18.
91 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*).
92 Van belang is dat ten tijde van deze beschikking het mededingingsrecht anders werd gehandhaafd dan tegenwoordig het geval is. Om in aanmerking te komen voor een vrijstelling van het kartelverbod moesten ondernemingen hun overeenkomst aanmelden bij de Europese Commissie. Sinds de invoering van Verordening nr. 1/2003 komt de bevoegdheid om een vrijstelling te geven van het kartelverbod op grond van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag niet meer uitsluitend toe aan de Europese Commissie, maar ook aan nationale rechters, arbiters en mededingingsautoriteiten. Bovendien dienen ondernemingen in plaats van het aanvragen van een ontheffing, zelf te beoordelen of zij in aanmerking komen voor een vrijstelling van het kartelverbod.
93 Beschikking van de Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), rn. 28.

ONDER EMBARGO

samenwerking in pools in de verzekeringssector. De gedachte van de Europese Commissie was dat, hoewel samenwerking in pools mededingingsbezwaren met zich mee kan brengen (zoals standaardisatie van premies/polisvoorwaarden), de voordelen voor de mededinging in sommige gevallen toch groter zijn. De Europese Commissie overweegt daarom dat pools die een beperking van de mededinging tot gevolg hebben, onder bepaalde strikte voorwaarden voordelen kunnen meebrengen die een vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag rechtvaardigen, ook al zouden twee of meer concurrerende ondernemingen eveneens dekking kunnen verschaffen.[94] Poolovereenkomsten die afspraken bevatten die de strekking hebben om de mededinging te beperken, worden echter in de verordening expliciet uitgesloten van de uitzondering op het kartelverbod.[95] De groepsvrijstelling is daarmee nooit bedoeld als veilige haven voor pools die strekkingbeperkingen bevatten.[96]

De Europese Commissie spreekt bij het verlenen van de groepsvrijstelling (dus) niet over poolafspraken die het doel hebben om de mededinging te beperken, maar over afspraken die een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben. Deze pools komen vanwege de voordelen voor de mededinging in aanmerking voor een vrijstelling van het kartelverbod. Illustratief is in dit verband ook één van de overwegingen die ten grondslag ligt aan de vaststelling van Verordening 267/2010:

> 'Medeverzekerings- of medeherverzekeringspools kunnen verzekeraars en herverzekeraars in staat stellen risico's te verzekeren of te herverzekeren, ook indien het samenwerkingsverband verder gaat dan wat voor het verzekeren van deze risico's noodzakelijk is. Dit soort pools kunnen evenwel een beperking van de mededinging tot gevolg hebben in de vorm van gestandaardiseerde polisvoorwaarden of zelfs gestandaardiseerde dekkingsbedragen en premies. Het is daarom passend te bepalen onder welke voorwaarden aan deze pools vrijstelling kan worden verleend'.[97]

Hieruit volgt dat pools een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben in de vorm van gestandaardiseerde polisvoorwaarden en zelfs gestandaardiseerde dekkingsbedragen en premies. Maar ook maakt de overweging duidelijk dat dat aan de toelaatbaarheid van de pool niet in de weg hoeft te staan, mits de pool voldoet aan een aantal voorwaarden. Zo moet op grond van artikel 7 van de Verordening 267/2010 de vrijheid bestaan voor de poolleden om buiten de pool (tegen een betere premie) te verzekeren.[98] De conclusie van het bovenstaande kan mijns inziens niet anders zijn dan dat gestandaardiseerde premies (of: tariefafspraken) bij een pool niet in alle soorten poolovereenkomsten de strekking

ONDER EMBARGO

94 Zie considerans 17 bij Verordening 267/2010.
95 Illustratief is de lijst met bedingen die is opgenomen in artikel 7 van Verordening 267/2010. Ik kom daarop terug in par. 6.4.2.2.
96 Daarbij realiseer ik me dat artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag strikt genomen ook van toepassing kan zijn op afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken (zie: Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, rn. 20. Toch is het onwaarschijnlijk dat afspraken die de strekking hebben om de mededinging te beperken, kunnen profiteren van een (groeps)vrijstelling van het kartelverbod vanwege de schadelijke effecten die deze afspraken met zich meebrengen voor de mededinging. Vgl. de richtsnoeren samenwerking ondernemingen van de ACM (laatst vastgestelde versie: 2008), rn. 41-44.
97 Zie considerans 14 bij Verordening 267/2010.
98 Ik kom in par. 6.4.2.2 hierop terug.

zullen hebben om de mededinging te beperken. Het feit dat pools een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben, betekent immers nog niet dat kan worden aangenomen dat pools ook daadwerkelijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben.[99] De beperkende gevolgen voor de mededinging moeten, met andere woorden, nog wel worden aangetoond. Dat brengt mij tot de bespreking van de vraag onder welke omstandigheden poolafspraken een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben. Het antwoord op die vraag staat in de volgende paragraaf centraal.

6.4.1.2.2 Mededingingsbeperkende gevolgen van een pool?

Eerst wanneer een mededingingsbeperkende strekking niet kan worden aangenomen, zal, zoals in het begin van par. 6.4.1 is vermeld, de vraag relevant zijn of de afspraak (de facto) mededingingsbeperkende gevolgen heeft.[100] In deze paragraaf onderzoek ik of en zo ja, onder welke omstandigheden een pool tot gevolg kan hebben dat de mededinging wordt beperkt.

Algemeen

Ik roep in herinnering dat een overeenkomst volgens het Hof een mededingingsbeperkend gevolg heeft als zij een merkbaar ongunstige uitwerking heeft of kan hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie.[101] Het gaat er dan om dat de overeenkomst de deelnemende partijen in staat stelt om op winstgevende wijze de prijzen te verhogen of de producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie te verminderen.[102] Om dat te kunnen vaststellen zal een marktonderzoek moeten worden verricht waarin de vraag centraal staat hoe de mededinging eruit zou hebben gezien zonder de (vermeende) kartelafspraak (ook wel aangeduid als *counterfactual analysis*).[103]

Wanneer er zonder de pool geen markt is voor de verzekering van het risico, zal van een beperking van de mededinging geen sprake kunnen zijn. Dit raakt het vraagstuk van de (on)verzekerbaarheid van risico's. Vervolgens is het de vraag

ONDER EMBARGO

99 Ik behandel dat aspect uitvoeriger in de volgende paragraaf. Een van de factoren die hierbij een rol zal spelen is of een risico dat in een pool wordt ondergebracht ook tegen dezelfde voorwaarden buiten de pool om kan worden verzekerd.

100 Richtsnoeren Horizontalen, punt 26.

101 Richtsnoeren Horizontalen, punt 27. Vgl. Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, punt 24. Vgl. hoofdstuk 2, par. 2.

102 Richtsnoeren Horizontalen, punt 28.

103 Ik besprak dit eerder in h. 2, onder par. 2.3.2.1. (Vgl. Van de Gronden 2017, p. 64). Bij het marktonderzoek moet de relevante markt worden afgebakend, gelet worden op de aard en de inhoud van de overeenkomst, de mate waarin de partijen afzonderlijk of gezamenlijk een bepaalde mate van marktmacht hebben of verwerven en de mate waarin de overeenkomst bijdraagt tot de totstandkoming, het behoud of de versterking van deze marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken (zie richtsnoeren horizontale samenwerking, punt 28). Vaak dient in dat kader ook een onderzoek en beoordeling plaats te vinden van onder meer de aard van de producten, de marktpositie van de partijen, de marktpositie van de concurrenten, de marktpositie van de afnemers, het bestaan van potentiële concurrenten en de omvang van toetredingsdrempels → Richtsnoeren art. 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, punt 27. Daarbij wordt vermeld dat het in sommige gevallen mogelijk kan zijn om rechtstreeks mededingingsbeperkende effecten aan te tonen door de marktgedragingen van de partijen bij de overeenkomst te analyseren. Er wordt genoemd dat het bijvoorbeeld mogelijk kan zijn om aan te tonen dat de overeenkomst heeft geleid tot prijsstijgingen.

welke aspecten van een pool de mededinging kunnen beperken, als er een markt is. Ik bespreek hieronder eerst de (denkbeeldige) situatie dat zonder de pool er geen markt is en daarna de situatie waarin het risico buiten de pool om evengoed verzekerd had kunnen worden.

1. Zonder de pool is er geen markt

Een eerste mogelijkheid die zich voor kan doen, is dat zonder de pool er überhaupt geen markt (vraag en aanbod) zou zijn. Pooling is in dat geval de enige manier waarop het risico verzekerd kan worden. De pool roept dus een nieuwe markt in het leven. Illustratief zijn de pools voor de (her)verzekering van de catastrofale risico's[104] zoals de – eerder genoemde – Nederlandse Atoompool, de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (NHT) en de Nederlandse Milieupool.[105] De risico's die in dergelijke pools worden ondergebracht zijn vaak moeilijk of helemaal niet individueel te verzekeren. De pool biedt dan de enige mogelijkheid om dergelijke risico's te (her)verzekeren. Als de pool een nieuwe markt in het leven roept, geldt in beginsel dat dan van een beperking van de mededinging geen sprake kan zijn.[106] Deze redenering wordt ook door de Europese Commissie gevolgd, zoals blijkt uit de volgende overwegingen:

> 'Medeverzekerings- of medeherverzekeringspools kunnen onder bepaalde strikte voorwaarden noodzakelijk zijn om de deelnemende ondernemingen van een pool in staat te stellen risico's te verzekeren of te herverzekeren waarvoor zij, indien de desbetreffende pool niet zou bestaan, onvoldoende dekking zouden kunnen bieden. *Dit soort pools hebben over het algemeen geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag tot gevolg en vallen derhalve niet onder het daarin vervatte verbod'* [curs, GTB].[107]

CONCEPT EMBARGO

104 Zie ook: Commission Staff Working Document, SEC (2009) 364, p. 32, rn. 125; DG competition consultation paper, Concerning the review of the functioning of Commission Regulation (EC) No 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, p. 14 (te raadplegen: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008.pdf.) waaruit blijkt dat de Europese Commissie onderzoeken naar nucleaire en terrorisme pools heeft gestopt vanwege het feit dat deze pools als noodzakelijk werden gezien om de catastrofale risico's verzekerbaar te maken.

105 In Duitsland zien we vergelijkbare pools, zoals de Deutsche Kernreaktor-Versicherungsgemeinschaft (DKVG). In Engeland is er de pool Nucleair Risk Insurers Ltd. Ook België en Frankrijk kennen dergelijke pools voor de (her)verzekering van catastrofe risico's. In België zijn er onder meer de pools Terrorism Reinsurance and Insurance Pool (TRIP) en RIP en het Belgisch Syndicaat voor Kernverzekeringen (SYBAN). In Frankrijk zijn er ook diverse pools waaronder: Le Pool Français d'Assurance des Risques Atomiques (Assuratome), de Pollution Risks Insurance Pool (Assurpol).

106 Zie ook: Commission Staff Working Document Impact Assessment – H.T. 4012 – IBER, Brussel SEC (2016) 536, p. 9, rn. 25 en Annex 7, p. 64 en Commission Staff Working Document, SEC (2009) 364, p. 32, rn. 124. De Commissie lijkt geen onderscheid te maken tussen enerzijds de bereidheid en anderzijds de (technische) mogelijkheid van verzekeringsondernemingen om een risico van dekking te voorzien. Zij stelt dat: 'risicodeling voor bepaalde risico's (zoals nucleaire, terrorisme- en milieurisico's) waarbij individuele verzekeringsondernemingen niet bereid of in staat zijn het gehele risico alleen te dragen van het grootste belang is om ervoor te zorgen dat al die risico's worden gedekt.' Zie: Verordening 358/2003 van de Commissie 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. Zie ook: het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 24 maart 2009, COM 2009(38) DEF, r.n. 18 en de 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) r.n. 12.

107 Zie Verordening 267/2010, overweging 13. Vgl. de Mededeling bij Verordening (EU) nr. 267/2010, rn. 14. Dit betekende eveneens dat deze soorten pools niet onder het bereik van de Groepvrijstellingsverordening konden vallen.

Pools kunnen dus noodzakelijk zijn voor het bijeenbrengen van verzekeringscapaciteit. Als de pool niet zou bestaan, zou er onvoldoende dekking zijn om het risico te kunnen verzekeren en/of herverzekeren. Er is dan geen sprake van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag. Dit blijkt ook uit de – al eerder genoemde – *P&I Clubs* beschikking. In *P&I Clubs* ging het over een clubovereenkomst die ten doel had om schadevorderingen om te slaan over de bij de International Group van P&I Clubs (de overkoepelende organisatie) aangesloten (individuele) P&I Clubs. Deze omslag van schadevorderingen bleek noodzakelijk te zijn om de P&I Clubs in staat te stellen een P&I-verzekering aan te bieden tot een bedrag van 3.9 miljard euro. Zonder de afspraken die in de International Group van P&I Clubs waren gemaakt voor het omslaan van de schadevorderingen, zou het niet mogelijk zijn voor de individuele Clubs om hun leden een minimum dekkingsniveau te kunnen garanderen. Daarom overwoog de Europese Commissie:

> '(…) er kan immers geen beperking van de mededinging zijn [in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag, GTB] wanneer de leden van de pool geen werkelijke of potentiële concurrenten zijn omdat zij de door de pool gedekte risico's niet alleen kunnen verzekeren'.[108]

Bepalend voor de vraag of een pool de mededinging beperkt is dus of de poolleden directe of potentiële concurrenten van elkaar zijn. Wanneer zij zonder de pool het risico niet zelfstandig kunnen verzekeren, zijn zij op de markt voor de verzekering van dat risico geen concurrenten van elkaar. Ten aanzien van de omslag van de schadevorderingen in het kader van de P&I clubovereenkomst was daarom geen inbreuk gemaakt op het kartelverbod. Eenzelfde redenering is te vinden in de Horizontale Richtsnoeren bij de beoordeling van productieovereenkomsten:

> 'Of een productieovereenkomst vermoedelijk mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt af van de situatie die zonder de overeenkomst met haar vermeende beperkingen zou bestaan. Bij productieovereenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op markten waarop de samenwerking plaatsvindt, zijn mededingingsbeperkende gevolgen derhalve onwaarschijnlijk indien de samenwerking een nieuwe markt in het leven roept, d.w.z. wanneer de partijen dankzij de overeenkomst een nieuw product of een nieuwe dienst op de markt kunnen brengen, hetgeen zij anders, om *objectieve redenen, bijvoorbeeld wegens de beperkte technische capaciteit van de partijen, niet hadden gekund* [cursivering, GTB].'[109]

Volgens de Europese Commissie zijn mededingingsbeperkende gevolgen dus onwaarschijnlijk als de samenwerking een nieuwe markt in het leven roept. Van belang is dat de partijen bij de samenwerking om objectieve redenen, zoals beperkte capaciteit, de dienst niet hadden kunnen verlenen.

ONDER EMBARGO

---

108 Beschikking van de commissie van 12 april 1999, zaken nrs. IV/D-1/30.373 (*P&I Clubs),* par. 66. In de zaak P&I Clubs ging het over een clubovereenkomst die ten doel had om schadevorderingen om te slaan over de bij de International Group van P&I Clubs aangesloten P&I Clubs. Deze omslag van schadevorderingen bleek noodzakelijk te zijn om de P&I Clubs in staat te stellen een P&I-verzekering aan te bieden tot een bedrag van 3.9 miljard euro. Zonder de afspraken die in de International Group van P&I Clubs waren gemaakt voor het omslaan van de schadevorderingen, zou het niet mogelijk zijn voor de individuele Clubs om hun leden een minimum dekkingsniveau te kunnen garanderen.

109 Richtsnoeren Horizontalen, punt 163.

Kort en goed hebben pools die risico's verzekerbaar maken (dus) in het algemeen geen beperking van de mededinging tot gevolg. Het maakt daarbij bovendien niet uit welk marktaandeel een pool heeft op de relevante markt. In beginsel geldt dat pools die het mogelijk maken om risico's te verzekeren die anders onverzekerd zouden blijven omdat dekking buiten de pool om niet mogelijk is, ongeacht hun marktaandeel, niet mededingingsbeperkend zijn, zolang pooling noodzakelijk is om de risico's te verzekeren.[110]

Onverzekerbaarheid nader geduid

Een onderwerp dat in dit kader bespreking verdient, is de onverzekerbaarheid van risico's. Zoals ik hierboven constateerde, hebben pools die het mogelijk maken om 'onverzekerbare' risico's verzekerbaar te maken in het algemeen geen beperking van de mededinging tot gevolg. Wanneer kan gesproken worden van onverzekerbaarheid? Omdat dit van belang is bij een beoordeling van pools onder het mededingingsrecht sta ik hierbij op deze plaats uitvoeriger stil. Tevens bespreek ik in dit kader de informele zienswijze[111] van de ACM inzake de verzekeringsconstructie voor overstromingsrisico's omdat 'onverzekerbaarheid' daar ook een rol van betekenis speelde.[112]

Onverzekerbaarheid, zo kan als uitgangspunt gelden, ziet op de situatie dat een risico niet verzekerd wordt of als de premie-dekking verhouding zo ongunstig is dat er van de verzekering geen gebruik wordt gemaakt.[113] Daarvoor kunnen verschillende oorzaken zijn, zoals een gebrek aan historische (schade)gegevens die nodig zijn om een betrouwbare risico-inschatting te kunnen maken.[114] Vanuit de gedachte dat 'onverzekerbaarheid' in het licht van het voorgaande als vrijbrief voor samenwerking kan worden gezien, is het wezenlijk het begrip helder te duiden. De informele zienswijze van de ACM inzake de verzekeringsconstructie voor overstromingsrisico's kan daarbij mede richting geven.

De feiten kunnen als volgt worden weergegeven. Het Verbond stelde voor om een basisdekking voor het overstromingsrisico verplicht te koppelen aan alle particuliere opstal- en inboedelverzekeringen en zakelijke inventaris- en gebouwenverzekeringen (de reguliere brandverzekeringen) die door de leden van

ONDER EMBARGO

110 Deze redenering is terug te vinden in: Commission Staff Working Document, SEC (2009) 364, p. 32, rn. 124.
111 Een informele zienswijze is een voorlopig oordeel van de ACM of een voorgenomen afspraak tussen ondernemingen al dan niet in strijd is met het mededingingsrecht. In de regel wordt een informele zienswijze gegeven zonder nader feitelijk onderzoek door de ACM, dus op basis van de gegevens die door de verzoeker worden verstrekt (zie punt 2 van de Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571 (*Overstromingsdekkingen*)).
112 Hoewel de uitkomst uiteindelijk was dat het overstromingsrisico wel verzekerbaar was, bespreek ik deze zaak wel onder de situatie waarin het risico buiten de pool om niet verzekerbaar is. Juist omdat het argument van onverzekerbaarheid (dat een belangrijke rol speelde bij de besluitvorming door de ACM) bij pools die risico's verzekerbaar maken een belangrijke rol speelt. Ik realiseer me dat ik dit onderwerp ook onder het kopje 'ii) zonder de pool was het risico ook verzekerbaar' had kunnen bespreken.
113 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rapport Evenwichtskunst*, Den Haag: november 2011, p. 60. Zie over de vraag wanneer een risico verzekerbaar is ook Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 17-21. Zij stellen dat een risico slechts verzekerbaar is als het definieerbaar, meetbaar, beheersbaar en betaalbaar is (p. 20).
114 Een verzekering is gebaseerd op de wet van de grote aantallen. Als er weinig gegevens bekend zijn op grond waarvan een risico-inschatting kan worden gemaakt, kan het moeilijk zijn om een risico te verzekeren.

het Verbond aan zowel zakelijke als particuliere afnemers werden aangeboden.[115] In samenhang met deze basisdekking[116] zou er een Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Overstromingsschaden (NHO) worden opgericht die zou functioneren als herverzekeraar voor de dekking en waar alle bij het Verbond aangesloten brandverzekeraars verplicht aan moesten bijdragen.[117] De kosten voor herverzekering zouden naar verwachting 5 tot 10% van de bestaande premie voor brandverzekeringen bedragen. Volgens het Verbond konden individuele verzekeraars zelf bepalen hoe de kosten werden doorberekend aan de verzekeringnemer. Er zou dus ruimte zijn voor premiedifferentiatie. De belangrijkste reden voor het Verbond om de verzekeringsconstructie voor te stellen, was de onverzekerbaarheid van het overstromingsrisico.[118] De onverzekerbaarheid van het overstromingsrisico zou volgens het Verbond zijn gelegen in de (te) lage vraag, het catastrofale karakter van het risico, hoge investeringskosten en het politiek morele risico.[119]

Na een algemene marktbeschrijving gaat de ACM in op de gestelde onverzekerbaarheid van het overstromingsrisico.[120] Zij noemt dat de al dan niet verzekerbaarheid een belangrijke rol speelt bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de verzekeringsconstructie. Als het overstromingsrisico een risico betreft dat voor een individuele verzekeraar onverzekerbaar is, maar alleen door samenwerking tussen verzekeraars verzekerbaar wordt, kan het zo zijn, aldus de ACM, dat deze samenwerking geen beperking van de mededinging betreft.[121] Onder verwijzing naar het rapport 'Evenwichtskunst' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stelt de ACM dat sprake is van 'onverzekerbaarheid' als:

> 'er geen verzekering wordt aangeboden of als de premie-dekking verhouding als zodanig ongunstig wordt beschouwd dat potentiële afnemers geen gebruik maken van de aangeboden verzekering. Een risico is 'verzekerbaar' als de commerciele premie voor verzekeraars vanuit bedrijfseconomisch perspectief en voor de afnemer vanuit zijn perspectief acceptabel is'.[122]

ONDER EMBARGO

115 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 7 (*Overstromingsdekkingen*).
116 Uit punt 8 van de zienswijze blijkt dat de dekking voor particuliere verzekeringen als volgt is: opstal tot 250.000 euro, inboedel tot 25.000 euro met een eigen risico van 500 euro. Voor zakelijke verzekeringen is de dekking: opstal tot 500.000 euro, inventaris tot 250.000 euro met een eigen risico van 5000 euro.
117 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 9 (*Overstromingsdekkingen*).
118 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 35 (*Overstromingsdekkingen*). Zie uitgebreid over de ontwikkeling van de verzekering van het overstromingsrisico in Nederland, Van Dijke 2013, p. 247 e.v.
119 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 12 (*Overstromingsdekkingen*). De lage vraag (zie punt 14 van de zienswijze) zou te maken hebben met een lage risicoperceptie (slechts een klein deel van de partijen in overstroombaar gebied zou zich bewust zijn van het overstromingsrisico) en door antiselectie (door de lagere vraag is er een kleine risicogemeenschap om het risico te spreiden en zijn de kosten van dekking vervolgens hoger, daardoor zullen alleen verzekerden met een hoog risico de kosten van dekking willen betalen). Van politiek moreel risico is sprake als de overheid uitgaven voor preventie van overstromingen vermindert omdat er een verzekering bestaat. Daardoor kan de uit te keren verwachte schade voor verzekeraars stijgen (zie punt 17 van de zienswijze).
120 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 35-47 (*Overstromingsdekkingen*). In punt 35 van de zienswijze noemt de ACM dat de belangrijkste reden voor het Verbond om de verzekeringsconstructie voor te stellen de onverzekerbaarheid van het risico zou zijn.
121 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 36-37 (*Overstromingsdekkingen*).
122 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 38 (*Overstromingsdekkingen*) met verwijzing naar het rapport 'Evenwichtskunst' van de WRR van november 2011, p. 61.

Een risico is, volgens de ACM, dus 'verzekerbaar' als de commerciële premie voor verzekeraars vanuit bedrijfseconomisch perspectief en voor de afnemer vanuit zijn perspectief acceptabel is.[123]

In tegenstelling tot het standpunt van het Verbond dat het voor individuele verzekeraars niet haalbaar was om een dekking voor het overstromingsrisico aan te bieden, ziet de ACM juist wel ruimte daarvoor. Zowel voor particulieren als voor ondernemingen waren er in de markt, zij het beperkt, verzekeringsmogelijkheden.[124] De lage vraag die er zou bestaan naar een overstromingsverzekering is volgens de ACM geen rechtvaardiging om de overstromingsdekking verplicht te koppelen aan de brandverzekering.[125] Een laag bewustzijn van het overstromingsrisico zou ook op andere manieren aangepakt kunnen worden, bijvoorbeeld door voorlichting en reclame.[126]

Kortom, de ACM komt tot de conclusie dat het overstromingsrisico wel degelijk verzekerbaar is. Dat het risico moeilijk te verzekeren is, maakt nog niet dat het verplichtstellen onder de brandverzekering noodzakelijk is om het risico (beter) verzekerbaar te maken. De voorgestane verzekeringsconstructie valt dus niet onder de situatie waarin een samenwerkingsverband noodzakelijk is om een risico verzekerbaar te maken. Onverzekerbaarheid levert in dit geval dus geen grond op om de mededingingsregels te passeren.

Het is vanuit deze insteek dat de ACM overgaat tot toetsing van het initiatief van het Verbond aan de voorwaarden van artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. De ACM komt daarbij tot het oordeel dat de mededinging door de verzekeringsconstructie merkbaar wordt beperkt:

> '50. De verplichte verzekeringsconstructie die het Verbond voorstaat is, naar het oordeel van de ACM, voor zover zij dat op basis van de op dit moment beschikbare informatie en context kan beoordelen, concreet geschikt de mededinging te beperken. Door alle bestaande brandverzekeringen verplicht uit te breiden met een overstromingsdekking, kunnen verzekeraars onderling niet meer ten volle concurreren op de samenstelling van hun aanbod.[127] Zij kunnen niet meer zelfstandig bepalen of zij wel of geen overstromingsdekking willen aanbieden en in welke vorm zij deze willen aanbieden, hetgeen in essentie neerkomt op een aanbodbeperking.[128] Door de verzekeringsconstructie wordt de ruimte op de markt voor het aanbieden van enkel overstromingsverzekeringen aanzienlijk verminderd. Hierdoor wordt de markt afgeschermd voor partijen die een dergelijk product (willen) aanbieden. Verzekeraars verkrijgen door deze verplichting voorts de zekerheid dat andere verzekeraars niet zullen voldoen aan de eventuele vraag van afnemers naar een brandverzekering zonder overstromingsdekking of naar een afzonderlijke overstromingsdekking.

123 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 38 (*Overstromingsdekkingen*).
124 Voor particulieren was het mogelijk om via verzekeraar Neerlandse een catastrofeverzekering af te nemen met een dekking voor overstromingsschade. Voor ondernemingen is een overstromingsverzekering mogelijk via de groot zakelijke verzekeringsmarkt (zie punten 31-34 van de zienswijze).
125 Punt 43 van de zienswijze.
126 Punt 43 van de zienswijze.
127 Hierbij wordt opgemerkt dat indien de verplichtstelling uit de regeling die het Verbond voorstaat wordt geschrapt, deze mededingingsbeperkingen kan bevatten indien het Verbond deze met haar leden deelt en de leden bijvoorbeeld hun gedrag op elkaar afstemmen.
128 Daarbij wordt verwezen naar de Beschikking van 24 januari 1999, zaak IV.F, 1/36.718, *CECED*, *PbEG* 2000, L187/47.

ONDER EMBARGO

51. Ook kunnen de afnemers van brandverzekeringen[129] door deze verplichte koppeling aan de brandverzekering niet meer kiezen tussen het wel/niet opnemen van overstromingsdekking in hun brandverzekering. In nagenoeg alle gevallen zal de afnemer die een brandverzekering wenst, verplicht worden deze dekking af te nemen – zelfs in het geval deze afnemer geen enkel risico op overstroming loopt[130] – en daar voor moeten betalen. Er mag immers aangenomen worden dat de kosten voor herverzekering van 5 à 10 procent van de bestaande brandverzekeringspremie waarmee verzekeraars worden geconfronteerd, tenminste deels zullen worden doorberekend aan de afnemers in de vorm van premieverhoging.

52. Naar het oordeel van de ACM wordt de mededinging door deze verzekeringsconstructie voorts merkbaar beperkt. Uit de door het Verbond beschikbaar gestelde informatie blijkt dat de bij haar aangesloten leden circa 91 procent van de markt voor reguliere brandverzekeringen vertegenwoordigen, gemeten in premievolume. Dit is een aanzienlijk deel van de markt. Slechts een klein deel van de markt valt niet onder de werkingssfeer van de door het Verbond voorgestane regeling.'[131]

Volgens de ACM is de (voorgestane) verzekeringsconstructie dus concreet geschikt om de mededinging te beperken. Het aanbod op de verzekeringsmarkt zou worden beperkt doordat verzekeraars niet meer zelfstandig kunnen bepalen of en in welke vorm zij een overstromingsdekking zouden willen aanbieden. Dat heeft tevens een marktafschermend effect; de ruimte voor het aanbieden van een eigen verzekering voor het overstromingsrisico wordt door de verplichte verzekeringsconstructie beperkt. Bovendien is de beperking in de keuze van de afnemers een belangrijk aspect waarom de ACM vindt dat de verzekeringsconstructie de mededinging beperkt en niet in aanmerking komt voor een vrijstelling van het kartelverbod.[132] De afnemers van brandverzekeringen kunnen immers niet meer kiezen voor het wel of niet opnemen van de overstromingsdekking in hun brandverzekering. Zoals in ro. 51 is vermeld, speelt daarbij tevens een rol dat de verzekeringnemers die geen enkel risico lopen (door het wonen in een hoger gelegen gebied) alsnog verplicht worden mee te betalen aan het risico.

Vanwege de initiële beperking van de mededinging wordt door de ACM getoetst of de verzekeringsconstructie in aanmerking komt voor een vrijstelling van het kartelverbod. Dat is niet het geval. Zowel een eventueel beroep op de (toen nog geldende) groepsvrijstellingsverordening als op de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet heeft, volgens de ACM, geen kans van slagen.[133] Het beroep op de vier cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden strandt erop dat aan twee van de vier voorwaarden niet is voldaan (de onmisbaarheid van de beperkingen en het niet wezenlijk uitschakelen van een deel van de

ONDER EMBARGO

129 Daarbij wordt opgemerkt dat dit zowel particuliere als zakelijke afnemers zijn. De opstalverzekering is verplicht in geval van afsluiting van een hypotheek.
130 Daarbij wordt opgemerkt: Vanwege de geografische ligging van de verzekerde objecten of in het geval van hoogbouw. Zie ook randnummer 30 van de zienswijze.
131 Informele zienswijze van de ACM, zaak 7571, rn. 50-52 (*Overstromingsdekkingen*).
132 Een van de voorwaarden voor een vrijstelling van het kartelverbod is dat een billijk aandeel van de voordelen die een afspraak met zich meebrengt aan de afnemers worden doorgegeven. De ACM meent dat het twijfelachtig is of daarvan sprake is omdat een aanzienlijk deel van de afnemers geen overstromingsrisico loopt (voor particulieren was dat 50%) en dus geen voordeel heeft, terwijl zij waarschijnlijk wel meedelen in de kosten. Zie rn. 64 van de zienswijze.
133 Verordening 267/2010. Ik kom daar in par. 6.4.2.1 op terug.

mededinging). Ook viel de verzekeringsconstructie door haar verplichte karakter buiten de reikwijdte van de groepsvrijstellingsverordening.[134]

Dit voorbeeld laat zien dat de onverzekerbaarheid van een risico van belang is bij toetsing aan het mededingingsrecht. De al dan niet verzekerbaarheid speelt immers een belangrijke rol bij de vraag of samenwerking noodzakelijk is en of een beroep kan worden gedaan op een uitzondering van het kartelverbod. Hoewel de uitkomst van de toetsing door de ACM in dit geval was dat het overstromingsrisico wel degelijk individueel (in coassurantie via de beurs) te verzekeren zou zijn en er daarom geen rechtvaardiging bestond voor de pool (en de daarmee gepaard gaande beperkingen van de mededinging) om het risico verzekerbaar te maken, geeft de zienswijze wel een goede indruk hoe restrictief het begrip 'onverzekerbaarheid' door de toezichthouder wordt geïnterpreteerd.

Dit brengt mij tot het bespreken van de vraag welke aspecten van een pool de mededinging beperken, als er een markt is. Het gaat dan om de situatie waarin een pool niet noodzakelijk zal zijn om het risico te verzekeren en het risico (dus) ook op een andere manier verzekerd had kunnen worden.

2. Het risico is buiten de pool om te verzekeren

Een tweede mogelijke uitkomst bij het maken van een vergelijking met de mededinging in de situatie waarin een pool niet zou hebben bestaan (*counter factual*), is dat het risico ook op een andere manier verzekerd had kunnen worden. Bijvoorbeeld door gewone coassurantie of door één individuele verzekeraar. De pool is dan niet noodzakelijk om het risico te verzekeren. Er zijn alternatieven voorhanden. Als dat het geval is, stelt de Europese Commissie zich in beginsel op het standpunt dat de samenwerking tussen verzekeraars in een pool in beginsel verder gaat dan voor het verzekeren van het risico noodzakelijk zou zijn.[135] Het is goed om hierbij te realiseren dat de Europese Commissie doelt op door verzekeraars gevormde pools en dus niet op de door makelaars gevormde pools.

De vraag wanneer een pool de mededinging beperkt zal als gezegd moeten worden vastgesteld door middel van een marktonderzoek. Beoordeeld dient daarbij te worden of een pool ongunstige gevolgen heeft voor de *concurrentieparameters* (de prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie). Een van de mededingingsbezwaren tegen een pool is – zoals hiervoor onder 6.4.1.2.1 aan de orde is gesteld – dat normaal gesproken gebruik wordt gemaakt van dezelfde/uniforme premie en voorwaarden. Wanneer de pooldeelnemers dezelfde premie en voorwaarden hanteren, kan dat tot de conclusie leiden dat afspraken worden gemaakt over

ONDER EMBARGO

134 Er werd niet voldaan aan bepaalde randvoorwaarden voor de toelaatbaarheid van pools die werden gesteld in artikel 7 van Verordening 267/2010. Het ging om het (in artikel 7 sub ii genoemde) punt dat de regels van de pool de daarin deelnemende ondernemingen niet mogen verplichten het door de pool gedekte soort risico geheel of gedeeltelijk via de pool te verzekeren of te herverzekeren. Onderdeel daarvan maakte ook uit de regel dat het de pooldeelnemers niet mag worden verboden de risico's buiten de pool om te verzekeren of te herverzekeren.

135 Verordening 267/2010, overweging 14. Zie ook: SEC (2016) 536, punt 25.

belangrijke concurrentieparameters (prijs, productdiversiteit). De Commissie stelt dat wanneer een pool leidt tot uitsluiting van de concurrentie voor de verzekering van een bepaald risico (de poolleden treden niet met elkaar in concurrentie) het vermoeden kan bestaan dat de pool mededingingsbeperkende gevolgen heeft voor de mededinging. De poolleden stemmen dan immers hun marktgedrag op elkaar af, wat valt onder het kartelverbod.[136] Dat dit vermoeden bestaat wil nog niet zeggen dat er geen ruimte is voor het leveren van tegenbewijs. Er zou immers kunnen worden aangetoond dat een pool juist voordelen voor de mededinging met zich meebrengt. Die voordelen worden echter pas meegewogen bij de toets aan het derde lid van het kartelverbod (de individuele vrijstelling). Ik zal daarom bij de voordelen van pools voor de mededinging stilstaan in par. 6.4.2. De vraag of een pool een ongunstige uitwerking heeft op de concurrentie hangt ook samen met de marktpositie die een pool heeft.[137] Een pool die een aanmerkelijk marktmacht bezit, zal eerder in staat zijn om de mededinging te beperken dan een pool die slechts een kleine invloed uit kan oefenen op de concurrentie. De marktpositie van een pool zal ik uitvoeriger bespreken onder par. 6.4.1.2.3 en in par. 6.4.2.

Intermediaire pools zijn een goed voorbeeld van een vorm van pooling waarbij een risico wordt verzekerd, dat ook goed zonder de pool verzekerd had kunnen worden. Ik roep in herinnering dat in een intermediaire pool vooral standaardrisico's worden verzekerd die ook zonder gedeelde dekking verzekerd hadden kunnen worden.[138] Dergelijke risico's kunnen dus ook buiten de pool om ondergebracht worden bij één verzekeraar. Dat roept de vraag op of een intermediaire pool daadwerkelijk concurreert met individuele verzekeringsmaatschappijen. Kan een risico ook buiten de pool om tegen vergelijkbare prijzen worden ondergebracht? Uit het eerder genoemde praktijkonderzoek blijkt dat als alternatieven voor intermediaire pools gelden: coassurantie en het verzekeren voor 100% bij een verzekeraar (eventueel daaraan gekoppelde herverzekering).[139] In het onderzoek dat is uitgevoerd door SEO komt naar voren dat intermediaire pools (door hen aangeduid als 'commodity pools') het mogelijk maken om risico's efficiënter (en goedkoper) te verzekeren dan buiten de pool om het geval zou zijn:

> 'Commodity pools exist for the sake of efficiency. Small, similar risks are combined and every year the broker and the insurers negotiate the terms and conditions of the pools, instead of having to negotiate per customer. For policies for commodities with small premiums it is too expensive to place these risks on a per case basis, and it is much more efficient to place them in a pool. The commodity pools include standard risk coverage and standard conditions. If a customer comes to the broker with a risk that fits in the pool, the broker will advise the customer to place that risk in the pool. The price is set per customer. The customer is of course free to ask for additional offers.'[140]

136 SEC (2016) 536, punt 25. Dit laat onverlet dat een pool aantoonbare voordelen voor de mededinging kan hebben, maar die worden niet meegewogen bij de toets onder artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag, maar onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.

137 Zie ook: Richtsnoeren Horizontalen, punt 168.

138 Zie par. 6.3.

139 In het praktijkonderzoek is de vraag voorgelegd wat alternatieven zijn voor het plaatsen van risico's in een intermediaire pool. Deze vraag is door 106 respondenten beantwoord. Daarvan gaven 91 respondenten aan dat coassurantie een alternatief is voor het onderbrengen van risico's in een intermediaire pool. 75 respondenten gaven (eveneens) als antwoord dat het risico bij 1 verzekeraar voor 100% kon worden ondergebracht.

140 Baarsma e.a. 2008, p. 12.

ONDER EMBARGO

Er zijn dus aanwijzingen dat intermediaire pools voor de verzekeringnemer een gunstigere premie met zich brengen dan het verzekeren buiten de pool om via coassurantie of het onderbrengen van het risico bij één verzekeringsmaatschappij. In het door mij uitgevoerde praktijkonderzoek is dit aspect ook bevraagd. Zoals ik liet zien in figuur 6.1 (opgenomen in par. 6.2.2.2) geeft 17% van de respondenten aan dat een intermediaire pool een goedkopere oplossing is dan het verzekeren van het risico door middel van coassurantie of bij één verzekeraar. Uit deze bevindingen kan worden afgeleid dat het verzekeren van bepaalde risico's in een intermediaire pool een competitieve verzekeringsoplossing is.

De vraag kan rijzen onder welke omstandigheden het oprichten van een intermediaire pool al dan niet een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben. Relevant zijn in dat kader de bepalingen uit het Protocol voor Intermediaire Pools die betrekking hebben op de totstandkoming van een intermediaire pool. Zoals ik besprak onder par. 6.3 is een belangrijk aspect van het protocol de verticaliseringseis. Dit betekent dat er geen horizontaal overleg mag worden gevoerd tussen de deelnemende verzekeraars in de pool, maar dat het overleg altijd via het intermediair dient te verlopen. De gevolmachtigde heeft (dus) de regie: hij benadert de verzekeraars die in aanmerking komen om deel te nemen in de pool en onderhandelt (in de fase van de poolvorming) met ieder van hen afzonderlijk over de voorwaarden (waaronder in principe de premie valt) waartegen zij deelnemen in de pool. De verzekeraars die worden benaderd om deel te nemen in de pool mogen dus onderling (vooraf) geen overleg voeren over de commerciële voorwaarden waartegen zij in de pool participeren. Doen zij dat wel dan zal sprake zijn van gedrag dat valt onder het kartelverbod. Als verzekeraars zich houden aan de afspraken die zijn neergelegd in het protocol zal van directe samenwerking tussen de verzekeraars over de premie en dekkingsbedragen bij een intermediaire pool geen sprake zijn. Het is de makelaar die de pool organiseert en de controle uitoefent over de inhoud van de poolovereenkomst. Het feit dat de makelaar de regie heeft, is een factor die in principe moet waarborgen dat er geen sprake zal zijn van concurrentiebeperkingen tussen de verzekeraars.

Resumerend

Hierboven besprak ik een tweetal mogelijke uitkomsten van het onderzoek naar de vraag in hoeverre een pool een beperking van de mededinging tot gevolg zou kunnen hebben. Kort samengevat zal in de eerste situatie, waarin zonder de pool überhaupt geen verzekering was aangeboden, geen sprake zijn van een beperking van de mededinging. Dat komt omdat de pool in zo'n situatie juist een nieuwe markt in het leven roept. De tweede uitkomst, waarin het risico ook op een andere manier verzekerd kan worden, ligt lastiger. Of er in die situatie sprake is van een beperking van de mededinging zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard/inhoud van de overeenkomst, de marktpositie van de partijen, concurrenten en afnemers, het bestaan van potentiële concurrenten en toetredingsdrempels. Daarbij is ook van belang door wie een pool wordt opgericht en welke afstemming er plaatsvindt tussen de poolleden over de commerciële voorwaarden waartegen de risico's in een pool worden ondergebracht.

ONDER EMBARGO

Een laatste aspect dat in het kader van deze paragraaf (waarin de vraag centraal staat of een pool de mededinging beperkt) nog bespreking verdient, is dat indien een overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, het zo kan zijn dat de beperkende gevolgen klein of verwaarloosbaar zijn. De Europese Commissie heeft daarom bepaald dat overeenkomsten die geen *merkbare* beperking van de mededinging tot gevolg hebben, niet onder de toepassing van art. 101 lid 1 van het Werkingsverdrag vallen. De vraag wanneer een gevolgbeperking niet merkbaar is, beantwoord ik in de volgende paragraaf.

6.4.1.2.3 Zijn de gevolgen voor de mededinging merkbaar?

Algemeen

Hierboven besprak ik de vraag wanneer een pool het doel of het gevolg kan hebben om de mededinging te beperken. Ik herhaal dat een overeenkomst het doel heeft om de mededinging te beperken als kan worden aangenomen dat zij schadelijke gevolgen heeft voor de mededinging. Dit is bijvoorbeeld het geval met prijs- en marktverdelingsafspraken. Is van een mededingingsbeperkend doel geen sprake, dan moet juist wel door de mededingingsautoriteit worden aangetoond dat een overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt (zie par. 6.4.1.2.2). Een kartelafspraak die tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, valt echter niet onder het kartelverbod als de gevolgen voor de mededinging niet *merkbaar* zijn. Pools die dus geen *merkbare* ongunstige invloed hebben op de mededinging vallen buiten de toepassing van het kartelverbod.[141]

Merkbaarheid bij pools

Wat is merkbaarheid? Niet merkbaar in de zin van het mededingingsrecht ziet erop dat de schadelijke gevolgen voor de mededinging van een overeenkomst verwaarloosbaar of nihil zijn. De overeenkomst heeft dus geen 'merkbare' gevolgen voor de mededinging. Of dit het geval is, wordt in het mededingingsrecht vastgesteld aan de hand van marktaandelen.[142] Indien het marktaandeel van de samenwerkende partijen bij een overeenkomst onder een bepaalde marktaandeeldrempel blijft, wordt verondersteld dat de mededinging niet merkbaar wordt beïnvloed. Anderzijds zal het overschrijden van de genoemde drempels niet automatisch impliceren dat de mededinging wordt beperkt. Dergelijke overeenkomsten kunnen, aldus de Commissie, nog steeds een slechts te verwaarlozen invloed op

ONDER EMBARGO

141 Uit de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, punt 24, blijkt dat dit criterium een weerspiegeling is van de economische benadering die de Europese Commissie volgt. Voor de volledigheid zij vermeld dat overeenkomsten die geen merkbare ongunstige invloed hebben op de handel tussen de lidstaten ook buiten artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag vallen. Daarbij zal ik stilstaan onder par. 6.4.1.3.

142 Marktaandelen spelen ook een rol bij het bepalen van de marktmacht van een pool (zie par. 6.5) en de vraag of de mededinging niet wezenlijk wordt uitgeschakeld in het kader van de beoordeling onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag (zie ook: par. 6.4.2).

de mededinging hebben en zijn daarom mogelijk niet verboden ingevolge artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag.[143]

Voor de toepassing van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag geldt een marktaandeeldrempel van 10% voor overeenkomsten die gesloten zijn tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten en een marktaandeeldrempel van 15% voor overeenkomsten die gesloten worden tussen geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten (niet-concurrenten).[144] Deze normen zijn neergelegd in de zogenoemde de-minimismededeling van de Europese Commissie. In deze regeling zijn nadere aanwijzingen te vinden over de toepassing van de uitzondering voor niet-merkbare beperkingen van de mededinging. De regeling geldt alleen voor kartels die een merkbare invloed hebben op de mededinging tussen de lidstaten.

Onder de Nederlandse Mededingingswet geldt een iets andere regeling voor de merkbaarheid. Er is een specifieke wettelijke (bagatel)bepaling voor afspraken met een geringe invloed op de mededinging. In artikel 7 lid 1 van de Mededingingswet is bepaald dat, afhankelijk van het aantal deelnemende ondernemingen (maximaal 8) en de omzet (EUR 1.100.000 voor diensten), het kartelverbod niet van toepassing zal zijn. Het marktaandeel van de partijen bij een kartel speelt voor de toepassing van het eerste lid dus geen rol. Ook een kartel waarbij het gezamenlijke marktaandeel niet groter is dan 10% van de relevante markt is op grond van artikel 7 lid 2 van de Mededingingswet uitgezonderd van het kartelverbod. Die marktaandeelgrens sluit dus aan bij de regeling die is neergelegd in de de-minimismededeling van de Europese Commissie. Evenwel geldt de regeling alleen voor Nederlandse kartels, zo blijkt uit artikel 7 lid 2 sub b van de Mededingingswet.

Voor het overzicht zet ik de verschillende marktaandeeldrempels en omzetwaarden in onderstaande tabel uiteen.

Tabel 7.2

Europees mededingingsrecht (de-minimismededeling)	**Nederlands mededingingsrecht (artikel 7 Mw)**
gezamenlijk marktaandeel niet groter dan 10% tussen concurrenten;	Maximaal 8 ondernemingen Omzet €1.100.000 voor diensten (lid 1)
gezamenlijk marktaandeel niet groter dan 15% tussen niet-concurrenten	Gezamenlijk marktaandeel niet groter dan 10% (lid 2)

UNDER EMBARGO

143 Mededeling 2014/C 291/01 betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), considerans 3 onder verwijzing naar HvJEG 21 januari 1999, gevoegde zaken C-215/96 (Bagnasco e.a/BNP) en C-216/96 (Bagnasco e.a./Carige), Jur. 1999, blz. I-135, punten 34-35.

144 Mededeling 2014/C 291/01 betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), punt 8. Met 'daadwerkelijke concurrenten' worden bedoeld twee ondernemingen die actief zijn op dezelfde relevante markt. Het begrip 'potentiële concurrenten' ziet op een onderneming die zonder de overeenkomst bij een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen, wellicht op korte termijn in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te kunnen betreden. Zie richtsnoeren voor horizontale samenwerking, punt 10.

Het *marktaandeel* van een pool speelt dus een belangrijke rol bij de vraag of een pool de mededinging niet merkbaar beperkt, zowel bij Europese als Nederlandse kartels. Voor pools zal de 10% norm gelden, omdat sprake is van samenwerking tussen verzekeraars die elkaars directe concurrenten zijn.[145] Voor de volledigheid merk ik op dat het marktaandeel en de positie van een pool op de (relevante) markt ook van belang is bij de vraag of een pool in aanmerking komt voor een vrijstelling van het kartelverbod. Ik zal bij dat aspect uitgebreider stilstaan onder par. 6.4.2. Ik bespreek dit aspect van het marktaandeel en de marktberekening hieronder wat uitgebreider. Voor het berekenen van het marktaandeel zal allereerst de *relevante markt* moeten worden afgebakend.[146] De afbakening van de relevante markt besprak ik al eerder in dit boek.[147]

Het ligt in de rede om bij de berekening van het marktaandeel voor pools uit te gaan van het totale bruto premie-inkomen van de deelnemende verzekeraars in de pool. De keuze voor het bruto premie-inkomen vloeit voort uit de in het verleden geldende Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen waarin de gemeenschappelijke dekking van risico's in pools werd vrijgesteld op basis van het marktaandeel van de pool op de relevante markt. De maatstaf die de Europese Commissie hanteerde om te bepalen welk marktaandeel een pool innam, was het totale bruto premie-inkomen.[148] Uit de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen volgt tevens dat bij de berekening van het marktaandeel van een pool de totale marktaandelen van de deelnemende ondernemingen moeten worden opgeteld.[149]

Het marktaandeel van elke deelnemende verzekeraar is dus gebaseerd op het totale bruto premie-inkomen van die deelnemende verzekeraar. In de berekening moet het bruto premie-inkomen van de verzekeraar zowel binnen als buiten de pool op dezelfde relevante markt worden meegenomen. Uitgangspunt is het bruto premie-inkomen van de verzekeraar in het voorgaande kalenderjaar.[150] In de kern wordt bij de berekening van het marktaandeel dus rekening gehouden met de volgende drie factoren:

i. Het marktaandeel van de deelnemende onderneming in de desbetreffende pool;
ii. Het marktaandeel van de deelnemende onderneming in een andere pool op dezelfde relevante markt als de desbetreffende pool, waarbij de deelnemende onderneming is aangesloten;
iii. Het marktaandeel van de deelnemende onderneming, buiten enige pool, op dezelfde relevante markt als de desbetreffende pool.

ONDER EMBARGO

145 Voor pools wordt ook wel de 20% norm genoemd, afkomstig uit Verordening 267/2010 en de Richtsnoeren Horizontalen, punt 170.
146 Mededeling 2014/C 291/01 betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), punt 12.
147 Ik verwijs de lezer naar hoofdstuk 3, par. 3.3.2.
148 Gebruikt werd het bruto premie-inkomen van het voorgaande kalenderjaar of, als die gegevens ontbreken, ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie berusten, zoals geboden verzekeringsdekking of de waarde van het verzekerde risico. Zie Verordening 267/2010, artikel 6 lid 4.
149 Verordening 267/2010, r.n. 18.
150 Verordening 267/2010, art. 6 lid 4 sub b.

Om deze materie te verduidelijken geef ik een voorbeeld:

> Stel dat sprake is van een verzekeraarspool voor de verzekering van beroepsaansprakelijkheid (BAV) waarin 10 verzekeraars deelnemen. De acceptatie van de verzekeringen is in handen van een makelaar. Om te beoordelen welke marktpositie de pool heeft, dient allereerst de markt voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen bepaald te worden. De omvang van de markt is te vinden in de cijfers die door het Verbond van Verzekeraars worden gepubliceerd.[151] Daarin is de markt voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen ingedeeld in de markt voor de aansprakelijkheid voor juridische, fiscale, financiële en economische adviesberoepen (JFFE-BAV), de aansprakelijkheid overige beroepen (BAV) en de aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen (D&O). De laatst beschikbare cijfers (2017) geven aan dat deze markt een bruto verdiende premie kende van €117 mln. Tegen deze totale marktomvang dient de marktpositie van de pool bepaald te worden. Daarbij moet worden uitgegaan van het bruto premie volume dat een pooldeelnemer heeft in het totale premie-volume dat de pool omzet (categorie i) en het premie-volume van de pooldeelnemer buiten de pool (categorie iii), waarbij bepaald moet worden hoeveel de pooldeelnemer omzet ten opzichte van het totaal van de relevante markt.
>
> Stel dat de 10 in de pool deelnemende verzekeraars gezamenlijk een bruto premie inkomen hebben van 25 miljoen euro. Het totale bruto-premie volume dat de pool omzet en dat in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van het marktaandeel is dan 25 miljoen euro (categorie i). Vervolgens moet worden nagegaan wat de omzet is van de in de pool deelnemende verzekeraars buiten de pool op dezelfde relevante markt. Stel dat de verzekeraars buiten de pool om nog een gezamenlijke omzet hebben van circa 5 miljoen euro ten aanzien van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. In totaal is de omzet die moet worden meegenomen dan 30 miljoen euro. Ten opzichte van de totale markt heeft de pool dan aan marktaandeel van (afgerond) zo'n 26%. Bij toetsing aan de eerder genoemde merkbaarheidsvereisten valt op dat de pool in ieder geval buiten artikel 7 lid 1 van de Mededingingswet valt nu er meer dan 8 verzekeraars zijn betrokken en de omzet meer is dan 1,1 miljoen euro. Verder is een marktaandeel van 26% groter dan de drempel van 10% zodat ervan zal worden uitgegaan dat deze pool een merkbare invloed heeft op de mededinging (daarmee is nog niet gezegd dat sprake is van een beperking van de mededinging).

De situatie wordt complexer als er nog meer pools actief zijn op een bepaalde verzekeringsmarkt die dezelfde soort risico's verzekeren. Stel dat twee van de tien poolleden ook lid zijn van een andere pool voor de verzekering van D&O-verzekeringen (waarbij ik er vanwege de door het Verbond verstrekte gegevens vanuit ga dat D&O tot dezelfde relevante markt behoort als BAV). In dat geval moet, zoals volgt uit de hierboven genoemde categorie ii, ook het marktaandeel van de twee verzekeraars in die andere pool worden meegenomen in het marktaandeel van de pool voor BAV's.

> Ervan uitgaande dat beide verzekeraars in de andere pool welke bestaat uit 5 verzekeraars een aandeel hebben (gemeten in bruto premie) van 2,5 miljoen euro, dan is de optelsom voor de berekening van de marktpositie van de marktpositie van eerstgenoemde pool (25 + 5 + 5) 35 miljoen euro. Dit betekent een markaandeel van nagenoeg 30%.

Het voorbeeld laat zien dat er al met al zorgvuldige berekeningen dienen te worden gemaakt om de marktpositie van een pool te bepalen, alsook dat veel afhangt van de beschikbaarheid van cijfers om de marktpositie binnen (het totaal van) de relevante markt te kunnen bepalen.

151 Zie https://www.verzekeraars.nl/branche/cijfers-statistieken/openbaar-marktomvang-productclusters-schade.

ONDER EMBARGO

6.4.1.3 Ongunstige invloed op de handel tussen de lidstaten

Een laatste aspect dat een rol speelt bij de vraag of is voldaan aan het eerste lid van artikel 101 van het Werkingsverdrag is de ongunstige invloed op de handel tussen de lidstaten. Alleen pools die een ongunstige invloed hebben op de handel tussen de lidstaten, immers, vallen onder het Europese kartelverbod. Het criterium is daarmee een afbakening tussen 'Nederlandse' en 'Europese' kartels en bepaalt de toepassing van de kartelbepaling uit het Werkingsverdrag danwel de Nederlandse Mededingingswet. Hoe dient dit criterium, met betrekking tot de verzekering in pools, te worden uitgelegd?

Algemeen

Om een pool onder de reikwijdte van het Europese kartelverbod te kunnen scharen dient een pool economische activiteiten te verrichten die de grensoverschrijdende handelsstromen merkbaar kunnen beïnvloeden. Ook bij het criterium van de tussenstaatse handel speelt de merkbaarheid dus een rol. Het verschil met de merkbaarheid zoals ik die besprak in par. 6.4.1.2.3. is dat bij de invulling van het criterium van de tussenstaatse handel, zoals ik dat aan de orde stelde in hoofdstuk 2, slechts sprake is van een bevoegdheidscriterium. Het feit dat de handel tussen de lidstaten merkbaar wordt beïnvloed, zegt nog niets over een beperking van de mededinging. Bovendien ziet de merkbaarheid bij de tussenstaatse handel op zowel de gevolg- als de strekkingsbeperkingen. Dit in tegenstelling tot de merkbaarheid bij een inbreuk op de mededinging, die alleen aan de orde is bij de gevolgbeperkingen. In de praktijk is het criterium van de tussenstaatse handel wel van belang omdat dit de toepassing van het Europese dan wel het nationale mededingingsrecht op pools van toepassing is, staat of valt.

Beïnvloeding van de tussenstaatse handel door een pool

Voor de vraag of, en zo ja, wanneer pools de handel tussen de lidstaten beïnvloeden, is in het licht van dit alles allereerst van belang om in kaart te brengen in welke mate een pool grensoverschrijdend activiteiten verricht. Daarbij is het mijns inziens nuttig om in kaart te brengen wat voor soort risico's in een pool worden verzekerd, of er buitenlandse verzekeraars partij zijn bij een pool(overeenkomst) en tegen welke voorwaarden risico's worden geaccepteerd. Indien een pool tevens dekking biedt voor in een andere lidstaat gelegen risico's en/of verzekeraars partij zijn die ook in andere lidstaten hun diensten aanbieden, zal voldaan zijn aan het criterium van de tussenstaatse handel. Een pool daarentegen die enkel lokale verzekeringspolissen aanbiedt en alleen actief is in één lidstaat zal niet zo snel de handel tussen de lidstaten beïnvloeden, mits de pool geen marktafschermend effect heeft of zou kunnen hebben. Een markafscherming door een pool (voor bijv. potentieel aanbod door buitenlandse aanbieders) heeft de aard om de handel tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden en valt daarom onder het Europese kartelverbod. Verzekeraarspools, waarin grote – vaak moeilijk individueel te verzekeren – commerciële risico's worden (her)verzekerd zullen eerder de handel tussen de lidstaten beïnvloeden dan de intermediaire pools waarin de standaardrisico's worden ondergebracht. Zoals ik besprak onder 6.2.2.2. zien

ONDER EMBARGO

intermediaire pools in de Nederlandse markt op de verzekering van risico's in Nederland en zal daarop het Europese kartelverbod daarom niet van toepassing zijn.

6.4.1.4 Tussenconclusie

Hierboven besprak ik de vraag in welke gevallen een pool(overeenkomst) valt onder het bereik van het kartelverbod. Uit het bovenstaande blijkt dat het nodig is om verschillende stappen te doorlopen alvorens kan worden vastgesteld of een pool valt onder de reikwijdte van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Samengevat kunnen de volgende toetsingsmomenten worden onderscheiden. In de eerste plaats zal getoetst moeten worden of een pool valt onder (één van) de categorieën van afspraken die genoemd worden in de wet: een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderlinge afstemming van marktgedrag. Uit bovenstaande bespreking volgt dat daarvan sprake zal zijn bij wilsovereenstemming gericht op het afstemmen van het concurrentiegedrag of het onthouden van bepaald marktgedrag. Voorzover dat kan worden vastgesteld is vervolgens de vraag of een pool de mededinging (merkbaar) beperkt. Het antwoord op de vraag of een pool de mededinging beperkt valt uiteen in het onderzoek naar de strekking en/of het gevolg van de pool voor de mededinging. Voor de verenigbaarheid van een pool met het kartelverbod is van belang of een pool ervoor zorgt dat een 'onverzekerbaar' risico alsnog (her) verzekerd kan worden. Van 'onverzekerbaarheid' is kort gezegd sprake als de premie-dekkingverhouding als dusdanig ongunstig wordt beschouwd dat van een verzekering geen gebruik wordt gemaakt. Bij het antwoord op de vraag of een pool(overeenkomst) de mededinging merkbaar beperkt, is ook van belang welk gezamenlijk marktaandeel de pool heeft op de relevante markt. Wanneer het marktaandeel van een pool onder bepaalde marktaandeeldrempels valt of de met een pool behaalde omzet onder een bepaald bedrag blijft, wordt verondersteld dat een pool geen merkbare invloed heeft op de mededinging. Hiervoor in tabel 7.1 zijn deze drempels weergegeven. Sluitstuk van de toetsing van pools aan het kartelverbod is het in par. 6.4.1 besproken onderzoek naar de vraag of een pool de handel tussen de lidstaten beïnvloedt. Het zullen vooral de verzekeraarspools die grote, catastrofale, risico's verzekeren zijn die de handel tussen de lidstaten zullen beïnvloeden.

Indien sprake is van een beperking van de mededinging kan er onder omstandigheden ruimte zijn voor een beroep op een uitzondering van het kartelverbod. Zoals naar voren kwam in de bespreking van de zienswijze van de ACM inzake de overstromingsverzekering komt de vraag naar een uitzondering pas aan de orde als kan worden geconcludeerd dat een afspraak de mededinging (merkbaar) beperkt. De afweging tussen de positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend plaats binnen het kader van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.[152]

152 Richtsnoeren Horizontalen, punt 20.

ONDER EMBARGO

Hoe de toetsing van samenwerking in een pool aan de uitzondering van het kartelverbod verloopt, bespreek ik in de volgende paragraaf.

6.4.2 Verboden, maar toch toegestaan?

Een pool waarvan kan worden aangetoond dat deze valt onder het Europese of Nederlandse kartelverbod is nietig op grond van artikel 101 lid 2 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 2 van de Mededingingswet. Hoewel dergelijke pools in eerste instantie verboden zijn, kunnen er omstandigheden zijn die voor een uitzondering van het kartelverbod pleiten. Het gaat dan om de toepassing van de vier cumulatieve voorwaarden voor een uitzondering die zijn bepaald in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. De bewijslast of een kartel voldoet aan deze vier voorwaarden rust, zoals ik besprak in hoofdstuk 2, op de ondernemingen die partij zijn bij een kartel.[153] De ondernemingen kunnen dan als verweer een beroep doen op de wettelijke uitzondering. Van belang is dat zodra aan één van de vier voorwaarden niet is voldaan het beroep op de vrijstelling geen kans van slagen heeft.

Voordat ik de toepassing van de vier vrijstellingsvoorwaarden bespreek, behandel ik eerst onder 6.4.2.1 het belang van Verordening 267/2010 waarin tot voor kort een groepsvrijstelling werd gegeven voor de samenwerking tussen verzekeraars in coassurantiepools.[154] Gemakshalve kort ik de groepsvrijstellingsverordening hierna (andermaal) af met GVO.

6.4.2.1 Het belang van de GVO voor de beoordeling van pools onder artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet

Zoals eerder aangegeven bood de GVO 267/2010 een bijzondere vrijstelling voor bepaalde vormen van samenwerking tussen verzekeraars, met name voor de uitwisseling van informatie voor de statistische berekening van risico's en – in het kader van dit hoofdstuk het meest relevant – de gemeenschappelijke verzekering van risico's in medeverzekeringspools. Omdat pools door het gebruik van gestandaardiseerde voorwaarden, dekkingsbedragen en premies zouden kunnen leiden tot een beperking van de mededinging, maar aan pooling ook voordelen voor de mededinging zijn verbonden (zoals het voorzien in verzekeringscapaciteit, het opdoen van kennis/ervaring met de verzekering van bepaalde soorten risico's en kostenbesparingen), gaf de Europese Commissie onder bepaalde strikte voorwaarden voor de samenwerking in pools een groepsvrijstelling van het kartelverbod. Dit betekent dat de wettelijke uitzondering van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag van toepassing werd verklaard op de samenwerking in pools. Vanwege het gevaar dat een pool een te grote

153 Vgl. Verordening 1/2003, art. 2.

154 Verordening 267/2010 verleende de verzekeringssector een bijzondere vrijstelling van het kartelverbod voor onder meer de gemeenschappelijke dekking van risico's in pools. Deze verordening die gold sinds 1 april 2010, is op 31 maart 2017 verlopen en (dus) niet verlengd. Uitvoerig daarover: G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector?', *Het Verzekerings-Arhief* 2016/4, afl. 1, p. 29-34 alsmede (in breder verband) G.T. Baak, 'Verzekering & mededinging: de gevolgen van het einde van de groepsvrijstellingsverordening', *Markt & Mededinging* 2017/3, p. 98-104.

ONDER EMBARGO

marktpositie innam, waardoor er niet voldoende concurrentie zou resteren, werd de vrijstelling voor pools in de GVO alleen verleend indien de maximale marktomvang van een medeverzekeringspool 20% bedroeg op de relevante markt en er aan een aantal aanvullende voorwaarden werd voldaan. Dit zal hieronder nog uitgebreid aan de orde komen.

Hoewel de GVO inmiddels is vervallen, kunnen de daarin gegeven beoordelingsmaatstaven nog steeds gebruikt worden als indicatie of er is voldaan aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag. Specifiek voor de beoordeling van samenwerking in pools zijn nu van belang de richtsnoeren voor horizontale samenwerking, waarin de Europese Commissie aangeeft op welke wijze productieovereenkomsten voor- en nadelen voor de mededinging met zich kunnen brengen.[155]

6.4.2.2 Toepassing van de vier uitzonderingvoorwaarden op samenwerking in pools

In deze paragraaf bespreek ik de toepassing van de vier voorwaarden die allen cumulatief noodzakelijk zijn om te kunnen voldoen aan een uitzondering van het kartelverbod.

1. Bijdrage tot de verbetering van de productie – efficiëntieverbeteringen

De eerste voorwaarde die wordt gesteld om in aanmerking te kunnen komen voor een uitzondering van het kartelverbod is dat een overeenkomst moet bijdragen aan de verbetering van de productie.

Zoals ik in hoofdstuk 2 al aan de orde stelde, komen alleen objectieve voordelen in aanmerking bij het bepalen van de bijdrage aan de verbetering van de productie. Het gaat dan om objectieve economische efficiëntieverbeteringen. Daaronder kunnen allerlei efficiëntieverbeteringen vallen. In haar richtsnoeren noemt de Europese Commissie als voorbeeld kostenverbeteringen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen die waarde creëren in de vorm van nieuwe of verbeterde producten of een ruimer productaanbod.[156] Kostenverbeteringen kunnen onder meer zien op synergie- of schaalvoordelen. Een *synergievoordeel* is het voordeel dat wordt verkregen door twee productieprocessen/technologieën samen te voegen. *Schaalvoordelen* ziet erop dat de kostprijs per eenheid product daalt naarmate de productie toeneemt. De Europese Commissie noemt als objectieve economische efficiëntieverbeteringen ook *leereffecten* die tot kostenverbeteringen kunnen leiden doordat meer ervaring wordt opgedaan bij het gebruik van een specifiek productieproces, wat tot gevolg kan hebben dat de productiviteit en efficiëntie toenemen.

Welke objectieve economische efficiëntieverbeteringen kunnen in verband worden gebracht met het verzekeren in pools? Uit documenten van de Europese Commissie zijn enkele aanknopingspunten af te leiden. In het oog springend zijn de overwegingen

155 Richtsnoeren Horizontalen, par. 4.4, p. 39 e.v.
156 Richtsnoeren Horizontalen, par. 183.

ONDER EMBARGO

die ten grondslag liggen aan de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening.[157] Daarin wordt genoemd dat een pool de deelnemende ondernemingen in staat kunnen stellen om de nodige ervaring op te doen met de betrokken verzekeringsbranche. Ook wordt vermeld dat een pool tot kostenbesparingen kan leiden of tot een verlaging van de premie door gemeenschappelijke herverzekering onder gunstige voorwaarden.

Tevens zijn aanknopingspunten te vinden in de eerder genoemde beschikkingen *Assurpol, Teko* en *P&I Clubs*.[158] Uit de *Assurpol* – beschikking blijkt dat, indien er sprake is van een moeilijk verzekerbaar risico, vrij snel wordt aangenomen dat een pool bijdraagt aan de verbetering van de productie.[159] Door samenwerking tussen (her)verzekeringsondernemingen kan immers de bekendheid met de risico's worden verbeterd, een financiële capaciteit worden gecreëerd en een technische knowhow worden ontwikkeld.[160] De economische vooruitgang wordt bevorderd als een pool ervoor zorgt dat een dekking wordt aangeboden die anders niet mogelijk zou zijn geweest, zo blijkt uit de *P&I-Clubs* – beschikking.[161] Ook is het mogelijk dat een pool bijdraagt tot het verkrijgen van een gediversifieerde en evenwichtige portefeuille.[162] Een ander aspect dat speelt is dat de pool de markt kan openen voor ondernemingen die daar wegens hun beperkte capaciteit en ervaring alleen slechts moeilijk toegang toe zouden hebben verkregen.[163] Daarmee kan de pool ook de samenwerking tussen verzekeraars in verschillende landen bevorderen. Samenwerking in een pool kan ook leiden tot aanzienlijke kostenbesparingen aangezien niet alle poolleden hoeven te beschikken over de expertise die nodig is om het risico in kaart te brengen.[164] Andere voordelen van een pool die bijdragen tot een verbetering van de productie zijn het creëren van een bredere basis voor de opstelling van statistieken, betere identificatie van de risico's en een versnelde schadeafwikkeling.[165] Daarbij speelt ook een rol dat een pool de mogelijkheid kan bieden tot de ontwikkeling van nieuwe productietechnologieën en –risicomethoden waarmee het verzekeringsaanbod kan worden vergroot.

Het Duitse Verbond van Verzekeraars (Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft) heeft opdracht gegeven om onderzoek te doen naar de efficiëntievoordelen van coassurantiepools.[166] In het onderzoek dat door Inderst is uitgevoerd komt hij tot de conclusie dat coassurantiepools verschillende efficiëntievoordelen met zich kunnen brengen, afhankelijk van de fase in de productieketen. Hij categoriseert de efficiency voordelen in: *cost efficiency, allocative efficiency* en *quality efficiency*. Tot *cost efficiency* behoren de kostenverbeteringen,

ONDER EMBARGO

157 Verordening (EU) nr. 267/2010, overweging 17.
158 Een bespreking van de feiten die ten grondslag lagen aan de beschikkingen *Teko* en *Assurpol* gaf ik in par. 6.4.1.1 en par. 6.4.1.2.1. Een bespreking van de zaak *P&I Clubs* zal worden gegeven in par. 6.5.
159 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), rn. 38 ev.
160 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 38.
161 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), punt 106-108.
162 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 38.
163 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 38.
164 Beschikking van de Commissie van 20 december 1989 (*IV/32.408 TEKO*) r.n. 26.
165 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 38.
166 R. Inderst, 'Efficiencies of coinsurance pools, Goethe University Frankfurt/Main, April 2016.

waarbij volgens hem gedacht kan worden aan vermindering in de productie- en transactiekosten. *Allocatieve efficiency* zou bij een pool gerealiseerd kunnen worden door het verminderen van asymmetrische informatie en het vergroten van de dekking. Kwaliteitsverbeteringen kunnen volgens Inderst betrekking hebben op de inschatting van risico's en het bieden van adequate dekking. De efficiency voordelen komen volgens Inderst aan de orde bij de fase van het 'contracteren', waarbij er van wordt uitgegaan dat een in een pool deelnemende verzekeraar meer verzekeringsovereenkomsten afsluit dan het geval zou zijn geweest als hij het risico individueel zou verzekeren.[167]

Uit het bovenstaande blijkt dat een coassurantiepool dus verschillende efficiëntieverbeteringen met zich mee kan brengen. Hoe groot de efficiency verbeteringen zijn die een pool kan realiseren, zal afhangen van de specifieke kenmerken van een pool en valt dus niet in het algemeen te beantwoorden. Toch is er dus zeker ruimte om samenwerking in pools die in beginsel verboden is, toch vrij te stellen van het kartelverbod. Ondanks dat pools efficientievoordelen met zich mee kunnen brengen is van belang dat die voordelen ook daadwerkelijk worden doorgegeven aan de afnemers. Daarbij sta ik in de volgende paragraaf stil.

2. Doorgeven van de voordelen aan de afnemers/gebruikers

De tweede voorwaarde die wordt gesteld om in aanmerking te komen voor een uitzondering van het kartelverbod is dat een overeenkomst voordelen voor de gebruikers mee moet brengen.

Ik roep in herinnering dat met deze voorwaarde wordt bedoeld dat voordelen voor de mededinging moeten worden doorgegeven aan de gebruikers.[168] In de context van coassurantiepools betekent dit dat de kostenbesparingen en efficiencyvoordelen die pools met zich meebrengen in het voordeel moeten zijn van de verzekeringnemers (gebruikers) wier risico's worden ondergebracht in een pool. Efficiencyvoordelen kunnen bijvoorbeeld worden doorgegeven aan de verzekeringnemers in de vorm van lagere premies, dan het geval zou zijn geweest bij verzekering buiten de pool. Van belang is tevens dat het in de pool aangeboden verzekeringsproduct beter aansluit op de behoefte van bedrijven. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de pool voorziet in een verzekeringsbehoefte die klanten anders niet eenvoudig zouden kunnen verkrijgen.[169] Illustratief is in dit kader ook de volgende overweging van de Europese Commissie in de al genoemde Teko-beschikking.

> '(28) De rationalisatie als gevolg van de samenwerking, met name de deskundigheid van de Teko medewerkers, komt ook de gebruikers, te weten de verzekeringnemers, ten goede. Zij waarborgt dat voor de individuele risico's passende verzekeringstechnische oplossingen worden gevonden en dat met name naast de premiecalculatie en de risicobeoordeling ook overwegingen inzake schadevoorkoming deskundig worden gehanteerd, hetgeen wegens de uiteenlopende

167 R. Inderst, 'Efficiencies of coinsurance pools, Goethe University Frankfurt/Main, April 2016, pag. 56.
168 Zie uitgebreid(er) onder hoofdstuk 2, par. 2.3.2.2.
169 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 39.

UNDER EMBARGO

aard van de individuele risico's moeilijk is. De inschakeling van de Teko medewerkers bij de schadeafwikkeling leidt voorts ertoe dat goed gefundeerde maatregelen tot schadevermindering worden genomen. Voorts kan men, gezien de levendige concurrentie op de betrokken markten, ervan uitgaan dat de ontstane kostenvoordelen, althans ten dele, hetzij in de vorm van lagere premies, hetzij door betaling van een deel van de herverzekeringsprovisie, hetzij door restitutie van de premie bij gunstig verloop van de schade naar de verzekeringnemers worden doorgespeeld.'[170]

Door de Europese Commissie wordt dus de deskundigheid van de medewerkers bij de pool meegenomen in de voordelen voor de verzekeringnemers. Tevens acht de Europese Commissie aannemelijk dat de kostenvoordelen die door de pool worden gerealiseerd (ten dele) worden doorgespeeld aan de verzekeringnemers in de vorm van lagere premies en/of premierestitutie.[171] Aspecten die – gelet op de kwaliteits- en deskundigheidseisen die in Nederland aan de medewerkers gesteld worden – zeker ook in de Nederlandse branche meegenomen dienen te worden.

3. Onmisbaarheid van de beperkingen

De derde voorwaarde die wordt gesteld om in aanmerking te kunnen komen voor een vrijstelling van het kartelverbod is dat de beperkingen onmisbaar moeten zijn.

De verzekeraars die samenwerken in een pool dienen dus aan te tonen is dat de mededingingsbeperkingen die verbonden zijn aan de pool, onmisbaar zijn voor het functioneren van de pool. Dit komt er kort gezegd op neer dat het onmogelijk is om de doelen van de samenwerking te bereiken op een wijze die minder mededingings-beperkend is.[172] De poolleden dienen aan te tonen waarom minder beperkende alternatieven, indien die er zijn, beduidend minder efficiënt zouden zijn.[173] Beperkingen mogen dus niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de leden-verzekeraars de vrijheid wordt gelaten om premies (deels) zelfstandig vast te stellen.[174]

Van het ontbreken van een aantal soorten poolafspraken heeft de Europese Commissie eerder, in de GVO 267/2010, gezegd dat deze aan een beroep op een vrijstelling van het kartelverbod niet in de weg staan. Deze voorwaarden van de GVO 267/2010 zijn mijns inziens bedoeld als ondergrens (misbaar/onmisbaar). Het gaat dan om de hieronder opgenomen lijst van soorten pool-afspraken.

i. Elke deelnemende onderneming heeft het recht de pool te verlaten met een redelijke opzegtermijn, zonder dat zulks leidt tot sancties tegen de betrokken onderneming;
ii. De regels van de pool verplichten de daarin deelnemende ondernemingen niet het door de pool gedekte soort risico's geheel of gedeeltelijk via de

170 Teko-beschikking, r.n. 28.
171 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 40.
172 Zie rapport van de Commissie, COM 2016 153 final, r.n. 46. Alsmede r.n. 75 van Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag.
173 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, r.n. 75.
174 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 40.

ONDER EMBARGO

pool te verzekeren of te herverzekeren, en de in de pool deelnemende ondernemingen verbieden evenmin deze risico's buiten de pool te verzekeren of te herverzekeren;

iii. De regels van de pool beperken de activiteiten van de pool of de daarin deelnemende ondernemingen niet tot de verzekering of de herverzekering van risico's in bepaalde geografische gebieden van de Unie;
iv. De overeenkomst beperkt de productie of verkoop niet;
v. De overeenkomst leidt niet tot een verdeling van markten of klanten;
vi. De deelnemende ondernemingen van een medeherverzekeringspool maken geen afspraken over de commerciële premies die zij op het gebied van het directe verzekeringsbedrijf berekenen.[175]

Geconcludeerd kan worden dat als een poolovereenkomst leidt tot dergelijke mededingingsrestricties aan de eis van onmisbaarheid niet is voldaan.

4. Geen uitschakeling van de mededinging

De vierde voorwaarde die wordt gesteld om in aanmerking te kunnen komen voor een vrijstelling van het kartelverbod is dat een overeenkomst de mededinging niet voor een wezenlijk deel mag uitschakelen.

Deze voorwaarde houdt in dat nog voldoende concurrentie op de markt moet overblijven. Bij deze voorwaarde geldt dat als het marktaandeel van de pool laag is, de kans klein zal zijn dat de mededinging voor een wezenlijk deel is uitgeschakeld. Ook indien er sprake is van de vrijheid om binnen de pool verschillende brutopremies te hanteren en de deelnemers de vrijheid wordt gegeven om buiten de pool om te verzekeren of aan andere samenwerkingsverbanden te kunnen deelnemen, is de kans klein dat de mededinging wezenlijk wordt uitgeschakeld.[176]

Richtinggevend voor het antwoord op de vraag of een pool de mededinging niet wezenlijk uitschakelt, zijn de marktaandeeldrempels die door de Europese Commissie werden genoemd in de GVO. Daarin werd een vrijstelling gegeven voor coassurantiepools onder de voorwaarde dat de mededinging niet voor een wezenlijk gedeelte mocht worden uitgeschakeld doordat een pool een te grote marktpositie zou verwerven.[177] Daarom kregen coassurantiepools een vrijstelling van het kartelverbod onder de voorwaarde dat het marktaandeel onder een bepaalde drempel zou vallen. Voor coassurantiepools was de marktaandeeldrempel vastgesteld op 20% van de relevante markt en voor coherasssurantiepools gold een marktaandeeldrempel van 25%. De Europese Commissie ging en gaat ervan uit dat een pool die een marktaandeel heeft dat niet groter is dan 20% van de relevante markt, nog voldoende concurrentie zal ondervinden van niet

175 Overgenomen van artikel 7, Verordening (EU) nr. 267/2010.
176 Beschikking van de Europese Commissie van 14 januari 1992 (*IV/33.100 – Assurpol*), r.n. 41.
177 Tevens bevat Verordening 267/2010 een uitzondering voor pools die uitsluitend ter dekking van nieuwe risico's zijn gevormd, en wel gedurende een periode van drie jaar vanaf de datum waarop de pool werd gevormd, ongeacht zijn marktaandeel. Zie artikel 6 lid 1 Verordening 267/2010. Een definitie van "nieuwe risico's" is te vinden in artikel 1 lid 6 van Verordening 267/2010.

ONDER EMBARGO

aan de pool deelnemende ondernemingen.[178] Een marktaandeel van 20% lijkt daarmee een veilige haven te bieden. Van pools die hoogstens een marktaandeel van 20% hebben wordt aangenomen dat zij niet in staat zijn om marktmacht te verkrijgen. De marktaandeelgrens van 20% wordt door de Europese Commissie ook gehanteerd in de Horizontale Richtsnoeren, bij de beoordeling van productieovereenkomsten.[179]

De vraag hoe de marktaandelen moeten worden bepaald/berekend, besprak ik eerder onder het kopje 6.4.1.2.3. bij de merkbaarheid van een mededingingsbeperking. De wijze waarop daar de marktaandelen werden berekend is ook relevant voor de vraag of de mededinging niet wezenlijk wordt beperkt. Ik zal het aspect van marktafbakening/berekening hier daarom niet verder bespreken.

6.4.2.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf besprak ik de vraag onder welke omstandigheden een pool, die een inbreuk maakt op het kartelverbod, in aanmerking zal komen voor een vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Kort samengevat zal aangetoond moeten kunnen worden dat een pool voldoende efficiencyvoordelen met zich brengt, die niet alleen ten bate van de verzekeraars maar ook ten bate van de verzekeringnemers komen. Bovendien moeten de beperkingen van de mededinging niet verder gaan dan noodzakelijk is, en mag de mededinging niet voor een wezenlijk deel uitgeschakeld worden. In de praktijk zijn de marktaandeeldrempels van belang die voorheen werden gegeven in de groepsvrijstellingsverordening.

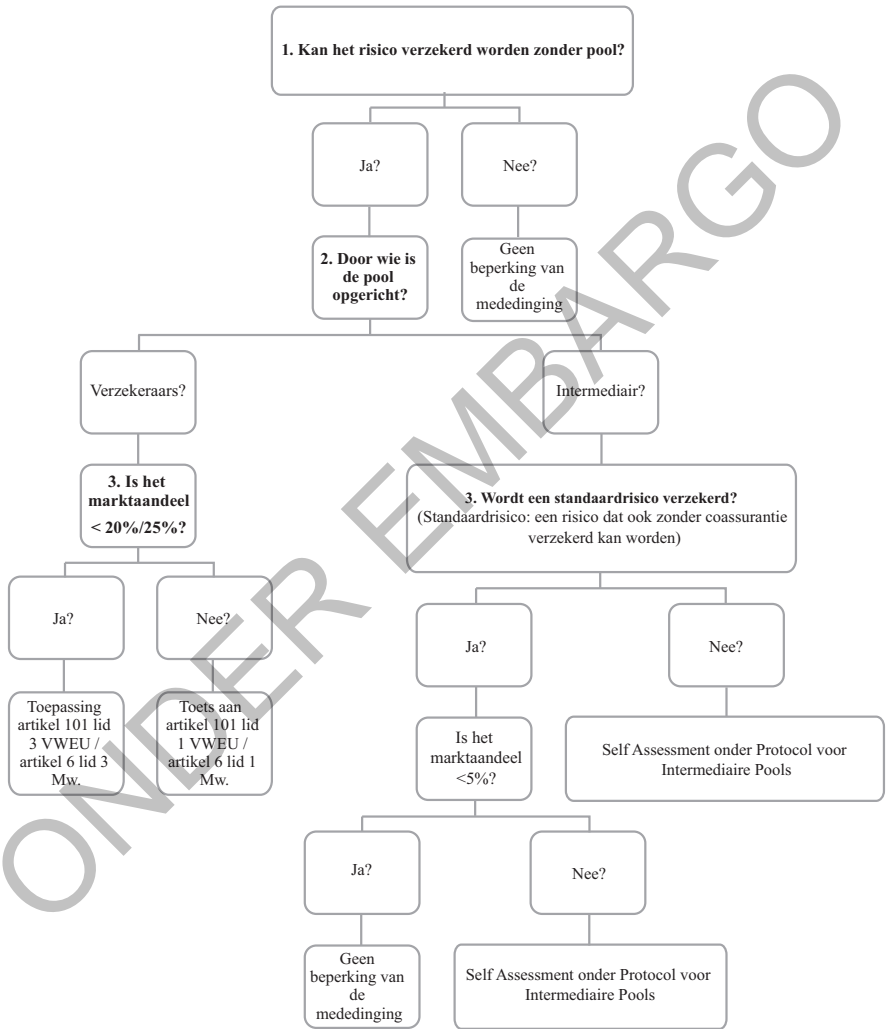
Op de volgende pagina heb ik een schematisch overzicht opgenomen voor de toetsing van pools aan het kartelverbod, waarin de stappen die ik in deze paragraaf besprak (voor het grootste gedeelte) zijn verwerkt. Ik teken daarbij aan dat dit schema slechts een hulpmiddel is voor toetsing van pools aan het kartelverbod en dat het uiteraard niet uitputtend is bedoeld. Ik licht het schema kort toe.

De eerste stap in het toetsingsschema is de vraag of het risico verzekerd had kunnen worden zonder de pool. Daarmee wordt getoetst op de noodzakelijkheid van een pool. Een pool die noodzakelijk is om risico's te verzekeren, valt in het algemeen buiten het kartelverbod (zie par. 6.4.1.2.2). Wanneer een pool niet per se noodzakelijk is om een risico verzekerbaar te maken, kom je toe aan de tweede stap in het schema, waarbij de vraag wordt gesteld wie de pool heeft gevormd. Voorzover het gaat om verzekeraarspools, waarbij dus sprake is van horizontale samenwerking tussen directe concurrenten, wordt in het schema aangesloten bij de marktaandeeldrempels die zijn af te leiden uit de GVO 267/2010 en de Horizontale Richtsnoeren. Wanneer de samenwerking is georganiseerd door het intermediair is van belang of een standaardrisico in de pool wordt ondergebracht.

178 Verordening 267/2010, punt 17 en artikel 6 lid 2.
179 Richtsnoeren Horizontalen, punt 170.

ONDER EMBARGO

Ook hier zal het marktaandeel van de pool berekend moeten worden, waarbij een pool met een marktaandeel onder de vijf procent in het algemeen geen beperking van de mededinging oplevert. Intermediaire pools met een marktaandeel dat groter is dan vijf procent zullen conform het Protocol voor Intermediaire Pools een self assessment moeten uitvoeren, waarbij het maximale marktaandeel niet groter mag zijn dan 20% op de relevante markt.



Schema 6.1

ONDER EMBARGO

6.5 Beoordeling van pools onder het verbod op misbruik van een machtspositie

In de vorige paragraaf besprak ik de beoordeling van pools onder het kartelverbod. Naast het kartelverbod zou onder bepaalde omstandigheden ook het verbod op misbruik van een machtpositie van toepassing kunnen zijn op verzekeringspools. Twee vragen verdienen in dat kader bespreking. In de eerste plaats wanneer een pool een machtspositie kan innemen, en in de tweede plaats in welke gevallen zo'n machtspositie misbruikt kan worden.

6.5.1 (Collectieve) machtspositie van pools

Het mededingingsrecht is ook van toepassing op ondernemingen die een machtspositie bezitten welke hen in staat kan stellen de mededinging nadelig te beïnvloeden.[180] Het gaat dan om één of meer ondernemingen die een dominante marktpositie bezitten. Ondernemingen die over veel macht beschikken mogen die macht namelijk niet misbruiken. Op grond van artikel 102 van het Werkingsverdrag en artikel 24 van de Mededingingswet is het daarom verboden dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie. Een (economische) machtspositie geeft ondernemingen dus een bijzondere verantwoordelijkheid omdat zij de onderneming in staat stelt om de mededinging te beperken. Een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt kan zich namelijk onafhankelijk tegenover haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de gebruikers/consumenten gedragen.[181]

Een economische machtspositie kan dus door één of meer ondernemingen worden ingenomen. Wanneer een groep van ondernemingen een machtpositie inneemt, wordt in het mededingingsrecht gesproken van een *collectieve machtspositie*. Voor het bestaan van een collectieve machtspositie is vereist dat de ondernemingen zich door zodanige economische banden met elkaar hebben verenigd, dat zij ten opzichte van de andere ondernemingen op de markt een collectieve eenheid vormen.[182] Om vast te stellen of er sprake is van een collectieve eenheid moeten dus de economische banden of relaties tussen de ondernemingen worden onderzocht, waarbij moet worden nagegaan of die economische banden de ondernemingen in staat stellen gezamenlijk op te treden, onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers en de consumenten.[183]

De vraag rijst of en onder welke omstandigheden een pool kan vallen onder het verbod op misbruik van een machtspositie. Bij een pool wordt door de poolleden gezamenlijk verzekeringscapaciteit ingebracht, en gezamenlijk worden de

ONDER EMBARGO

180 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), punt 120.
181 Zie zaak 27/76, United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 65, en zaak 85/76, Hoffmann-La Roche & Co t. Commissie, Jurispr. 1979, blz. 461, punt 38. Zie ook: Richtsnoeren handhavingsprioriteiten art. 102 VWEU, punt 10. Vgl. artikel 1 sub i van de Mededingingswet.
182 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.3.3.
183 HvJ EU 16 maart 2000, C-395/96P, punt 41 (*Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissie*).

poolvoorwaarden afgesproken. Kan dit gezien worden als een collectieve machtspositie? Is het zo dat de poolleden eenzelfde gedragslijn volgen die bestaat uit een nauwe economische band waardoor zij zich als een eenheid op de markt presenteren? Een nauwe economische band kan bijvoorbeeld aanwezig zijn als gemeenschappelijke procedures worden gevolgd voor het aanbieden van een verzekering en dat erin resulteert dat op de markt eenzelfde gedragslijn wordt gevolgd. Dit was aan de orde in de eerder genoemde *P&I Clubs*- beschikking:

> '122. De P&I Clubs die lid van de IG zijn, hebben een overeenkomst voor het omslaan van schadevorderingen gesloten, die sterke economische banden tussen hen schept: zij betalen tot een zeker niveau elk een deel van de door hun leden ingebrachte schadevorderingen, zij volgen welomschreven gemeenschappelijke procedures voor het aanbieden van verzekering aan leden van andere P&I Clubs, zij verschaffen zich gezamenlijk herverzekering, zij stellen in onderlinge overeenstemming de polisvoorwaarden voor hun leden vast en zij werken samen met betrekking tot vele andere aspecten van de P&I-verzekering. Door af te spreken gemeenschappelijke polisvoorwaarden toe te passen en meer bepaald een enkel dekkingsniveau aan te bieden, volgen zij bovendien een eenvormige gedragslijn op de markt.'[184]

De *P&I Clubs* – beschikking is in het licht van dit hoofdstuk de moeite waard om te bespreken omdat het ging om een *poolingovereenkomst*[185] voor de verzekering van Protection & Indemnity risico's door rederijclubs.[186] Kort samengevat gaat het om de overeenkomst die individuele clubs in het verenigingsverband van de International Group van P&I Clubs met elkaar hebben gesloten voor het omslaan van schadevorderingen. De reden waarom deze zaak onder de toepassing van het verbod op misbruik van een machtspositie werd gebracht was dat de International Group een aanzienlijke marktmacht bezat:

> '126. Bovendien wordt in de onderhavige zaak de conclusie dat de IG [International Group, toev. G.T.B] aanzienlijke marktmacht bezit, nog meer kracht bijgezet door andere factoren waarop in het arrest Hoffmann-La Roche (punt 42) reeds werd gewezen. Ten eerste is de IG in staat alle niveaus van P&I-dekking aan te bieden, hetgeen haar concurrenten niet kunnen. Ten tweede heeft zij, doordat zij reeds een goede 100 jaar P&I-verzekering aanbiedt, ruime ervaring opgedaan en een gevestigde reputatie verworven. En ten derde is zij over de gehele wereld aanwezig met een uitgebreid net van correspondenten. Dankzij al deze troeven, en haar grote marktaandeel, bezit de IG onmiskenbaar een machtspositie en kan zij zich in grote mate onafhankelijk van haar concurrenten gedragen.'

ONDER EMBARGO

184 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), rn. 122.

185 De poolingovereenkomst ziet erop dat de schadevorderingen boven één club boven een bepaald bedrag (in de voorliggende zaak 4,57 miljoen euro) evenredig over alle P&I Clubs wordt verdeeld. Zie rn. 14 van de beschikking.

186 P&I Clubs dekken de contractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid jegens derden. De schade aan schepen (casco) wordt gewoonlijk ondergebracht bij commerciele verzekeraars. Protection & Indemnity is een algemeen concept dat de verzekering behelst van verschillende soorten risico's: lichamelijke schade of overlijden van bemanningsleden, passagiers of derden; schade aan schepen als gevolg van aanvaringen; andere schade aan eigendommen van derden (zoals haveninstallaties); vervuiling; schade aan vracht en andere kosten (zoals bergingskosten). Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), rn. 5 en 6..

De International Group van P&I Clubs bezat dus een collectieve machtspositie. Het zou kunnen zijn dat een pool die dominant is in het aanbieden van een bepaalde soort verzekering (of een overkoepelend samenwerkingsverband tussen bepaalde soorten pools) onder het verbod van misbruik van een machtspositie valt. Uit *P&I Clubs* is af te leiden dat de volgende factoren voor het vaststellen van een machtspositie van belang kunnen zijn: het volgen van gemeenschappelijke procedures voor het aanbieden van verzekeringen, het gezamenlijk inkopen van herverzekering, het hanteren van dezelfde polisvoorwaarden en/of eenzelfde (wereldwijd) dekkingsniveau en een groot marktaandeel.

Marktmacht

Om te kunnen vallen onder de reikwijdte van artikel 102 van het Werkingsverdrag of artikel 24 van de Mededingingswet is dus vereist dat een pool een machtspositie heeft. Daarvoor is het noodzakelijk om de marktmacht van een pool vast te stellen. Dit begrip besprak ik eerder in dit boek, en ziet kort gezegd op de macht van een of meer ondernemingen om voor een langere periode de prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven. De marktmacht van een of meer ondernemingen wordt in het mededingingsrecht vastgesteld aan de hand van een aantal factoren. Een leidende rol speelt het marktaandeel van de onderneming(en).[187] Daarnaast komt betekenis toe aan de toetreding barrières en de compenserende afnemersmacht (*countervailing power*). Bij een marktaandeel van 50% of meer, geldt dat een machtspositie – behoudens door de onderneming te leveren tegenbewijs – wordt aangenomen.[188] Toegepast op pools zal dit naar mijn idee in de praktijk aan de orde kunnen zijn bij de verzekeraarspools waarmee grote risico's worden gedekt. Voor intermediaire pools geldt het (in par. 6.3 besproken) Protocol voor intermediaire pools waaruit voortvloeit dat het marktaandeel in beginsel niet groter mag zijn dan 20% van de relevante markt. Dit protocol is bindend voor de leden van het Verbond. Intermediaire pools op de Nederlandse markt zullen de regels van het protocol dus na moeten leven. Intermediaire pools die dat marktaandeel overschrijden moeten ofwel worden beëindigd ofwel getoetst worden aan artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Indien intermediaire pools niet in aanmerking komen voor een vrijstelling op grond van artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet zullen deze pools ook beëindigd moeten worden. Het lijkt daarom onwaarschijnlijk dat intermediaire pools die op de Nederlandse markt opereren een aanzienlijk marktaandeel zullen bezitten. Toch geldt voor de toepassing van het verbod op misbruik van een machtpositie, anders dan bij het kartelverbod, dat het verkrijgen van een machtspositie an sich niet is verboden. Zoals ik heb geconstateerd in par. 6.4.1.2.2 zou het mogelijk kunnen zijn dat verzekeraarspools, die het mogelijk maken om risico's te verzekeren die anders onverzekerd zouden blijven en daarmee geen beperking van de mededinging tot gevolg zullen hebben, over een machtspositie beschikken. Op welke wijze misbruik van een machtspositie aan de orde kan zijn, bespreek ik in de volgende paragraaf.

187 Van de Gronden 2017, p. 146.
188 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.3.2.

ONDER EMBARGO

6.5.2 *Type marktgedrag dat als misbruik van een machtspositie wordt gezien*

In de tekst van artikel 102 van het Werkingsverdrag wordt een aantal voorbeelden gegeven van marktgedrag dat misbruik oplevert. Genoemd worden het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen, of andere contractsvoorwaarden, het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling, het toepassen van discriminerende voorwaarden en het afhankelijk stellen van het sluiten van een overeenkomst van bijkomende prestaties die geen verband houden met het onderwerp van de overeenkomst.[189] Door de Europese Commissie worden twee hoofdvormen van misbruik onderscheiden te weten misbruik door uitsluiting en misbruik door uitbuiting. Ingeval van uitsluiting wordt de markt afgeschermd en bij uitbuiting profiteert een onderneming van haar machtspositie door bijvoorbeeld excessieve prijzen te vragen of discriminerende voorwaarden te stellen. Uitbuiting zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn als de hoeveelheid op de markt aangeboden producten worden beperkt. Hiervan kan sprake zijn als er afspraken worden gemaakt over één enkel dekkingsniveau, waardoor een aanzienlijk deel van de vraag niet wordt bevredigd.[190] Voorwaarde is dan wel dat duidelijk en onomstotelijk vaststaat dat een dienst wordt onthouden waaraan bij een zeer aanzienlijk deel van de vraagkant van de markt behoefte bestaat.[191] Van misbruik als uitsluiting kan bij pools met een machtspositie in bepaalde omstandigheden sprake zijn. Zo kan het ontbreken van objectieve voorwaarden en procedurele waarborgen in de poolovereenkomst beschouwd worden als een misbruik van een machtspositie.[192] Dit kan relevant zijn als een pool een dominante marktpositie heeft en bijvoorbeeld verzekering of herverzekering verstrekt aan onafhankelijke verzekeraars. Het gaat er dan om dat de voorwaarden waaronder de pool (her)verzekeringen verstrekt aan deze verzekeraars niet discriminerend zijn en dat er passende procedures bestaan aan de hand waarvan deze beoordeling plaatsvindt.

6.6 Coöperatieve joint venture

De vraag kan rijzen onder welke omstandigheden een pool gezien kan worden als een coöperatieve joint venture. Van een coöperatieve joint venture is sprake, als de totstandbrenging van de gemeenschappelijke onderneming de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven.[193] De oprichting van een pool zou gezien kunnen worden als een dergelijke joint venture. Poolleden (de moederondernemingen) kunnen immers daadwerkelijk of potentieel concurrenten zijn op de markt waarop de

189 Van de Gronden 2017, p. 140.
190 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), rn. 128.
191 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), rn. 128.
192 Beschikking van de Europese Commissie van 12 april 1999 rn. 50-51 (*IV/D-1/30.373 – P&I Clubs-IGA en IV/D-1/37.143 – P&I Clubs-pooling-overeenkomst*), rn. 134.
193 Zie ook: T.R. Ottervanger & A.S. Bijleveld, 'De joint venture in het mededingingsrecht', *Onderneming & Financiering* 2000, nr. 43/42.

ONDER EMBARGO

joint venture actief is en zij blijven, ondanks deelname in een pool, onafhankelijk. Tegelijkertijd wordt een pool gebruikt om tegen gemeenschappelijke, vooraf vastgestelde, voorwaarden in poolverband risico's te accepteren.

Voor de beoordeling van de coöperatieve aspecten van de joint ventures zal aansluiting worden gezocht bij de praktijk van de beoordeling van 'volwaardige' joint ventures[194] aan de hand van art. 2, lid 4 en lid 5, van de EG-concentratieverordening:

> 4. Indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, dan wordt die coördinatie beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel 81, leden 1 en 3, van het Verdrag, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.
>
> 5. Bij die beoordeling houdt de commissie onder meer rekening met:
> – het significant en gelijktijdig actief blijven van twee of meer oprichtende ondernemingen op dezelfde markt als die van de gemeenschappelijke onderneming, of op een downstream- of upstreammarkt van laatstgenoemde markt, of op een nauw met die markt verbonden aangrenzende markt,
> – de mogelijkheid die aan de betrokken ondernemingen wordt gegeven om, via de coördinatie die het rechtstreekse gevolg is van de oprichting van de emeenschappelijke onderneming, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen.

Het bovenstaande laat zien dat de vorming van een pool, wanneer deze voldoet aan de communautaire dimensie, als besproken in par. 2.5.1.1, aangemeld zou moeten worden bij de Europese Commissie. De beoordeling geschiedt dan aan de hand van artikel 101 lid 1 en 3 van het Werkingsverdrag, als eerder – uitvoerig – besproken in dit hoofdstuk. Daarbij is eveneens relevant de toets op de vraag of een pool niet resulteert in een machtspositie waardoor de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of diensten wordt uitgeschakeld, zie par. 6.5.

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal hoe pools mededingingsrechtelijk moeten worden beoordeeld. Bij de beoordeling van pools onder het mededingingsrecht gaat het er kort gezegd om of de wijze van samenwerking verboden of toegestaan is. Pools draaien om het spreiden van risico's en daarvoor worden tussen de betrokken partijen afspraken gemaakt over de te ontvangen premies en de dekkingsbedragen. In de zakelijke verzekeringsmarkt kan een onderscheid worden gemaakt tussen

194 Van een volwaardige joint venture is sprake als de onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

ONDER EMBARGO

enerzijds pools die gevormd zijn voor specifieke, grote, risico's en anderzijds de pools voor kleinere, vergelijkbare risico's. De laatste vorm van pooling komt tot stand op initiatief van de makelaar.

Mededingingsrechtelijk betekent een pool een coördinatie van marktgedrag tussen concurrenten wat mogelijk in strijd komt met het kartelverbod. Hoewel pooling noodzakelijk kan zijn om een risico van dekking te voorzien (zoals het verzekeren van 'onverzekerbare risico's'), kan het functioneren van de pool de mededinging op de verzekeringsmarkt beperken. Welke beperkingen dat zijn hangt af van de gemaakte poolafspraken. Daarbij speelt mee onder welke omstandigheden een risico buiten de pool om tegen vergelijkbare voorwaarden verzekerd had kunnen worden. Ook is van belang of een pool de deelnemende verzekeraars de vrijheid geeft om zelfstandig hun marktgedrag te bepalen, of dat er verplichtingen worden opgelegd die leiden tot uniform (afgestemd) marktgedrag. Onder omstandigheden kan een geconstateerde inbreuk op de mededinging gerechtvaardigd zijn, wat met name het geval is indien de positieve gevolgen van de pool opwegen tegen de mededingings-beperkende gevolgen. Dit wordt beoordeeld bij de toets aan de uitzonderingsregeling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Daarbij is het met name van belang dat de positieve gevolgen (bijvoorbeeld in de vorm van kostenbesparingen, lagere premies of verbeterde transparantie in de polisvoorwaarden) daadwerkelijk worden doorgegeven aan de verzekeringnemers. Toetsing van de oprichting van pools aan de criteria van het kartelverbod zou ook kunnen geschieden middels toepassing van het concentratietoezicht (coöperatieve joint venture).

ONDER EMBARGO

7 Standaardpolisvoorwaarden bij coassurantie en pools

7.1 Inleiding en opbouw

In de hoofdstukken 5 en 6 stond ik stil bij het sluiten van een verzekering. In dit hoofdstuk onderzoek ik de mededingingsrechtelijke aspecten van *de inhoud* van een verzekeringsovereenkomst die gesloten kan zijn door middel van coassurantie of bij een pool. Wanneer de inhoud van een verzekeringsovereenkomst wordt bezien in het licht van het mededingingsrecht, is het vooral het gebruik van standaardvoorwaarden dat de aandacht verdient. Standaardisering van polisvoorwaarden bij verzekeringen kan immers gevolgen hebben voor de door het mededingingsrecht geëiste zelfstandigheid van de marktpositionering, de productvormgeving, het commerciële beleid van verzekeraars en daarmee de mededinging. Standaardisatie kan voortvloeien uit aanbevelingen van brancheorganisaties, zoals het Verbond of de VNAB, voor leden om bepaalde standaardvoorwaarden te gebruiken in de contracten die zij aangaan. Ook in de coassurantiemarkt wordt gebruikgemaakt van standaardvoorwaarden. Dat roept de vraag op in hoeverre het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of verzekeringspools spanning geeft met het mededingingsrecht. De beantwoording van die vraag staat in dit hoofdstuk centraal.

Dit hoofdstuk is als volgt gestructureerd. Eerst geef ik in par. 7.2 een algemeen overzicht van het gebruik van standaardvoorwaarden op de coassurantiemarkt. Ik maak daarbij geen onderscheid tussen het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of in verzekeringspools. Vervolgens toets ik in par. 7.3 de samenwerking die aan het vaststellen van standaardvoorwaarden ten grondslag ligt aan het kartelverbod. Bij deze toetsing van de relevante aspecten aan het kartelverbod, maak ik – vanwege de systematiek die in het kartelverbod ligt besloten – een onderscheid tussen de toetsing aan lid 1 en lid 3 van artikel 101 van het Werkingsverdrag, hetzij artikel 6 van de Mededingingswet. De conclusie van dit hoofdstuk is te vinden in par. 7.4.

7.2 Het gebruik van standaardpolisvoorwaarden op de coassurantiemarkt

7.2.1 Introductie en duiding van de verschillende voorwaarden

De verzekeringssector kenmerkt zich door het veelvuldige gebruik van standaardvoorwaarden die zijn neergelegd in standaardverzekeringspolissen.

ONDER EMBARGO

Op de provinciale verzekeringsmarkt is dit duidelijk zichtbaar in de standaardpolisvoorwaarden die verzekeringsmaatschappijen hanteren voor consumentenverzekeringsovereenkomsten. Hoewel de verzekering van risico's op de coassurantiemarkt vanwege de complexiteit van de te verzekeren risico's, méér maatwerk in de polisvoorwaarden vergt, wordt ook bij coassurantie om diverse redenen gebruikgemaakt van standaardclausuleringen- of polissen. Het gaat dan om standaardbeursvoorwaarden die het uitgangspunt vormen om risico's bij meerdere verzekeraars onder te brengen. In de praktijk wordt er gesproken van 'beurspolissen', zijnde een verzamelbegrip voor de polissen die worden gebruikt voor de verzekering van risico's via de beurs. In een beurspolis kan en wordt in de praktijk gebruikgemaakt van standaardvoorwaarden. Het gebruik van standaardvoorwaarden op de coassurantiemarkt kan het beste begrepen worden tegen de – in hoofdstuk 3 geschetste – achtergrond van (het functioneren van) de coassurantiemarkt in Nederland. Kenmerkend voor de verzekering van coassurantierisico's in Nederland is dat een makelaar een bepaald risico ter verzekering aanbiedt op door de makelaar voorgestelde voorwaarden (vaak: beurs- of makelaarsvoorwaarden) en op een door de makelaar voorgestelde premie.[1] Makelaars kunnen zelfstandig standaardpolissen ontwikkelen die zij op de markt verspreiden onder hun eigen label. Voor een deel kunnen deze bestaan uit gestandaardiseerde beursvoorwaarden of beursclausules en voor een deel gestandaardiseerde makelaarsvoorwaarden en clausules.[2] Soms wordt een verzekering in coassurantie echter gesloten op basis van de voorwaarden van een leidende verzekeraar maar vaak wordt gebruikgemaakt van de door de makelaar opgestelde voorwaarden.[3] Indien wordt verzekerd op basis van voorwaarden die door een (leidende) verzekeraar zijn opgesteld, is sprake van maatschappijpolissen.[4]

Op de coassurantiemarkt zijn eveneens model- of basisvoorwaarden in omloop. De VNAB speelt een belangrijke rol in het opstellen van deze modelvoorwaarden. De VNAB stelt deze modelpolissen op voor de belangrijkste productcategorieën. Deze modelpolisvoorwaarden worden ter beschikking gesteld aan de leden. Modelpolisvoorwaarden fungeren als gezegd als basisvoorwaarden voor de verzekering van risico's in coassurantie. Dat betekent dat door partijen in de praktijk ervan kan worden afgeweken.

Na deze korte introductie en duiding van de verschillende voorwaarden zal ik in het vervolg van deze paragraaf de verschillen verder toelichten. Samenvattend gaat het om de volgende polisvoorwaarden:

1. Beurspolis en beurscondities
2. Makelaarspolis en makelaarsvoorwaarden
3. VNAB modelpolisvoorwaarden
4. Maatschappijpolis

1 Leliveld 2017, p. 113.
2 Soeteman 2006, p. 419.
3 Leliveld 2017, p. 121.
4 Van Velzen 2017, p. 18.

ONDER EMBARGO

In de volgende paragraaf bespreek ik dus kort wat deze polisvoorwaarden inhouden en hoe zij zich tot elkaar verhouden, waarna ik onder par. 7.3 de functies van standaardbeursvoorwaarden bespreek.

7.2.2 De verschillende soorten polisvoorwaarden

7.2.2.1 Beurspolis en beurscondities

Een beurspolis geeft voor bepaalde soorten risico's, zoals brand, transport en aansprakelijkheid, een beschrijving van de gebeurtenissen die zijn gedekt en bevat clausules met betrekking tot onder meer opzegtermijnen en schadeafwikkeling. Een beurspolis is als gezegd echter op te vatten als een verzamelbegrip omdat het kan zien op zowel polissen waarvan de voorwaarden initieel door een makelaar zijn opgesteld (de zogenoemde makelaarspolis) alsook polissen waarvan de voorwaarden initieel door beursassuradeuren[5] zijn opgesteld (aangeduid als *beurscondities*).[6] Een beurspolis kan eveneens bepalingen bevatten die zijn ontleend aan een modelpolis, zoals vastgesteld door de VNAB (zie hierna).

Een beurspolis kan daarmee bestaan uit gestandaardiseerde voorwaarden, afkomstig van een makelaar een verzekeraar of voorwaarden die zijn overgenomen uit een model-beurspolis. Vriesendorp-van Seumeren wijst erop dat beurspolissen kunnen worden beschouwd als gestandaardiseerde basispolissen, waarvan kan worden afgeweken teneinde te voldoen aan specifieke behoeften van de verzekeringnemer en/of verzekerden.[7] Een beurspolis moet mijns inziens echter worden onderscheiden van de model- of basispolisvoorwaarden die door onder meer door de VNAB worden opgesteld en verspreid. In ieder geval wordt aangenomen dat aan een beurspolis gezamenlijk overleg tussen verzekeraars en makelaars ten grondslag ligt.[8] Over de inhoud van beurspolissen zal in de praktijk vaak zijn of worden onderhandeld tussen makelaars en verzekeraars of hun gevolmachtigd agenten.[9] De inhoud van deze polisvoorwaarden vormt daarmee in feite een weerslag van de opvattingen van makelaars en verzekeraars in de coassurantiemarkt.

ONDER EMBARGO

5 Beursassuradeuren is een term die ziet op de verzekeraars en volmachtbedrijven (assuradeuren) die op de beurs actief zijn. Incidenteel zullen ook buiten de beurs werkzame zogenaamde provinciale assuradeuren (verzekeraars en volmachtbedrijven) en makelaars gebruik maken van standaardpolisvoorwaarden (maatschappijpolissen en makelaarspolissen) bij coassurantiecontracten.

6 De term 'beurscondities' komt voor in oude jurisprudentie waar wordt verwezen naar de Amsterdamsche of Rotterdamsche Beurscondities. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden, 10 december 1924, NJ 1925, p. 363 en Rb. Rotterdam 30 juni 1915, NJ 1915, p. 1139 alsmede Rb. Rotterdam 12 december 1939, NJ 1940/1027. Zie ook: *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7*-IX 2019/347. Nolst Trenité 1928, p. 151 noemt beursconditiën een stel bepalingen, welke te Amsterdam door de Vereeniging van Assuradeuren, te Rotterdam door de voornaamste verzekeraars, later door de Vereeniging van Assuradeuren aldaar zijn vastgesteld en die naar de mate van de behoeften der praktijk worden gewijzigd en aangevuld.

7 Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 9. Dorhout Mees 1967, r.n. 108.

8 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/347 die daaraan de conclusie verbinden dat een methode van uitleg die dichter aansluit bij de (subjectieve) Haviltex-norm en waarin primair aansluiting wordt gezocht bij ter beurze geldende gebruiken en opvattingen meer in de rede ligt dan de toepassing van de meer objectieve CAO-norm.

9 Waar ik in dit hoofdstuk de term 'verzekeraar' gebruik, worden daaronder ook gevolmachtigd agenten begrepen.

7.2.2.2 Makelaarspolis en makelaarsvoorwaarden

Een eerste specifieke beurspolis die bespreking verdient, is de makelaarspolis. Vanouds is voor het opstellen van de verzekeringsovereenkomst in coassurantie een belangrijke rol weggelegd voor de makelaar. De makelaar is immers degene die in opdracht van de klant het risico inventariseert, daarbij passende voorwaarden opstelt en op zoek gaat naar geschikte verzekeraars die het risico kunnen en willen verzekeren. De makelaar kan er dan voor kiezen om, hetzij met eigen (makelaars)voorwaarden te werken, hetzij gebruik te maken van de voorwaarden uit standaardbeurspolissen. De makelaarspolis kan daarmee bestaan uit gestandaardiseerde beursvoorwaarden, eventueel aangevuld met zelf geformuleerde makelaarsclausules waarmee een uitzondering of uitbreiding kan worden gemaakt op de dekking die is neergelegd in de standaardbeursvoorwaarden.[10] Makelaarspolissen zijn dus door een makelaar zelfstandig opgestelde polisvoorwaarden op basis waarvan hij risico's verzekert.

De vraag kan worden gesteld waarom een makelaar ervoor kiest te werken op basis van zijn eigen voorwaarden. Gedacht kan worden aan het marketingaspect, de mogelijkheid het product aan te passen aan de eigen doelgroep, het actualiseren van de dekking en het ontbreken van beursmodellen voor bepaalde risicogroepen.[11] Dat laatste aspect is bijvoorbeeld duidelijk zichtbaar bij de verzekering van nieuwe risico's, zoals cyberrisico's. Voor de verzekering van die risico's waarvoor (nog) geen standaardbeurspolissen zijn ontwikkeld zijn makelaars degenen die producten en voorwaarden opstellen/ontwikkelen. Niet alleen makelaars, maar ook verzekeraars hanteren hun eigen polisvoorwaarden voor dergelijke risico's en concurreren op die manier met elkaar. Bovendien zullen over het algemeen de makelaarsvoorwaarden per makelaarskantoor verschillend zijn en dat is ook een manier waarop zij zich van elkaar op de markt onderscheiden. Verzekeraars die met bepaalde makelaars vaker zaken doen zullen bekend zijn met de door de makelaars gebruikte polissen wat de totstandkoming van de polis versnelt.

Hoe verhouden de beurs- en makelaarspolis zich nu tot elkaar? Illustratief is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een zaak waar in een door tussenkomst van een makelaar gesloten verzekeringsovereenkomst de voorwaarden van de Nederlandse Beurs-Cascopolis voor de binnenvaart van toepassing waren verklaard:

> '5.14 (…) Partijen twisten over de vraag of de verzekering geldt als een zogenaamde beurspolis dan wel als een makelaarspolis (verzekeraars). De rechtbank is van oordeel dat de onderhavige verzekering moet worden beschouwd als makelaarspolis. Verzekeraars hebben onbetwist gesteld (…) dat [verzekeringsmakelaar] zich bij hen op enig moment namens Princess heeft gemeld, de [naam schip, *Horizon, toev. GTB]* ter verzekering heeft aangeboden en offertes heeft gevraagd, waarna de verzekering tot stand is gekomen. Die gang van zaken komt niet overeen met de wijze waarop een beurspolis in het algemeen tot stand komt. Bij pleidooi

10 Soeteman 2006, p. 419.
11 Leliveld 2017, p. 121 e.v.

ONDER EMBARGO

> hebben verzekeraars bovendien onweersproken gesteld dat een aantal van de toepasselijke clausules door [verzekeringsmakelaar] is ontwikkeld. Dat daarnaast ook gebruik is gemaakt van beursvoorwaarden doet daaraan niet af. Die beursvoorwaarden zijn kennelijk onderdeel geworden van het door [verzekeringsmakelaar] aangeboden pakket aan voorwaarden. Het voorgaande betekent dat de vraag wat partijen (ten aanzien van de dekking) zijn overeengekomen moet worden beantwoord op basis van het Haviltex-criterium, waarbij [verzekeringsmakelaar] met betrekking tot de clausules SC 1200 (*beperking van de risico's van ombouw- en/of verbouw, GTB) en SC 6196 (clausule verzekerde waarde, GTB*) als opsteller van de tekst geldt. Toepassing van het Haviltex-criterium laat overigens onverlet dat gewicht toekomt aan de normale betekenis van de gebruikte bewoordingen.'[12]

De rechtsoverweging maakt duidelijk dat een makelaarspolis clausules bevat die door een makelaar zijn opgesteld, waarbij ook gebruik kan zijn gemaakt van voorwaarden afkomstig van door verzekeraars opgestelde beurspolis. Hoewel de rechtbank verwijst naar de gang van zaken waarop een beurspolis in het algemeen tot stand komt, geeft zij daarover jammer genoeg geen nadere toelichting. Uit de context kan worden afgeleid dat de rechtbank doelt op de door verzekeraars opgestelde variant van een beurspolis. Voorwaarden welke afkomstig zijn van een beurspolis kunnen dus wel onderdeel uitmaken van het pakket voorwaarden dat door een makelaar wordt aangeboden. Het begrip beursvoorwaarden is dus dubbelzinnig: het kan gaan om de voorwaarden van een makelaarspolis of om de clausules van initieel door verzekeraars opgestelde condities de zogenaamde beurscondities.

7.2.2.3 VNAB Modelpolissen

Verzekeringsovereenkomsten werden op de beurs (en nu: via het elektronische beursverkeer) gesloten op basis van standaardformulieren, waarvan werd afgeweken voor zover dat in een concreet geval noodzakelijk werd geacht.[13] Tot de invoering van de Franse wetgeving in het begin van de 19e eeuw was het gebruik van deze standaardpolissen zelfs verplicht.[14] Nog steeds is het een gebruik in de coassurantiemarkt dat verzekeraars en makelaars gezamenlijk beurspolissen (aangeduid als modelvoorwaarden) vaststellen die zij als uitgangspunt kunnen hanteren voor de verzekering van risico's op de coassurantiemarkt.[15] De vaststelling en verspreiding van modelvoorwaarden vindt plaats binnen de VNAB. De standaardbeurspolissen worden door de VNAB verspreid onder haar leden als modelvoorwaarden waarvan in individuele gevallen kan worden afgeweken. In de praktijk ontwikkelen grote makelaarskantoren op basis van de beurspolissen ook eigen model beursvoorwaarden die zij onder de op de beurs actief zijnde verzekeraars verspreiden als de door hen gevoerde modellen die als basis dienen

ONDER EMBARGO

12 Zie Rb. Rotterdam,24 november 2010, *S&S* 2011/104, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7261 (*Horizon/(Ex Easy Cruise s*)). De Rb. doelt met de term 'beurspolis' kennelijk op de door verzekeraars opgestelde polis en met 'beursvoorwaarden' op de clausules in die polis. Zie voor de vraag welk uitleg criterium op welke (vorm van) overeenkomst van toepassing is Leliveld 2017, p. 129 e.v., en N. van Tiggele-van der Velde, *AV&S* 2012/9, p. 87.

13 Scheltema/Mijnssen 1978, p. 25; Dorhout Mees 1967, p. 99. Scheltema/Mijnssen 1978, p. 25.

14 Scheltema/Mijnssen 1978, p. 25; Dorhout Mees 1967, r.n. 108. Zie ook: Van Barneveld 1951, p. 197.

15 Scheltema/Mijnssen 1978, p. 25.

voor individuele verzekeringsovereenkomsten.[16] Het kan ook zijn dat een verzekering wordt gesloten op basis van de voorwaarden van een (leidende) verzekeraar of op basis van de hiervoor besproken makelaarsvoorwaarden.[17]

Er zijn diverse modelvoorwaarden in omloop (waarvan sommige ook in het Engels beschikbaar zijn gesteld):

- Nederlandse Beursvoorwaarden voor Brandverzekering (NBB)
- Nederlandse Beursvoorwaarden voor Bedrijfsschadeverzekering Uitgebreide Gevaren (NBBU)
- Nederlandse Beursvoorwaarden voor Uitgebreide Gevarenverzekering (NBUG)
- Nederlandse Beursvoorwaarden voor Zaak- en Bedrijfsschadeverzekering (NBZB)
- Nederlandse Beurspolis voor Bouw- en Montagewerken (NBBM)
- Modelpolis Aansprakelijkheid uit Logistieke Diensten (MAUL)
- Nederlandse Beurs-Cascopolis voor de binnenvaart (NBCP)
- Nederlandse Beurs-Goederenpolis (NBGP)
- Nederlandse Beurspolis voor Landmateriaal (NBPL)
- Nederlandse Beurspolis voor Aansprakelijkheid (NBA)

Uit de procedure voor het ontwikkelen van modelvoorwaarden- en clausules van de VNAB blijkt dat het onderhouden van bestaande modelvoorwaarden en het ontwikkelen van nieuwe voorwaarden de taak is van de technische commissies op de gebieden brand, engineering, transport en varia.[18] De technische commissies zijn samengesteld uit en vertegenwoordigen zowel verzekeraars als makelaars die in de coassurantiemarkt actief zijn.[19] Voor het creëren van voldoende draagvlak worden aangepaste modelvoorwaarden voorgelegd aan zakelijke partners zoals het Verbond en het Adfiz.[20] Naast de modelpolissen bestaan er ook allerlei bijzondere modelclausules die in bepaalde specifieke gevallen kunnen worden toegevoegd aan de polis.[21] Te denken valt aan de sanctieclausule[22] en de clausule voor de aansprakelijkheid bij tentoonstellingen.[23] In de praktijk zal een verwijzing zijn opgenomen op het polisblad als de VNAB voorwaarden worden overeengekomen, waardoor duidelijk wordt gemaakt welke voorwaarden precies zijn overeengekomen.[24]

ONDER EMBARGO

16 Leliveld 2017, p. 121.
17 Leliveld 2017, p. 121.
18 Zie de Procedure ontwikkelen modelvoorwaarden- en clausules (beschikbaar gesteld op de website van de VNAB, zie: https://www.vnab.nl/nl-NL/Kennis-1/Modelvoorwaarden-en-clausules).
19 Zie: https://www.vnab.nl/CmsData/Others/Taakomschrijving%20TC.pdf.
20 Procedure ontwikkelen modelvoorwaarden- en clausules (beschikbaar gesteld op de website van de VNAB, zie: https://www.vnab.nl/nl-NL/Kennis-1/Modelvoorwaarden-en-clausules).
21 Eveneens te raadplegen via: www.vnab.nl/nl-NL/Kennis-1/Modelvoorwaarden-en-clausules.
22 Deze luidt als volgt: "Modelclausule uitsluiting in verband met sancties en/of handelsbeperkingen: De verzekeraar is niet gehouden om dekking of schadeloosstelling te bieden krachtens deze verzekering, indien dit een inbreuk zou vormen op sanctiewet- en regelgeving uit hoofde waarvan het de verzekeraar verboden is om krachtens deze verzekering dekking te bieden of een schadeloosstelling uit te keren."
23 Deze luidt als volgt: "A 12 Tentoonstellingen: In afwijking van het bepaalde in artikel 3.1. van de Algemene voorwaarden, is wel verzekerd de aansprakelijkheid voor schade aan gebouwen en/of terreinen en/of ruimten die aan een verzekerde, al dan niet tegen betaling, ter beschikking zijn gesteld voor deelneming aan tentoonstellingen, beurzen en manifestaties".
24 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2015:5709. Gerechtshof Den Haag, 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2367. Ktr Rotterdam (vzr) 10 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9800 (*Graansloot/Reaal c.s.*), S&S 2016/12.

De modelvoorwaarden zijn uitdrukkelijk niet-bindend van aard. Zij worden verspreid onder vermelding van de volgende tekst:

> 'De VNAB polisvoorwaarden en clausules zijn niet bindend. Zij dienen slechts als model waarvan door middel van wijzigingen, aanvullende bepalingen en/of clausules kan worden afgeweken. Het staat VNAB-marktpartijen vrij om andere polisvoorwaarden aan hun klanten aan te bieden.'[25]

De leden van de ondernemersvereniging (brancheorganisatie) VNAB behouden dus de vrijheid om als ondernemer zelfstandig marktbeslissingen te nemen. Ook in Engeland zien we een vergelijkbare toelichting bij de polissen die worden verspreid door de Lloyds Market Association:

> 'These model clauses are purely illustrative and distributed for the guidance of Members, who are free to agree to different conditions. All of the model clauses published in the suite may also be used in reinsurance contracts.'[26]

Ik zal op deze wijze van verspreiding terugkomen in par. 7.3.2.3. Hieronder bespreek ik eerst nog de maatschappijpolissen.

7.2.2.5 Maatschappijpolissen

Bij de verzekering op de coassurantiemarkt kan ook worden verzekerd op grondslag van maatschappijpolissen. Het gaat dan om de (standaard)polisvoorwaarden die zijn opgesteld door een verzekeringsmaatschappij. Maatschappijpolissen kunnen voorwaarden bevatten die zijn overgenomen uit de model-beurspolissen. Tevens is voorstelbaar dat aan de tekst van maatschappijpolissen in de sluitfase of daarvoor overleg met makelaars ten grondslag heeft gelegen. Het gebruik van een maatschappijpolis kan aan de orde zijn in de situatie dat een verzekeraar een risico geheel voor zijn rekening neemt. Voorstelbaar is dat dan wordt verzekerd op basis van diens eigen polisvoorwaarden. Daarnaast is het mogelijk dat een makelaar een risico onderbrengt bij verzekeraars tegen voorwaarden die door de leidende verzekeraar zijn opgesteld. Ook dan wordt dus verzekerd op basis van een maatschappijpolis.

Kortom, er zijn verschillende polissen bij de verzekering op de coassurantiemarkt in omloop. Voordat ik het gebruik van standaardpolisvoorwaarden toets aan het kartelverbod, bespreek ik voor een goed begrip van de materie de functies van het gebruik van standaardpolissen bij coassurantie.

ONDER EMBARGO

25 Zie: http://www.vnab.nl/nl-NL/Kennis-1/Modelvoorwaarden-en-clausules.
26 Zie: http://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Non-Marine/wordings_forum/inurance_act_clauses_guidance.aspx en http://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Wordings/Wordings_Forum/LMA/Underwriting/Non-Marine/wordings_forum/WordingsContractsForum.aspx?hkey=f9303173-e1ae-486a-82aa-fe4b67c382ee.

7.2.3 De functies van standaardpolissen

Welke functies hebben standaardpolisvoorwaarden bij de verzekering op de coassurantiemarkt? De behoefte aan het gebruik van standaardpolissen is in de eerste plaats te verklaren doordat het bij coassurantie in de regel gaat om omvangrijke en complexe risico's waarvoor meerdere verzekeraars moeten worden betrokken. Standaardpolisvoorwaarden hebben dan vooral een praktisch nut: als met elke verzekeraar afzonderlijk over de voorwaarden moet worden onderhandeld, verloopt het sluitingsproces omslachtiger. Er wordt daarom wel gesteld dat het bevorderlijk is voor het verzekeren in coassurantie als verzekeraars bekend zijn met de voorwaarden waartegen het risico wordt aangeboden en zelfs in de gelegenheid zijn geweest op de samenstelling daarvan invloed uit te oefenen, althans weten wie voor de samenstelling verantwoordelijk waren.[27] Verzekeraars en makelaars kunnen gemakkelijker zaken doen als zij van te voren al overeenstemming hebben bereikt over de voorwaarden waaronder risico's worden geaccepteerd. Een van de functies van het gebruik van standaardpolissen is dus dat zij het gemakkelijker/efficiënter maken om risico's in coassurantie te sluiten. Verder kan gedacht worden aan transparantie en overzichtelijkheid van de voorwaarden. Het is transparant voor partijen in de markt, zowel voor verzekeraars, makelaars als verzekeringnemers, als wordt gewerkt met een basispolis die aangeeft onder welke voorwaarden risico's in coassurantie verzekerd kunnen worden. Juist omdat er meerdere verzekeraars kunnen worden betrokken, is het bovendien overzichtelijk voor en biedt het zekerheid aan een verzekeringnemer als dezelfde voorwaarden worden gehanteerd. Dit heeft vooral nut in de fase van de schadeafhandeling. Het is niet handig als het risico tegen verschillende voorwaarden bij de risicodragers is ondergebracht. Wanneer elke verzekeraar met zijn eigen polis en condities zou werken, kan dat leiden tot een gecompliceerde schadeafwikkeling- en administratie.[28]

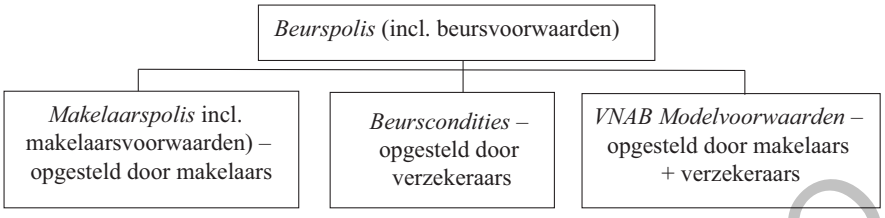
7.2.4 Tussenconclusie

Hierboven besprak ik het gebruik van (gemeenschappelijke) standaardpolisvoorwaarden bij de verzekering in coassurantie. De verschillende begrippen die in de praktijk worden gebruikt voor de voorwaarden om risico's in coassurantie te verzekeren, heb ik verduidelijkt. Samenvattend kan het begrip beurspolis worden opgevat als een verzamelbegrip dat zowel makelaarspolissen als beurscondities omvat. Het begrip 'beursvoorwaarden' is dubbelzinnig: het kan gaan om de voorwaarden van een makelaarspolis of om de clausules van initieel door verzekeraars opgestelde condities, de zogenaamde beurscondities. Samenwerking over de inhoud van de standaardpolissen vindt plaats binnen het verenigingsverband van de VNAB. De standaardpolisvoorwaarden die door samenwerking tussen verzekeraars en makelaar binnen de VNAB worden vastgesteld zijn modelvoorwaarden waarvan het de leden vrijstaat om daar in individuele gevallen van af te wijken. Geconcludeerd kan worden dat bij de verzekering 'ter beurze' veelal gebruik wordt gemaakt van standaardbeurspolissen hetzij in (standaard) makelaarspolissen of beurscondities. Hierna spreek ik over standaardvoorwaarden

27 Leliveld 2017, p. 120.
28 Van Barneveld 1951, p. 197.

ONDER EMBARGO

als ik de voorwaarden bedoel die door samenwerking tussen verzekeraars en/of makelaars zijn opgesteld in verband met coassurantie en/of coassurantiepools. Omwille van het overzicht, geef ik hieronder de relaties in een figuur weer:



7.3 Toetsing van standaardvoorwaarden aan het kartelverbod

In deze paragraaf zal ik het gebruik van standaardvoorwaarden toetsen aan het kartelverbod. Het gaat dan standaardvoorwaarden die worden gebruikt in de diverse polissen die in de vorige paragraaf zijn uiteengezet, mits daaraan samenwerking tussen concurrenten ten grondslag ligt. Ik werk dat aspect van in deze paragraaf verder uit. Onder 7.3.1 toets ik standaardbeurspolissen aan de voorwaarden van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Voor zover daaraan is voldaan en blijkt dat standaardvoorwaarden een kartel opleveren, is het relevant om de uitzondering op het kartelverbod te bespreken. Bij de toets aan de vier voorwaarden die daarvoor gelden, sta ik onder 7.3.2.

Van belang voor de bespreking in deze paragraaf is dat voor het vaststellen van gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden in de verzekeringssector jarenlang door de Europese Commissie bij verordening een groepsvrijstelling werd gegeven van het kartelverbod.[29] Dit hield in dat samenwerking tussen verzekeraars ten aanzien van het vaststellen van niet-bindende standaardpolisvoorwaarden werd vrijgesteld van het kartelverbod, doordat de vier voorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag op deze vorm van samenwerking van toepassing werden verklaard. Op 24 maart 2010 is aan deze bijzondere groepsvrijstelling echter een einde gekomen doordat de Europese Commissie de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor overeenkomsten tussen verzekeraars op het gebied van standaardpolisvoorwaarden niet heeft verlengd.[30] Dat betekent concreet dat het gebruik van gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden tegenwoordig buiten een groepsvrijstelling om moet worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 101 van het Werkingsverdrag, hetzij artikel 6 van de Mededingingswet. Hoewel er dus geen groepsvrijstelling voor verzekeringen meer bestaat, kunnen toch relevante aanknopingspunten ten aanzien van het toetsen van standaardvoorwaarden aan het kartelverbod uit de

29 Verordening 3932/92, blz. 7 en Verordening 358/2003, blz. 8.
30 Verordening 267/2010, blz. 1 met de daarbij behorende 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, van 30 maart 2010, blz. 20.

UNDER EMBARGO

vorige groepsvrijstellingsverordeningen worden afgeleid. Dat is de reden dat in deze paragraaf met regelmaat wordt verwezen naar de criteria op grond waarvan in de oude groepsvrijstellingsverordeningen een vrijstelling werd verleend voor samenwerking op het gebied van het vaststellen en het gebruik van standaardpolisvoorwaarden.

De eerste vraag bij het toetsen van standaardvoorwaarden (bij coassurantie) aan het kartelverbod, is de of sprake is van een overeenkomst, onderling afgestemd feitelijk marktgedrag of een besluit van een ondernemersvereniging. Het antwoord op die vraag staat centraal in par. 7.3.1.1.

7.3.1 Standaardbeurspolissen: een kartel?

7.3.1.1 Onderlinge afspraken, afgestemd marktgedrag en/of een besluit van een ondernemersvereniging?

Het Europese kartelverbod is als gezegd te vinden in artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en komt er in de kern op neer dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van een ondernemersvereniging die ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging op de interne markt wordt beperkt, zijn verboden. In artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet is het kartelverbod opgenomen voor kartels die alleen invloed hebben op de mededinging op de Nederlandse markt. Bij de bespreking van het kartelverbod ga ik uit van artikel 101 van het Werkingsverdrag, gelet op de onderlinge verhouding tussen beide wetsartikelen en het feit dat artikel 6 van de Mededingingswet nauw aansluit bij het Europese mededingingsrecht.

Het kartelverbod richt zich kort gezegd tot ondernemingen en verbiedt hen 'afspraken' te maken die de mededinging beperken.[31] Zoals uit de bespreking hierna zal blijken, is een besluit van een ondernemersvereniging de categorie die in het bijzonder relevant is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van standaardvoorwaarden onder het kartelverbod. Onder deze vorm van samenwerking vallen bijvoorbeeld de aanbevelingen van brancheorganisaties om bepaalde polis clausules te gebruiken.

Het feit dat het kartelverbod zich richt tot ondernemingen betekent dat standaardvoorwaarden slechts onder het toepassingsbereik van het kartelverbod kunnen vallen voorzover overeenstemming tussen ondernemingen aan het hanteren van die voorwaarden ten grondslag ligt. Die overeenstemming kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat voorwaarden gezamenlijk worden vastgesteld in een brancheorganisatie (waarin ondernemingen zich hebben verenigd). Het kartelverbod is niet van toepassing op standaardpolisvoorwaarden waaraan geen vorm van coördinatie tussen met elkaar concurrerende ondernemingen ten grondslag ligt, hetzij in de vorm van een overeenkomst, afgestemd marktgedrag of een besluit van een ondernemersvereniging. Dat betekent dat standaardproductvoorwaarden

31 Een afspraak omvat overeenkomsten, onderlinge afstemming van marktgedrag en/of besluiten van een ondernemersvereniging.

ONDER EMBARGO

die zelfstandig door een individuele verzekeraar of makelaar voor eigen gebruik zijn opgesteld, buiten de toepassing zullen vallen van het kartelverbod.[32]

Meest in het oog springend voor de toetsing van standaardpolisvoorwaarden op de coassurantiemarkt aan het kartelverbod is, zoals gezegd, de categorie 'besluit van een ondernemersvereniging'. Tevens kunnen 'afspraken' aangeduid als onderling afgestemd feitelijk marktgedrag relevant zijn voor de beoordeling van standaardbeurspolissen. Beide type kartelovereenkomsten bespreek ik hieronder.

Besluit van een ondernemersvereniging

In hoofdstuk 2 van dit boek heb ik reeds aangegeven wanneer in het mededingingsrecht gesproken wordt van een besluit van een ondernemersvereniging.[33] Kort samengevat vallen daaronder zowel de juridisch bindende beslissingen als de niet-bindende beslissingen (aanbevelingen) die door de leden van een ondernemersvereniging (VNAB, Verbond) in de regel worden opgevolgd (en daardoor feitelijk in de praktijk wel tot afstemming leiden). Daarom vallen ook de als vrijblijvend gepresenteerde aanbevelingen, waarbij degenen tot wie die gericht zijn te kennen hebben gegeven dat zij die aanbeveling zullen opvolgen, onder de reikwijdte van het besluitbegrip.[34] Illustratief is het *Sachversicherer*-arrest. In dit arrest ging het om een beroep van het 'Verband der Sachversicherer', daarin ondersteunt door het 'Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft', tegen de beschikking van de Europese Commissie van 5 december 1984, waarbij werd vastgesteld dat een aanbeveling tot verhoging van de premietarieven voor brandverzekeringen ertoe strekt de mededinging te beperken.[35] Het Hof stelt (in de hieronder opgenomen overwegingen 28 t/m 32) vast dat de Europese Commissie, ondanks dat de aanbeveling vrijblijvend van aard was, niettemin kon concluderen dat sprake was van een besluit in de zin van het kartelverbod:

> 28. Volgens de Commissie is het Verband der Sachversicherer statutair bevoegd, het marktgedrag van zijn leden te regelen. Het deskundigencomité waarvan de aanbeveling afkomstig is, zou statutair bevoegd zijn, besluiten te nemen en aanbevelingen te doen die de vereniging binden. Voorts zouden aanbevelingen van een ondernemersvereniging, die door haar comités zijn uitgewerkt en vervolgens ter kennis van haar leden gebracht, de uitdrukking zijn van een onderling afgestemde gedraging van de bij die vereniging aangesloten ondernemingen met de bedoeling, hun onderlinge mededinging te beperken.
>
> 29. In dit verband moet met verschillende elementen rekening worden gehouden. *In de eerste plaats staat vast, dat de bij het Verband der Sachversicherer aangesloten verzekeringsondernemingen een gemeenschappelijk belang hadden bij sanering van de markt door middel van verhoging van de premies, die in de sector van de industriële brandverzekering tussen 1973 en 1980 aanzienlijk waren gedaald, terwijl de schade- en kostenquoten van de verzekeraars in dezelfde periode niet wezenlijk waren veranderd (curs, GTB).* Volgens de in zoverre onbestreden vaststelling in de beschikking hebben de verzekeringsondernemingen op deze negatieve tendens niet individueel met een premieverhoging gereageerd, omdat zij als samengestelde vennootschappen of tot een

32 Richtsnoeren Horizontalen, punt 260.
33 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.1.1.
34 HvJ EG 19 oktober 1980, gevoegde zaken 209-212/78, *Jur.* 1980, p. 3125-3281 (*Fedetab*).
35 Beschikking van de Commissie van 5 december 1984 (IV/30.307), *Pb* 1985 L 35/20.

ONDER EMBARGO

concern behorende ondernemingen in meerdere branches van de verzekering van industriële risico's bedrijvig waren; zij poogden derhalve, in andere branches belangrijke transacties binnen te halen door hun industriële klanten voor brandverzekeringscontracten premies aan te rekenen die niet kostendekkend waren.

30. In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de aard van de aanbeveling zelf. Ofschoon deze onverbindend heet te zijn, schrijft zij dwingend een collectieve, forfaitaire en lineaire premieverhoging voor. Dat zulks de bedoeling was, blijkt overigens uit de omstandigheid dat de Duitse herverzekeringsondernemingen kort na de mededeling van de aanbeveling aan de leden van het Verband der Sachversicherer besloten, om in hun herverzekeringscontracten betreffende dezelfde risico's een speciale „premieberekeningsclausule" op te nemen, volgens welke een niet met de aanbeveling strokende tarifering in geval van schade als onderverzekering zou worden beschouwd.

31. In de derde plaats blijkt uit verzoekers statuten, dat hij bevoegd is om de activiteiten van zijn leden, onder meer op mededingingsgebied, te coördineren, dat het deskundigencomité industriële risico's tot taak heeft, het tariefbeleid van de leden te coördineren, en dat besluiten of aanbevelingen van dat comité definitief zijn, tenzij een daartoe uitdrukkelijk aangewezen orgaan goedkeuring door het hoofdcomité verlangt.

32. Op grond van het voorgaande moet worden vastgesteld dat de aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave was van verzoekers wil om het gedrag van zijn leden op de Duitse verzekeringsmarkt overeenkomstig de aanbeveling te coördineren. Zij vormt derhalve een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1,EEG-Verdrag [het huidige art. 101 lid 1 van het Werkingsverdrag, GTB].[36]

Uit de hierboven opgenomen overwegingen van het Hof valt af te leiden dat voor het vaststellen van een besluit met verschillende elementen rekening moet worden gehouden. Het Hof noemt in ro. 29 het gemeenschappelijk belang van de bij het Verband der Sachversicher aangesloten verzekeringsondernemingen bij de verhoging van de premies. Op de negatieve tendens in de sector industriële brandverzekering hadden de verzekeraars niet individueel met een premieverhoging gereageerd, terwijl dat gelet op de hoogte van de schade en de kosten wel voor de hand zou hebben gelegen. De vraag kan rijzen of de overweging van het Hof anders zou zijn geweest als de schade- en kostenquoten van de verzekeraars in de desbetreffende periode wel wezenlijk waren veranderd. Dat lijkt mij niet het geval. Ook als de premies wel kostendekkend zouden zijn geweest (in die zin dat de schadelast lager zou was in de desbetreffende periode), en er dus in mindere mate een gemeenschappelijk belang achter het besluit schuilging (de noodzaak tot premieverhoging zou minder sterk aanwezig zijn), zou het enkele feit dat de ondernemersvereniging een premieverhoging voorschrijft die door de leden wordt opgevolgd al de mededinging beperken. Het tweede element dat het Hof noemt in ro. 30, de aard van de aanbeveling, is wezenlijk (geworden) voor de interpretatie van het besluitbegrip. Het Hof leidt uit de omstandigheid dat de Duitse herverzekeraars kort na de mededeling van de aanbeveling een ‘premieberekeningclausule’ opnamen in hun herverzekeringscontracten de bedoeling af dat de aanbeveling, ofschoon zij ‘onverbindend’ was, toch een dwingende premieverhoging voorschreef. Het besluitbegrip wordt door het Hof

36 HvJ EG 27 januari 1987, C-45/85, *Jur.* 1987, 415 (*Verband der Sachversicherer/Commissie)*.

ONDER EMBARGO

dus ruim geïnterpreteerd; ook niet bindende aanbevelingen kunnen eronder vallen. Ten slotte is relevant dat uit ro. 31 (in samenhang gelezen met ro. 28) volgt dat de ondernemersvereniging statutair bevoegd was om het tariefbeleid en daarmee het marktgedrag van de leden te regelen/coördineren. Het Hof komt (in ro. 32) tot de slotsom dat de aanbeveling, ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave vormde om het gedrag van de leden op de Duitse verzekeringsmarkt te coördineren. De aanbeveling was daarmee in besluit in de zin van het mededingingsrecht.

Het arrest laat zien dat van een besluit sprake zal zijn als de wil van de ondernemersvereniging erop is gericht om het gedrag van de leden op een bepaalde markt te coördineren. De ruime interpretatie van het begrip 'besluit' in het mededingingsrecht betekent dat standaardvoorwaarden die worden verspreid op de Nederlandse verzekeringsmarkt eveneens onder de reikwijdte van het besluitbegrip kunnen vallen. De VNAB en het Verbond coördineren als brancheorganisaties immers niet alleen het proces waarbij er tussen (vertegenwoordigers van) de makelaar- en verzekeraars die lid zijn van de VNAB en het Verbond wordt samengewerkt over standaardvoorwaarden maar stelt de uit dat overleg voortvloeiende voorwaarden ook vast en verspreid deze onder haar leden. Weliswaar is aangegeven dat deze standaardvoorwaarden van de VNAB (de VNAB modelvoorwaarden) niet-bindend zijn en dat zij slechts dienen als model waarvan door middel van wijzigingen, aanvullende bepalingen en/of clausules kan worden afgeweken. In zoverre zou er geen sprake zijn van een juridisch bindend besluit. Maar, zoals ik aangaf, kunnen ook niet-bindende besluiten en zelfs adviezen en aanbevelingen onder het mededingingsrechtelijke begrip 'besluit' vallen. Ondanks de mogelijkheid dat van de modelpolisvoorwaarden kan worden afgeweken, kan daarom niet worden uitgesloten dat zij onder omstandigheden mededingingsrechtelijk onder het besluitbegrip kunnen vallen.[37]

Indien de onderhavige VNAB-besluiten en/of aanbeveling van het Verbond tot vaststelling van standaardpolisvoorwaarden mededingingsrechtelijk een besluit opleveren, is het vervolgens de vraag of dat besluit de strekking of het gevolg heeft om de mededinging op de coassurantiemarkt te beperken. Het antwoord op die vraag staat centraal in par. 7.3.1.2 van dit hoofdstuk. Eerst bespreek ik nog de vraag of standaardpolisvoorwaarden kunnen resulteren in een kartelgedraging op grond van de categorie onderling afgestemd feitelijk marktgedrag. Een 'kartelafspraak' kan immers trekken hebben van een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dat betekent dat niet per se voldaan hoeft te zijn aan het begrip 'besluit' om onder het toepassingsbereik van het kartelverbod te vallen. Ook standaardvoorwaarden die kunnen worden beschouwd als een onderlinge afstemming van marktgedrag vallen onder het kartelverbod. Dat aspect behandel ik in de volgende paragraaf.

37 De vraag kan rijzen hoe het zit met een aanbeveling/suggestie van bijvoorbeeld het Verbond over het gebruik van een nieuwe uitsluitingsclausule (zoals een opzetclausule) in verzekeringspolissen. Ik kom op het gebruik van uitsluitingsclausules en de toetsing daarvan aan het mededingingsrecht terug in par. 7.3.1.2.

ONDER EMBARGO

Onderlinge afstemming van marktgedrag

Het gebruik van dezelfde standaardpolisvoorwaarden door verzekeraars kan als gezegd ook de uitdrukking zijn van onderling afgestemd marktgedrag. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat daarmee wordt bedoeld een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt welbewust de risico's van onderlinge concurrentie uitschakelt.[38] Een bekend voorbeeld hiervan is te vinden in het *T-Mobile*-arrest waarin werd vastgesteld dat vijf operators van mobiele telecommunicatiediensten op de Nederlandse markt (T-Mobile, KPN, Dutchtone NV, thans Orange, Libertel-Vodafone NV, thans Vodafone en Telfort Mobiel BV, thans Telfort), waren samengekomen om een verlaging te bespreken van de standaard dealervergoeding en dat daarbij tevens vertrouwelijke informatie was uitgewisseld. Door het Hof wordt met betrekking tot de vraag of de onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, overwogen dat daarvan reeds sprake is indien de gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben.[39] Het Hof overweegt dat de uitwisseling van informatie tussen concurrenten op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad – waar in het arrest sprake van was vanwege onder meer het gering aantal aanbieders en de hoge toetredingsdrempels – de ondernemingen in staat stelt om kennis te krijgen van de marktpositie en de marketingstrategie van hun concurrenten waardoor de nog resterende mededinging merkbaar wordt beïnvloed.[40] De uitwisseling van informatie tussen concurrenten is daarom ook in strijd met het mededingingsrecht als zij de onzekerheid over de marktwerking vermindert of wegneemt waardoor de mededinging wordt beperkt.[41] Voor het aannemen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken is bovendien, zo volgt uit het arrest, niet noodzakelijk dat een rechtstreeks verband met de gebruikersprijzen bestaat.[42]

In de vertaling naar de markt waar dit onderzoek zich op richt zullen standaardpolisvoorwaarden vaak geen rechtstreeks verband hebben met de in rekening te brengen premies. Toch valt een indirect verband niet helemaal uit te sluiten. Het gebruik van bepaalde standaardvoorwaarden kunnen ook indirect verband vertonen met de in rekening te brengen premie.[43] Bijvoorbeeld het uitsluiten van bepaalde risico's in polissen. Uit T-Mobile volgt echter dat een uitwisseling van informatie, ook al is deze indirect van invloed op de consumentenprijzen, een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben. Waar het bij het in kaart brengen van de

ONDER EMBARGO

38 HvJ EG 14 juli 1972, C-48/69, *Jur.* 1972, ro. 64 (*ICI*); Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, C-49/92 P, *Jur*. 1999, p. I-4125, ro. 115 met verdere verwijzingen (*Anic Partecipazioni*). Vgl. de Richtsnoeren Horizontalen, punt 60-63. Voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging is niet vereist dat partijen gezamenlijk een plan hebben opgesteld (HvJ EG C-7/95 P, ro. 86 (*John Deere*)).

39 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, Jur. 2009, p. I-4529 (*T-Mobile Netherlands e.a*), ro. 31.

40 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, Jur. 2009, p. I-4529 (*T-Mobile Netherlands e.a*), ro. 34.

41 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, Jur. 2009, p. I-4529 (*T-Mobile Netherlands e.a*), ro. 35 onder verwijzing naar arrest *Deere/Commissie*, punt 90, en arrest van 2 oktober 2003, *Thyssen Stahl/Commissie*, C-194/99 P, *Jurispr*. blz. I-10821, punt 81.

42 HvJ EU 4 juli 2009, C-8/08, Jur. 2009, p. I-4529 (*T-Mobile Netherlands e.a*), ro. 39.

43 Zie ook: de Beschikking van de Europese Commissie, van 20 december 1989, IV/32.265, PbEG 1990 L 15/25, (*Concordato Incendio)* rn. 19 waarin het ging om samenwerking tussen Italiaanse verzekeraars ten aanzien van de vaststelling van nettopremietarieven en algemene standaardcondities op de markt voor de brandverzekering van industriële risico's.

toepasselijkheid van de categorie 'onderling afgestemd marktgedrag' hier echter om gaat, is dat onderlinge afstemming van marktgedrag kan worden aangenomen als verzekeraars dezelfde polisvoorwaarden hanteren, waardoor zij hun zelfstandigheid in de productvormgeving en marktpositionering hebben prijsgegeven, mits aan het gebruik daarvan afstemming ten grondslag ligt. Te denken valt bijvoorbeeld aan het hanteren van dezelfde (maximale) dekkingsomvang. Parallel marktgedrag is bijvoorbeeld ook aanwezig bij het gebruik van dezelfde polisvoorwaarden bij coassurantie of in een pool. Voorzover daar afstemming aan ten grondslag ligt, zou eveneens sprake kunnen zijn van onderling afgestemd feitelijk marktgedrag. Wanneer verzekeraars ten aanzien van standaardpolisvoorwaarden informatie uitwisselen of komen tot een afspraak om dezelfde voorwaarden te gebruiken, is er bewijs voor afstemming en resteert mededingingsrechtelijk de vraag of dit de mededinging beperkt. In de volgende paragraaf werk ik dat aspect verder uit.

7.3.1.2 Verhindering, beperking of vervalsing van de concurrentie?

Indien kan worden geconstateerd dat aan het hanteren van bepaalde standaard-polisvoorwaarden overeenstemming tussen verzekeraars ten grondslag ligt, is de vraag relevant of deze afspraken[44] de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen (de mededingingsbeperking). In het licht van het bovenstaande kan overeenstemming zien op een aanbeveling van een ondernemersvereniging die een bindend karakter heeft, bijvoorbeeld om in polisvoorwaarden bepaalde risico's uit te sluiten. Een ander voorbeeld is afstemming tussen verzekeraars om bepaalde uitsluitingsclausules of polisvoorwaarden te gebruiken, waarvan kan worden aangenomen dat deze invloed hebben op de mededinging. Het onderzoek naar de vraag of dergelijke gedragingen de mededinging beperken valt uiteen in het onderzoeken van de strekking van de afspraak en/of de mededingingsbeperkende gevolgen. Wanneer vaststaat dat een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken (een *hard-core* mededingingsbeperking), hoeven de gevolgen voor de mededinging niet meer onderzocht te worden.[45]

Mededingingsbeperkende strekking van standaardpolisvoorwaarden

Een overeenkomst heeft de strekking om de mededinging te beperken wanneer de aard van de overeenkomst erop gericht is om de mededinging te beperken.[46] Om dat vast te kunnen stellen, moet volgens de Europese Commissie worden gelet op de inhoud van de overeenkomst en de daarmee nagestreefde objectieve doeleinden alsmede de economische en juridische context.[47] Standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten die de prijzen die aan de klant worden berekend, rechtstreeks beïnvloeden, zijn overeenkomsten die de mededinging naar hun

44 Ik gebruik hierna het begrip 'afspraak' voor zowel een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging als een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
45 HvJ EG, 30 juni 1966, C-56/65, Jurispr. blz. 392, 414, (*LTM*).
46 HvJ EU, 20 november 2008, ECLI:EU:C:2008:643, ro. 17 (*BIDS*).
47 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, rn. 22; HvJ EU, 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2204, C-67/13P, ro. 53.

ONDER EMBARGO

aard beperken (dus: strekkingsbeperkingen).[48] Van een standaardvoorwaarde die de strekking heeft om de mededinging te beperken, geldt volgens vaste rechtspraak dat de mededingingsbeperkende gevolgen niet meer onderzocht hoeven te worden. Dat betekent dat er geen afzonderlijk onderzoek (meer) nodig is naar het merkbaarheidsvereiste.[49] Bewijsrechtelijk zou dat betekenen dat de mededingingsbeperkende gevolgen worden vermoed aanwezig te zijn en dat de desbetreffende standaardpolisvoorwaarde nietig zal zijn op grond van artikel 101 lid 2 van het Werkingsverdrag of artikel 6 lid 2 van de Mededingingswet.

In dit kader is van belang dat de Europese Commissie heeft aangegeven dat er met name een risico bestaat voor een beperking van de mededinging bij standaardpolisbepalingen die:

i) een indicatie bevatten inzake de hoogte van commerciële premies;
ii) de omvang van de dekking (verzekerde som) of het door de verzekeringnemer zelf te betalen gedeelte aangeven (eigen risico);
iii) uitgebreide dekking opleggen, ook voor risico's waaraan een aanzienlijk aantal verzekeringnemers niet gelijktijdig is blootgesteld;
iv) de verzekeringnemer verplichten verschillende risico's bij dezelfde verzekeraar te dekken.[50]

Polisvoorwaarden die dergelijke bepalingen bevatten, kunnen over het algemeen worden gezien als *hard-core* mededingingsbeperkingen. Afspraken in standaardvoorwaarden ten aanzien van de commerciële premies, de omvang van de dekking of het eigen risico betreffen immers concurrentiegevoelige informatie die niet door middel van standaardvoorwaarden tussen marktpartijen uitgewisseld mag worden. Tegelijkertijd is het zo dat raadpleging van de door de VNAB beschikbaar gestelde modelvoorwaarden leert dat daarin geen bedragen van verzekerde sommen, eigen risico's of premies worden vermeld. Wel bevatten sommige beurspolissen, zoals de Nederlandse Beurspolis voor Bouw- en Montagewerken (versie 2013) standaardclausules over de wijze waarop de premie wordt berekend alsmede hoe vaak een eigen risico in rekening wordt gebracht. Illustratief zijn onderstaande modelclausuleringen die voor een specifieke productgroep worden gebruikt voor de berekening van de premie (A.V.6) en het in rekening brengen van het eigen risico (A.V.7):

A.V.6 BEREKENING VAN DE PREMIE

6.1. De bij de aanvang van de verzekering berekende premie is gebaseerd op de geschatte eindwaarde. Na afloop van de bouw-/montagetermijn wordt de definitieve premie vastgesteld op basis van de eindwaarde. Indien de eindwaarde méér bedraagt dan de

48 Richtsnoeren Horizontalen, punt 276. Jones & Sufrin 2016, p. 745.
49 Zie ook: conclusie (gevolgd door de Hoge Raad) A-G de Bock bij HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354, ro. 3.6.9.
50 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* 2011, C-82/20), rn. 23 en voetnoot 4 daarbij opgenomen.

ONDER EMBARGO

geschatte eindwaarde, is een suppletiepremie verschuldigd over het meerdere. Indien de eindwaarde minder bedraagt dan de geschatte eindwaarde, zal restitutie van premie worden gegeven met inachtneming van de eventueel op het polisblad vermelde minimumpremie. De verrekening zal geschieden op basis van de uiteindelijk voor de verzekering geldende premievoet.

6.2. De verzekeringnemer dient binnen 6 maanden na afloop van de bouw-/montagetermijn opgave te doen aan de verzekeraar van de eindwaarde van het werk en de verzekeraar desgewenst in de gelegenheid stellen de opgave te verifiëren. Indien verzekeringnemer in gebreke blijft, heeft de verzekeraar het recht de eindwaarde vast te stellen op de geschatte eindwaarde vermeerderd met het percentage van de overdekking zoals vermeld op het polisblad. Deze vaststelling is bindend voor de verzekeringnemer.

A.V.7 EIGEN RISICO
Ingeval van schade onder meer rubrieken als gevolg van één gebeurtenis, zal slechts eenmaal een eigen risico - en wel het hoogst toepasselijke - op het totaal der schadebedragen in mindering worden gebracht.

De achtergrond van deze clausuleringen is dat bij de hier aan de orde zijnde bouwverzekeringen, ook wel Construction-all-Risks (CAR) verzekeringen genoemd, de geschatte eindwaarde (waarop de premie wordt gebaseerd) af kan wijken van de daadwerkelijke eindwaarde van het bouwproject. De modelclausuleringen zien op de wijze waarop de premie kan worden berekend en bevatten dus geen indicatie van de hoogte van de premie of het eigen risico. Zij zullen daarom niet de strekking hebben om de mededinging te beperken of een beperking van de mededinging tot gevolg hebben.

Marktafscherming

Standaardvoorwaarden kunnen volgens de Europese Commissie ertoe strekken de mededinging te beperken als zij onderdeel zijn van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële concurrentie uit te sluiten.[51] De Europese Commissie noemt als voorbeeld de situatie waarin een brancheorganisatie een nieuwkomer geen toegang geeft tot haar standaardvoorwaarden, waarvan het gebruik van essentieel belang is om de markt te kunnen betreden.[52] De redenering is dat in dat geval de weigering tot het gebruik van de standaardvoorwaarden een mededingingsverstorende afscherming van de markt tot gevolg kan hebben.[53]

Dat roept de vraag op of de standaardbeurspolissen zoals die door de VNAB worden opgesteld van essentieel belang zijn voor de toegang tot de coassurantiemarkt en of het niet ter beschikking stellen daarmee een toetredingsbarrière vormt. Dat lijkt mij niet het geval. Standaardbeurspolissen zijn niet essentieel voor toegang tot de coassurantiemarkt. Het is goed mogelijk om verzekeringsdiensten

51 Richtsnoeren Horizontalen, punt 275.
52 Richtsnoeren Horizontalen, punt 275.
53 Richtsnoeren Horizontalen, punt 272.

ONDER EMBARGO

aan te bieden zonder daarbij gebruik te maken van de standaardbeurspolissen. Sterker nog: zoals hiervoor onder 7.2 is overwogen kan de makelaar ervoor kiezen om, hetzij met eigen (makelaars)voorwaarden te werken, hetzij gebruik te maken van de voorwaarden uit standaardbeurspolissen. Er wordt dus door makelaars bij de verzekering van de risico's in coassurantie gebruik gemaakt van de zelf opgestelde makelaarspolissen waartegen zij een risico ter verzekering aanbieden.[54] Bovendien is het zo dat de standaardbeurspolissen wel ter beschikking worden gesteld door de brancheorganisatie. Stel dat zij wel van essentieel belang zijn om de coassurantiemarkt te kunnen betreden, dan is geen sprake van een toetredingsbarrière omdat de voorwaarden beschikbaar worden gesteld, ook voor nieuwe toetreders.

Een mogelijke relatie tussen standaarduitsluitingsclausules en strekkingsbeperkingen?

De vraag kan rijzen of het (collectief) uitsluiten van bepaalde risico's in standaardpolisvoorwaarden en/of modelstandaardvoorwaarden gezien kan worden als overeenkomsten die de strekking hebben om de mededinging te beperken. Als gezegd ziet een strekkingsbeperking op standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten die de prijzen rechtstreeks beïnvloeden. Hoe vertaalt dat zich naar uitsluitingsclausules die een direct effect hebben op de premie? Verzekeringsrechtelijk bestaat het onderscheid tussen polisclausules die kunnen worden aangemerkt als kernbedingen en de algemene polisvoorwaarden. Van kernbedingen, die zien op de kern van de prestaties, wordt aangenomen dat zij rechtstreeks invloed hebben op de hoogte van de premie.[55] Het gaat dan om een beding dat onderdeel uitmaakt van de primaire dekkingsomschrijving en zo wezenlijk is voor de afbakening van de verzekerde risico's dat het al dan niet deel uitmaken daarvan van de polisvoorwaarden de schadelast en daarmee de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt.[56] Als zodanig hebben uitsluitingsclausules in een verzekeringspolis dus een (rechtstreeks) effect op de premie. Een eenvoudig voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat een automobilist rijdt onder invloed, dan vergroot dat de kans op een verkeersongeval. De uitsluiting in een autoverzekering voor het rijden onder invloed van alcohol zal daarom een omstandigheid zijn die de hoogte van de premie beïnvloedt. Dat geldt ook voor het uitsluiten van 'joyriding' of het ontstaan van schade door een opzettelijke gedraging.

Hoewel er dus een relatie bestaat tussen een uitsluitingsclausule en de hoogte van de premie, impliceert dat niet dat uitsluitingsclausules in een modelpolis de strekking zullen hebben om de mededinging te beperken. In de modelpolisvoorwaar-

54 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 92.
55 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/130.
56 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/130; J.H. Wansink, 'Kroniek polisrecht, polisclausules: kernbeding of niet?', *AV&S* 2009, p. 144; Zie ook: Van Tiggele-van der Velde, *Trema* 2016, afl. 5, p. 149-161 die onder de primaire dekkingsomschrijving verstaat de (positieve) omschrijving van gedekte gevaren, de in de (positieve) dekkingsomschrijving besloten liggende (impliciete) uitsluitingen en expliciete uitsluitingen/dekkingsbeperkingen.

ONDER EMBARGO

den van de VNAB zijn verscheidene standaard uitsluitingsclausules, zoals voor molest, atoom of overstromingsschades. Zo bevatten de modelpolisvoorwaarden voor de branche brand te weten, de Nederlandse Beursvoorwaarden Brandverzekering (NBB 2006), de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Bedrijfsschadeverzekering- Uitgebreide Gevaren (NBUU 2006), de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Uitgebreide Gevarenverzekering (NBUG 2006) en de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Zaak- en Bedrijfsschadeverzekering (NBZB 2006), de onderstaande clausule waarin overstromingsschade van dekking wordt uitgesloten:

> 'Van de verzekering is uitgesloten schade veroorzaakt door overstroming ten gevolge van het bezwijken of overlopen van dijken, kaden, sluizen, oevers of andere waterkeringen ongeacht of deze overstroming werd veroorzaakt door storm. Deze uitsluiting geldt niet voor brand of ontploffing veroorzaakt door overstroming.'

Van dergelijke clausuleringen kan worden aangenomen dat zij invloed hebben op de hoogte van de premie. Wanneer de schade als gevolg van een overstroming wel zou zijn gedekt, zou de ingecalculeerde schadelast en in het verlengde daarvan, de premie, immers een stuk hoger zijn. Omgekeerd kan uitsluiting van bepaalde risico's een premiedrukkend effect hebben. Ondanks deze relatie tussen de uitsluiting van bepaalde risico's en de hoogte van de premie, kan mijns inziens niet worden geconcludeerd dat het collectief uitsluiten van bepaalde soorten risico's in (model)standaardvoorwaarden de strekking heeft om de mededinging te beperken. Er kunnen goede redenen zijn om bepaalde risico's uit te sluiten van dekking en het staat een verzekeraar vrij om de grenzen te omschrijven waarbinnen hij dekking wil verlenen.[57] Zoals gezegd in par. 7.2 kunnen individuele verzekeraars van deze modelpolissen afwijken door juist wel risico's (aanvullend) te verzekeren.

Samenvattend kunnen standaardvoorwaarden ertoe strekken de mededinging te beperken wanneer zij invloed hebben op de hoogte van de premie, het eigen risico, de omvang van de dekking of de productinnovatie beperken. Ook kan een mededingingsbeperkende strekking worden aangenomen wanneer toegang tot standaardvoorwaarden essentieel is voor toetreders tot de markt en deze toegang wordt geweigerd. Uitsluitingsclausules kunnen invloed hebben op de hoogte van de premie, maar het gebruik daarvan in standaard(model)voorwaarden kan niet worden gezien als afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken. Dit is anders als standaardvoorwaarden bindend door een brancheorganisatie worden voorgeschreven of als in de praktijk blijkt dat alle marktpartijen gebruik maken van dezelfde polisvoorwaarden of uitsluitingsclausules. In hoeverre dat een beperking van de mededinging tot gevolg heeft, bespreek ik hieronder.

ONDER EMBARGO

57 Zie uitvoerig over dit onderwerp, N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010. Meer specifiek over de vrijheid van een verzekeraar om in de polisvoorwaarden de dekking te omschrijven, N. van Tiggele-van der Velde (in deze bundel) op p. 3-16.

Mededingingsbeperkende gevolgen van standaardpolisvoorwaarden

Voorzover een standaardpolisvoorwaarde niet de strekking heeft om de mededinging te beperken, dienen – voor de toetsing aan het eerste lid van het kartelverbod – de mededingingsbeperkende gevolgen in kaart te worden gebracht. Bij de toets of standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen hebben, moet worden gekeken naar de economische context en de achtergrond van de situatie op de relevante markt.[58] Hieronder schets ik, met behulp van de Horizontale Richtsnoeren van de Europese Commissie de lijnen waarlangs het onderzoek naar de gevolgen voor de mededinging van standaardpolisvoorwaarden kan verlopen.

Een van de uitgangspunten die de Europese Commissie bij de uitleg en toepassing van het mededingingsrecht op standaardvoorwaarden hanteert, is dat zolang de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) niet beperkt is, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden niet-bindend en daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk zijn, het niet waarschijnlijk is dat de standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.[59] Dat is anders als in de standaardvoorwaarden een omschrijving van het aan de klant verkochte product wordt gegeven (waardoor het gevaar op een beperking van de productkeuze groter is) en de gezamenlijke toepassing tot feitelijke afstemming leidt. De Europese Commissie geeft aan dat dat het geval kan zijn als het algemeen verspreide gebruik van standaardvoorwaarden in de praktijk leidt tot een vermindering van de productinnovatie en het productaanbod. Daarbij refereert zij naar het gebruik van standaardvoorwaarden in de verzekeringssector:

> 'Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de gedekte standaardrisico's, beperken. Zelfs als het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is, kunnen deze de prikkels voor concurrenten om te concurreren op het stuk van productdiversificatie wegnemen.'[60]

Samenvattend zijn de betrokkenheid van ondernemingen bij de opstelling, het bindende karakter en de toegang tot standaardvoorwaarden, belangrijke toetsingscriteria bij de vraag of standaardvoorwaarden een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Verder is relevant of het gebruik van standaardvoorwaarden in een sector de prikkel voor concurrenten om te concurreren wegneemt. Ik werk deze relevante toetsingscriteria hieronder uit.

Betrokkenheid bij de opstelling van standaardpolisvoorwaarden

De vraag die kan worden gesteld is of verplicht lidmaatschap van de VNAB of andere brancheorganisaties gezien kan worden als een beperking voor de deelname aan de opstelling van de VNAB modelpolisvoorwaarden, of andersoortige

58 Richtsnoeren Horizontalen, punt 300.
59 Richtsnoeren Horizontalen, punt 301.
60 Richtsnoeren Horizontalen, punt 303.

ONDER EMBARGO

modelvoorwaarden. Hoewel verplicht lidmaatschap van een brancheorganisatie in zekere zin een beperking van betrokkenheid kan zijn, dient – met betrekking tot de coassurantiemarkt – te worden bedacht dat de verzekeraars (en makelaars) die risico's op de Nederlandse coassurantiemarkt (willen) verzekeren en daarbij gebruik wensen te maken van de beschikbaar gestelde standaardvoorwaarden over het algemeen lid zullen zijn van de VNAB. De doelgroep die belang heeft bij de voorwaarden kan dus bij het opstellen betrokken worden. Tegelijkertijd laat het belang van betrokkenheid bij de opstelling van standaardvoorwaarden zien hoe wezenlijk in het licht van het mededingingsrecht de transparantie van het totstandkomingsproces van standaardvoorwaarden is. Het openbaar maken van de procedure op basis waarvan standaardvoorwaarden worden opgesteld, is daarom aan te bevelen. Voor het ontwikkelen van de VNAB modelvoorwaarden is de totstandkomingsprocedure openbaar gemaakt. Uit de procedure blijkt dat technische commissies voor Brand, Engineering, Transport en Varia de taak hebben om bestaande modelvoorwaarden en –clausules te onderhouden en nieuwe modelvoorwaarden en –clausules op te stellen. De samenstelling van deze technische commissies, die dus voor de binnen de coassurantiemarkt onderscheiden branches zijn gevormd, is openbaar gemaakt.[61] De commissies bestaan uit vertegenwoordigers van de leden van de VNAB, waarbij zowel makelaars- als verzekeraarsleden zijn betrokken.[62]

Bindend karakter van standaardpolisvoorwaarden

Tevens relevant voor de vraag of standaardvoorwaarden tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt is of zij bindend zijn. Bindende standaardvoorwaarden zullen over het algemeen niet voldoen aan de eis van onmisbaarheid (ik kom daarop terug in par. 7.3.2.). Dat betekent dat de clausule dat dekking van een bepaalde schade is uitgesloten, of slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk is, dus in een kartelovereenkomst als een te hanteren polisvoorwaarde mag voorkomen, mits in die overeenkomst uitdrukkelijk is bepaald dat het elke verzekeraar vrijstaat om de dekking tot een dergelijke schade

ONDER EMBARGO

61 De personen die zitting hebben in de technische commissies en de bedrijven waar zij werkzaam zijn, is openbaar gemaakt op de website van de VNAB. Ook wordt in de toelichting op de samenstelling van de technische commissie aangegeven dat de leden werken onder verantwoordelijkheid van het VNAB Bestuur en zich dienen te onthouden van gedragingen die een inbreuk vormen of lijken te vormen op het mededingingsrecht. Meer in het bijzonder is bepaald dat zij zich dienen te onthouden van iedere vorm van onderlinge afstemming van het beleid van de door hen vertegenwoordigde onderneming met dat van andere ondernemingen. De commissie is daarbij gebonden aan door de VNAB uitgevaardigde of nog uit te vaardigen gedragsregels ter bevordering van de mededinging in de zakelijke verzekeringsmarkt. De auteur is niet bekend of deze gedragsregels reeds zijn uitgevaardigd.

62 Uit de taakomschrijving van de technische commissie van de VNAB blijkt dat de commissie bestaat uit ten minste twee leden van de Makelaarssectie en twee leden van de Verzekeraarssectie van de VNAB. Elk jaar is een lid van de Makelaarssectie en een lid van de Verzekeraarssectie aftredend. Zij kunnen voor een nieuwe periode van drie jaar worden benoemd. Datzelfde geldt voor de voorzitter die door de commissie zelf wordt benoemd. Het rooster van aftreden wordt elk jaar opgenomen in de notulen van de eerste Algemene Ledenvergadering van het nieuwe jaar. Indien een commissielid wegens omstandigheden zijn/haar periode niet kan volmaken, zal de te benoemen vervanger zijn/haar plaats in het rooster innemen. De commissie doet een voordracht aan het VNAB Bestuur indien nieuwe leden moeten worden benoemd. Daarbij wordt gegarandeerd dat de voorgedragen persoon over gedegen specialistische kennis en ervaring beschikt en met mandaat van de betreffende organisatie kan optreden.

uit te breiden en mits het lidmaatschap van de brancheorganisatie voor iedere verzekeraar en makelaar openstaat.[63]

Indien standaardvoorwaarden bindend worden voorgeschreven, zal er getoetst moeten worden op de impact op de productkwaliteit, productdiversiteit en de innovatie.[64] Het ligt voor de hand dat het ontbreken van de noodzaak voor de mededingingsbeperking eerder wordt aangenomen bij bindende standaardvoorwaarden omdat dan uit het bindende karakter kan worden afgeleid dat de wil van de brancheverenigingerop gericht is om de feitelijke gedragingen van haar leden op de relevante markt op elkaar af te stemmen.

Daarentegen zullen (niet) bindende standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten die waarschijnlijk een negatief effect hebben op de mededinging op het gebied van prijzen (zoals voorwaarden die betrekking hebben op het soort kortingen dat moet worden toegepast), voorzover al niet de strekking van de concurrentiebeperking vaststaat, waarschijnlijk gepaard met mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag.[65] Voor standaardpolisvoorwaarden die invloed hebben op de (hoogte van de) premie geldt daarom dat zij, als er overeenstemming aan ten grondslag ligt, een grotere kans hebben op mededingingsbeperkende gevolgen.

Toegang tot standaardvoorwaarden

Het feit dat standaardvoorwaarden daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk moeten zijn, geeft aan dat standaardvoorwaarden die belangrijk zijn voor ondernemingen op de markt niet afgeschermd mogen worden voor potentiële toetreders. Dat zou immers de (potentiële) concurrentie op de markt schaden. Dit aspect kwam ook aan de orde bij het uitwerken van de mededingingsbeperkende strekking van standaardvoorwaarden, en laat ik daarom hier rusten.

Onderlinge afstemming van marktgedrag en de gevolgen voor de productkeuze

Een ander aspect is dat gezamenlijke toepassing van standaardvoorwaarden kan leiden tot onderling afgestemd feitelijk marktgedrag tussen de marktdeelnemers, wat tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.[66] Volgens de Europese Commissie zou die situatie zich voor kunnen doen in de verzekeringssector wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de gedekte standaardrisico's, beperken. In dat geval zou, zelfs als het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is, de prikkel voor concurrenten om te concurreren op productdiversificatie kunnen worden weggenomen.[67] Productkeuze en innovatie (en daarmee: de mededinging) worden dan waarschijnlijk

63 Borgesius 2004, p. 9.
64 Richtsnoeren Horizontalen, punt 306.
65 Richtsnoeren Horizontalen, punt 307.
66 Richtsnoeren Horizontalen, punt 303.
67 Richtsnoeren Horizontalen, punt 303.

ONDER EMBARGO

wel beperkt. Waarschijnlijk zal in de context van coassurantie de prikkel om te concurreren op polisvoorwaarden voor de verzekeraars aanwezig zijn, gelet op de onderhandelingsmacht van de makelaars op deze markt. Dit is anders in de provinciale verzekeringsmarkt waar consumenten een verzekeringspolis sluiten en daarbij geen invloed hebben op de inhoud van de verzekeringsvoorwaarden. Bij coassurantie is de praktijk dat bij het ad hoc plaatsen van een risico of bij het vaststellen van de modelpolissen (die als uitgangspunt kunnen dienen voor het verzekeren van risico's in coassurantie) wordt onderhandeld tussen de marktpartijen. Dat is een aanwijzing dat het risico op een beperking van de productkeuze minder groot zal zijn.

Illustratief voor de gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is het arrest *Jansen/Fortis*.[68] Hoewel dit arrest geen betrekking heeft op een beurspolis maar op een consumentenverzekeringsovereenkomst (in casu een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren), laat het arrest wel zien hoe een beoordeling van standaardpolisvoorwaarden onder het kartelverbod kan verlopen. Voor de beoordeling van het arrest speelt de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor verzekeraars gegeven bij Verordening (EEG) nr. 3932/92 een belangrijke rol.[69] Deze verordening is de voorloper van Verordening (EG) nr. 358/2003. In artikel 6 van Verordening (EEG) nr. 3932/92 werd een vrijstelling gegeven van het kartelverbod voor gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden onder de voorwaarde dat deze: (a) worden opgesteld en bekend gemaakt en daarbij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat deze louter indicatief zijn, (b) uitdrukkelijk wordt vermeld dat andere voorwaarden kunnen worden overeengekomen en (c) zij voor elke belangstellende toegankelijk zijn en op enkel verzoek beschikbaar worden gesteld.[70] In het arrest stond vooral voorwaarde (a) ter discussie.

Kort samengevat gaat het arrest om de volgende feitelijke situatie. Een vrouw (hierna: eiseres) is verkracht door haar voormalige echtgenoot die een aansprakelijkheidsverzekering had afgesloten bij Amev. De man is voor de verkrachting strafrechtelijk veroordeeld door het Hof Arnhem. Vervolgens is door eiseres aanspraak gemaakt op uitkering onder de verzekeringsovereenkomst voor een bedrag van 50.000 euro.[71] Amev weigert echter uitkering met een beroep op artikel 3.2. van de polisvoorwaarden, waarin schade als gevolg van seksuele handelingen is uitgesloten van dekking. De clausule luidt als volgt:

> '3.2. (…) Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook.'

ONDER EMBARGO

68 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010: BL6024, *NJ* 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*).

69 Verordening (EEG) nr. 3932/92 gold van 21 december 1992 tot en met 31 maart 2003 en is nadien verlengd door Verordening (EG) nr. 358/2003.

70 Verordening (EEG) nr. 3932/92 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 VWEU op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector. Deze voorwaarden komen grotendeels overeen met die uit artikel 5 van Verordening (EG) nr. 358/2003. Het verschil zit hem met name in de zinssnede 'op generlei wijze'.

71 De rechten uit de verzekeringsovereenkomst zijn door middel van cessie overgedragen van de man aan eiseres. Onder het huidige recht zou dat niet meer nodig zijn omdat de directe actie van artikel 7:954 BW de grondslag is voor aanspraak tot schadevergoeding.

In cassatie ging het om de vraag of Amev een beroep toekwam op deze uitsluitingsclausule omdat deze was gebaseerd op een aanbeveling van het Verbond van Verzekeraars. Het Verbond had namelijk per circulaire aan de bij haar aangesloten schadeverzekeraars de uitsluitingsclausule aanbevolen. Daarbij is relevant dat de aanbeveling werd vooraf gegaan door de volgende passage:

> 'De in dit polismodel opgenomen standaardteksten zijn louter indicatief; in de artikelen 1,2,3 en 4 worden dekkingsbeperkende bepalingen en/of uitsluitingen gegeven. Elke individuele verzekeraar kan hiervan tekstueel en/of inhoudelijk afwijken.'[72]

Eiseres betoogt dat de uitsluitingsclausule in strijd is met artikel 6 lid 1 Mw. Zij onderbouwt dat met het (kern)argument dat de aanbeveling van het Verbond, hoewel daarbij vermeld stond dat die louter indicatief van aard was, in feite neerkwam op een bindend besluit omdat verzekeraars de clausule massaal hadden overgenomen, wat leidde tot onderling afgestemd marktgedrag.[73] Kortom, er zou sprake zijn van een situatie waarin de standaardvoorwaarden niet louter als model dienst deden, maar (wezenlijke) standaardisatie van producten en/of te sterke gebondenheid van consumenten tot gevolg had. Een beroep op vrijstelling van het kartelverbod in de zin van artikel 6 lid 3 Mw. (voorheen neergelegd in de groepsvrijstelling), zou niet aan de orde kunnen zijn omdat de clausule de mededinging wezenlijk uitschakelde.

Zowel bij het hof als bij de Hoge Raad strandt het beroep wegens onvoldoende bewijs van de gestelde feiten. Het hof en de Hoge Raad gaan voorbij aan de vraag of de aanbeveling valt onder artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Ik kom daar hieronder op terug. Het hof overweegt als volgt:

> 'Het hof is met de rechtbank van oordeel dat dit betoog [de nietigheid van de uitsluitingsclausule, toev. GTB] niet opgaat. In de aanbeveling is uitdrukkelijk en in overeenstemming met de verordening opgenomen dat de standaardteksten louter indicatief zijn en dat iedere verzekeraar tekstueel en/of inhoudelijk daarvan kan afwijken. Concrete feiten of omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Verbond in weerwil van deze bewoordingen voor ogen heeft gestaan de aanbeveling bindend aan haar leden voor te schrijven zijn ook in hoger beroep niet gesteld of gebleken. De stelling van [eiseres] dat veel leden van het Verbond van Verzekeraars de aanbeveling hebben overgenomen is onvoldoende om deze conclusie te kunnen dragen en uit de – vaststaande – omstandigheid dat niet alle leden van het Verbond de aanbeveling hebben overgenomen kan juist worden afgeleid dat de aanbeveling geen bindend karakter had. [Eiseres] heeft erkend dat de aanbeveling voldoet aan de overige in artikel 6 van de verordening gestelde voorwaarden. (…) de slotsom is dan ook dat de aanbeveling, ook indien deze de mededinging op de markt van de aansprakelijkheidsverzekeringen in Nederland beperkt, is vrijgesteld van het kartelverbod op grond van artikel 6 van de verordening.'[74]

ONDER EMBARGO

72 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010: BL6024, *NJ* 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*).
73 Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2010:BL6024, r.o. 3.7 bij HR 23 april 2010, *NJ* 2010/454, m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*).
74 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010: BL6024, r.o. 2.7.6, *NJ* 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*).

De Hoge Raad overweegt in – de hieronder geciteerde – r.o. 3.4.1 dat het hof met zijn oordeel geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De klachten van eiseres treffen (dus) geen doel:

> 'Het hof heeft niet slechts naar de letter van de aan de aanbevolen standaardtekst van het Verbond voorafgegane passage gekeken, maar heeft ook, mede omdat veel leden van het Verbond de aanbeveling hebben overgenomen, onderzocht of in weerwil van die passage de aanbeveling toch een bindend karakter had. Waar in punt 7 van de considerans ook is overwogen dat het opstellen van standaardpolisvoorwaarden als voordeel heeft dat de vergelijkbaarheid van de dekking wordt verbeterd voor de consument, behoeft de uitleg van de voorwaarden die gelden voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling niet steeds gericht te zijn op een zo beperkt mogelijk bereik van de vrijstelling. Het hof heeft bij zijn oordeel dat de aanbeveling tot opneming van een uitsluiting van aansprakelijkheid bij seksuele gedragingen niet bindend aan de leden van het Verbond is voorgeschreven, mogen betrekken dat niet alle verzekeraars de aanbeveling hebben overgenomen. In rov. 2.7.6 heeft het hof vervolgens, nu Jansen [eiseres] heeft erkend dat de aanbeveling voldoet aan de overige in art. 6 van de verordening gestelde voorwaarden, aan een en ander de conclusie kunnen verbinden dat de aanbeveling is vrijgesteld van het kartelverbod. Het oordeel van het hof behoefde geen nadere motivering'.[75]

In dit geval was voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden van het kartelverbod, zoals opgenomen in de groepsvrijstellingsverordening. Niet stond vast dat het besluit bindend bedoeld was en evenmin dat het besluit feitelijk door de gehele markt werd gevolgd. Dat zou anders zijn geweest als aangetoond had kunnen worden dat alle verzekeraars dezelfde voorwaarden hanteerden, waardoor er een aanwijzing was voor onderling afgestemd marktgedrag.[76] Het arrest laat niettemin zien dat het mededingingsrechtelijk relevant is in hoeverre een verzekeraar de vrije keuze wordt geboden om zelfstandig te beslissen of hij al dan niet een uitsluitingsclausule opneemt. Daarbij zal het bewijsrechtelijk van belang zijn of een eisende partij zijn stelling kan bewijzen dat een verzekeraar daarin niet vrij wordt gelaten. In het arrest is vanwege het bestaan van de groepsvrijstellingsverordening niet getoetst of sprake is van een mededingingsbeperkend besluit van een ondernemersvereniging dat valt onder artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Omdat de groepsvrijstelling tegenwoordig niet meer bestaat, zou daar nu wel eerst aan moeten worden getoetst. Het gaat dan om de vraag of het besluit een getrouwe weergave is van de wil van de ondernemersvereniging om het gedrag van haar leden te coördineren. Of dat het geval is, hangt af van de omstandigheden het geval. In deze zaak waren onvoldoende concrete feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat de bedoeling van de aanbeveling was om het gedrag van de leden (bindend) te coördineren. Van der Beek & Apon merken op dat wanneer een mededingingsautoriteit of een rechter onder de huidige mededingingsregels de uitsluitingsclausule had moeten beoordelen, zij hadden moeten beoordelen of het bij deze uitsluiting van aansprakelijkheid gaat om een concurrentieparameter: is het denkbaar dat verzekeringsmaatschappijen met elkaar zouden concurreren op het al dan niet uitsluiten van aansprakelijkheid ten aanzien van schade ontstaan

ONDER EMBARGO

75 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010: BL6024, r.o. 3.4.1, *NJ* 2010/454 m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*).
76 Zie COM (1999) 192, definitief, rn. 23.

door verkrachtingen en andere seksuele handelingen?[77] Zij menen dat het niet waarschijnlijk is dat uitsluiting van aansprakelijkheid voor seksuele handelingen een belangrijke concurrentieparameter is en dat de aanbeveling dus niet tot een merkbare mededingingsbeperking tussen verzekeraars kan leiden. In dit geval is concurrentie lastig voor te stellen omdat de uitsluitingsclausule een duidelijke achtergrond heeft (het zou niet te rijmen zijn met de openbare orde en de goede zeden om schade door seksuele handelingen te verzekeren). Ten aanzien van uitsluitingsclausules voor andere schades kan het anders liggen, als daarbij inderdaad concurrentie mogelijk is en er geen goede redenen zijn om bepaalde soorten schades van dekking uit te sluiten.

Voor het onderzoek naar de mededingingsbeperkende gevolgen van standaardvoorwaarden is marktonderzoek onontbeerlijk. Wanneer moet worden nagegaan of er een risico bestaat dat standaardvoorwaarden beperkende effecten zullen hebben op de *productkeuze*, moet in ieder geval de bestaande mededinging op de markt in aanmerking worden genomen. De marktaandelen van de ondernemingen die deelnemen aan het vaststellen van standaardvoorwaarden kunnen een aanwijzing zijn hoe waarschijnlijk het is dat de standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt worden aanvaard of gebruikt.[78] Indien een groot deel van een bedrijfstak de standaardvoorwaarden aanneemt en beslist er niet van af te wijken in individuele gevallen (of er alleen van af te wijken in uitzonderlijke gevallen van sterke kopersmacht), hebben de klanten wellicht geen andere keuze dan de bepalingen van de voorwaarden te aanvaarden.[79] Deze beperking van de keuze van de klant lijkt minder groot te zijn in de coassurantiemarkt, omdat de makelaar namens de klant onderhandelt met verzekeraars over de productvoorwaarden. Als gezegd worden modelstandaardvoorwaarden gebruikt als basisvoorwaarden waarvan in individuele gevallen wordt afgeweken om een op maat gesneden pakket van productvoorwaarden op te stellen. Bovendien kunnen makelaars, namens de klant, invloed uitoefenen op de inhoud van de polisvoorwaarden. Standaardvoorwaarden worden dus niet eenzijdig opgelegd door verzekeraars.

Volgens de Europese Commissie is het niet alleen relevant om te onderzoeken of het waarschijnlijk is dat de opgestelde standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt worden gebruikt, maar ook of zij alleen een deel van het product of het gehele product omvatten (hoe minder uitgebreid de standaardvoorwaarden zijn, des te minder waarschijnlijk is het dat zij tot een beperking van de productkeuze leiden). Daarbij komt dat de Europese Commissie het risico op een beperking van de productkeuze en de innovatie groter inschat in de situatie dat de standaardvoorwaarden bepalend zijn voor de inhoud van het eindproduct.[80] Voor verzekeringsproducten geldt dat de standaardvoorwaarden een belangrijk

77 Van der Beek & Japon, *Bedrijfsjuridische berichten* 2010, 27. Zie ook: S.M.M.C. Vinken & M.P.M. Hennekens, 'HR 23 april 2010: Uitsluitingsclausule naar aanbeveling van het Verbond van Verzekeraars – strijd met het kartelverbod van art. 6 Mededingingswet?', *NTHR* 2010-5, p. 221.
78 Richtsnoeren Horizontalen, punt 304.
79 Richtsnoeren Horizontalen, punt 270.
80 Richtsnoeren Horizontalen, punt 270.

ONDER EMBARGO

onderdeel zijn van de inhoud van de overeenkomst en dus (mede) bepalend zijn voor de inhoud van het eindproduct. Dat betekent dat er een groter risico bestaat op een beperking van de productkeuze en de innovatie.

Anderzijds geldt voor de gevallen waarin het zonder de vaststelling van standaardvoorwaarden niet mogelijk zou zijn geweest om een bepaald product aan te bieden dat een mededingingsbeperkend gevolg onwaarschijnlijk zal zijn, omdat dan de productkeuze, door de vaststelling van de standaardvoorwaarden, eerder toe zal nemen dan afnemen.[81] Naar mijn mening is de reikwijdte daarvan in de context van de verzekering in coassurantie beperkt omdat het goed mogelijk is dat de verzekeraars zelfstandig hun voorwaarden formuleren waaronder zij risico's wensen te verzekeren. Voor de verzekering van moeilijk te verzekeren risico's in pools, zou dit argument wel hout kunnen snijden. Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, kan een pool de deelnemende verzekeraars in staat stellen om (nieuwe) risico's te verzekeren. Het gebruik van standaardpoolvoorwaarden zal in dat geval niet leiden tot een beperking van de mededinging. Ten aanzien van het gebruik van standaardvoorwaarden in intermediaire pools komt uit het uitgevoerde praktijkonderzoek naar voren dat 82 van de 105 respondenten (78%) aangeeft dat gebruik wordt gemaakt van standaardvoorwaarden.[82] Daarvan is wederom in 78% sprake van voor verzekering in de intermediaire pool verplicht gestelde voorwaarden.[83] In (intermediaire) pools is dus in veel gevallen een verplichting voor de in zo'n pool deelnemende verzekeraars om bepaalde standaardvoorwaarden te gebruiken en staat het hun niet meer vrij om hun eigen productvoorwaarden op te stellen.

Tussenconclusie

In deze paragraaf onderzocht ik de vraag of standaardpolisvoorwaarden ertoe kunnen strekken of tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt. Geconcludeerd kan worden dat standaardpolisvoorwaarden de strekking hebben om de mededinging te beperken wanneer zij een indicatie bevatten van de commerciële premie, het eigen risico of de verzekerde som. Standaardpolisvoorwaarden kunnen ook de strekking hebben de mededinging te beperken als zij essentieel zijn voor toegang tot de markt en niet aan toetreders ter beschikking worden gesteld. Ten aanzien van het onderzoek naar mededingingsbeperkende gevolgen van standaardpolisvoorwaarden zijn enkele relevante toetsingscriteria nader onderzocht te weten, de betrokkenheid bij de opstelling van de voorwaarden, het bindende karakter, de toegang tot de voorwaarden en onderlinge afstemming van marktgedrag met beperkende gevolgen voor de productkeuze. In het algemeen geldt dat als de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten

81 Richtsnoeren Horizontalen, punt 304.
82 Het gaat om 82 bevestigende antwoorden op de vraag of er standaard voorwaarden zijn voor de verzekering van risico's in de intermediaire pools. 105 respondenten hadden deze vraag ingevuld.
83 Het betreft 64 van de 82 gegeven antwoorden.

ONDER EMBARGO

op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) *niet beperkt is*, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden *niet-bindend* en daadwerkelijk voor iedereen *toegankelijk* zijn, zal het niet waarschijnlijk zijn dat de standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.

7.3.2 Verboden, maar toch toegestaan?

7.3.2.1 Algemeen

In par. 7.3.1. zette ik uiteen wat van belang is bij een toetsing aan artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet. Niet kan worden uitgesloten dat het opstellen van standaardpolisvoorwaarden gezien kan worden als een besluit of een onderlinge afstemming van marktgedrag die de mededinging kan beperken. Uiteraard hangt dit af van de omstandigheden in een concreet geval. Toch is het relevant om te bespreken of en onder welke omstandigheden de uitzondering van het kartelverbod van toepassing is. Artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag bevat de wettelijke uitzondering op het kartelverbod voor kartels die voldoende voordelen voor de mededinging met zich brengen (die de negatieve gevolgen in voldoende mate compenseren). Het gaat dan om een viertal (cumulatieve) voorwaarden: efficiëntieverbeteringen, onmisbaarheid, doorgifte aan de consumenten en geen uitschakeling van de mededinging. In de volgende paragrafen onderzoek ik de toepassing van deze vier voorwaarden op het gebruik van standaardpolisvoorwaarden bij coassurantie. Eerst herinner ik de lezer aan het feit dat voorheen een groepsvrijstellingsverordening gold voor het opstellen en verspreiden van standaardpolisvoorwaarden door verzekeraars.[84] In de praktijk betekende dit dat niet aan lid 1 van het kartelverbod getoetst werd, maar direct werd gekeken of de gedraging viel onder de vrijstelling van lid 3. Als besproken dienen sinds 2010 ook standaardpolisvoorwaarden door verzekeraars zelfstandig te worden getoetst, eerst aan lid 1 en zo nodig (bijvoorbeeld bij feitelijke afstemming) aan de criteria van de uitzonderingsbepaling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, waarbij de maatstaven die in de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening waren neergelegd nog steeds relevant kunnen zijn. In de volgende paragrafen bespreek ik de toepassing van de vier (cumulatieve) vrijstellingsvoorwaarden daarom kort.

7.3.2.2 Voorwaarde 1: Efficiëntieverbeteringen

Het eerste criterium van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat de overeenkomst de technische of economische vooruitgang dient te bevorderen. Met andere woorden, het gebruik van de standaardpolisvoorwaarden moet economische voordelen of efficiëntieverbeteringen meebrengen. Volgens de Europese Commissie kunnen standaardpolisvoorwaarden efficiëntieverbeteringen meebrengen zoals een betere vergelijkbaarheid van de polisvoorwaarden en de dekking voor de klant (wat de overstap naar een andere verzekeraar zou kunnen

84 Zie Verordening 358/2003.

ONDER EMBARGO

vergemakkelijken), lagere transactiekosten voor de verzekeraars, verbetering van de markttoegang voor kleinere of onervaren verzekeraars en de bevordering van de rechtszekerheid voor de verzekeraars en verzekeringnemers.[85] Bovendien zouden standaardpolisvoorwaarden kunnen helpen om te voldoen aan wettelijke verplichtingen en zouden zij gebruikt kunnen worden als referentiepunt voor consumentenorganisaties om verschillende verzekeringspolissen met elkaar te vergelijken.[86]

Ook de ACM wijst erop dat standaardpolissen (bij coassurantie) de transactiekosten kunnen verlagen.[87] De gedachte is dat deze polissen het mogelijk maken om snel en efficiënt verzekeringen af te sluiten omdat de makelaar anders over iedere clausule afzonderlijk met alle verzekeraars zou moeten onderhandelen.[88] Als vermeld onder par. 7.2.3 bij de bespreking van de functies van standaardbeurspolissen is een belangrijk voordeel dat verzekeraars bekend zijn met de inhoud van de standaardbeurspolissen en zodoende weten tegen welke condities de risico's daarin worden verzekerd. Voorstelbaar is dat dat ook de reden is dat op de coassurantiemarkt sneller en efficiënter gehandeld kan worden. Het is bovendien, als besproken, voor de klant overzichtelijk(er) als de verzekeraars tegen dezelfde voorwaarden het risico verzekeren. Welke gevolgen dat heeft voor de fase van de afhandeling van schades, bespreek ik uitvoeriger in het volgende hoofdstuk. Wanneer door een makelaar met een leidende verzekeraar een standaardpolis wordt overeengekomen, is het bovendien voor de andere verzekeraars direct duidelijk tegen welke standaardvoorwaarden zij als volger zouden kunnen inschrijven. Als een risico bijvoorbeeld tegen de NBUG 2006 (Nederlandse Beurspolis tegen Uitgebreide Gevarenverzekering versie 2006) wordt verzekerd, is voor de verzekeraars direct duidelijk tegen welke voorwaarden zij het risico dragen.

In dit kader kan ook gedacht worden aan premie-technische efficiëntieverbeteringen. Indien beurspolissen van geval tot geval zouden verschillen, kan dat een complicerende factor zijn bij de berekening van de premies. De kostencalculatie, waarin de omvang van de dekking in de regel wordt meegenomen, is eenvoudiger te maken (en te standaardiseren) als er sprake is van standaardvoorwaarden.

Als gezegd kunnen standaardpolissen eveneens de rechtszekerheid bevorderen. Voor standaardpolissen geldt in het algemeen dat zij tot stand zijn gekomen door veelvuldig overleg tussen makelaars en verzekeraars; er is dus consensus bereikt over de voorwaarden waartegen bepaalde risico's in coassurantie verzekerd kunnen worden. Dat zou met zich kunnen brengen dat er minder aanleiding is voor (uitleg)conflicten over de omvang van de dekking en de in- en

ONDER EMBARGO

85 Verordening 267/2010, ro. 23.
86 Richtsnoeren Horizontalen, punt 312; Verordening 358/2003, rn. 14 waarbij standaardpolisvoorwaarden in artikel 2 lid 4 werden gedefinieerd als 'de clausules in standaard- of referentieverzekeringspolissen die gemeenschappelijk zijn opgesteld door verzekeraars of door verzekeringsorganen of verenigingen van verzekeraars'.
87 NMa, *Monitor Financiële Sector* 2005, p. 104.
88 NMa, *Monitor Financiële Sector* 2005, p. 104.

uitsluitingsclausules die voor de specifieke beurspolissen zijn geaccepteerd. Die rechtszekerheid zou bij coassurantie van belang kunnen zijn omdat het groot-zakelijke, complexe, risico's betreft, waarvoor het verstandig is om (voor de verzekeringnemer) duidelijke transparante voorwaarden te scheppen waartegen die risico's verzekerd kunnen worden. Standaardpolissen die zijn opgesteld onder toezicht van de VNAB beschikken doorgaans over een toelichting waardoor meer zekerheid wordt geboden wat er precies is bedoeld te dekken in de polis.

De Europese Commissie noemt in haar richtsnoeren horizontale samenwerkings-overeenkomsten ook kwalitatieve efficiëntieverbeteringen. Voor standaardpolissen zou er sprake kunnen zijn van dergelijke kwaliteitsverbeteringen, bijvoorbeeld doordat standaardpolisvoorwaarden kunnen helpen voor verzekeraars om nieuwe verzekeringsproducten op de markt te zetten. Voor verzekeringsproducten voor 'nieuwe' risico's dienen immers verzekeringsvoorwaarden opgesteld te worden, waarbij inspiratie geput zou kunnen worden uit de reeds ter beschikking gestelde standaardbeurspolissen.

7.3.2.3 Voorwaarde 2: Onmisbaarheid

Het tweede criterium waaraan voldaan moet zijn om een geslaagd beroep te kunnen doen op de vrijstelling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag is dat de mededingingsbeperking onmisbaar moet zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken. De beperking is, met andere woorden, noodzakelijk om de economische voordelen of efficiëntieverbeteringen te realiseren. Zonder de kartelafspraak zouden de efficiëntieverbeteringen niet kunnen worden gerealiseerd.

Voor het antwoord op de vraag of de beperking onmisbaar is, is volgens de Europese Commissie beslissend of de beperkende overeenkomst het al dan niet mogelijk maakt om de betrokken activiteit efficiënter uit te voeren dan wellicht het geval zou zijn zonder de overeenkomst of betrokken beperking.[89] Dit komt erop neer dat de vermeende kartelovereenkomst (de standaardpolisvoorwaarden) zal moeten leiden tot méér economische voordelen dan zonder de overeenkomst het geval zou zijn. Zonder de standaardisatie en stroomlijning in polisvoorwaarden zou het inderdaad lastiger kunnen zijn om meerdere verzekeraars te interesseren in de verzekering van een bepaald groot-zakelijk en complex risico omdat er dan meer afzonderlijke onderhandelingen zouden moeten worden gevoerd over de omschrijving van de dekking en algemene polisclausules die, bijvoorbeeld, zien op meldings- en informatieverplichtingen, maar een verplicht karakter is daarvoor in het algemeen niet nodig.

Ook is het de vraag of het met het oog op slagvaardige concurrentie en zelfstandig te voeren bedrijfsbeleid wenselijk is om transparantie te creëren voor de verzekeringnemers door middel van samenwerking tussen verzekeraars ten aanzien van standaardpolisvoorwaarden. In tegenstelling tot de consumentenverzekering waar geldt dat de gemiddelde consument de implicaties van zijn polisvoorwaarden door-

89 Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, rn. 74.

ONDER EMBARGO

gaans niet zal begrijpen, geldt voor de verzekering in coassurantie dat de verzekeringnemers middelgrote tot grote ondernemingen zijn die over onderhandelingsmacht (*countervailing buyerpower)* en juridische kennis kunnen beschikken. Dergelijke ondernemingen, of de makelaar die namens hen de verzekering sluit, zijn in de positie om afwijkingen te bedingen van standaardbeurspolissen, voor zover zij dat wensen.[90] Het nadeel van gestandaardiseerde voorwaarden is namelijk dat er minder risicodifferentiatie kan worden aangebracht en dat er rekening wordt gehouden met de individuele kenmerken van het te verzekeren risico.[91]

Geconcludeerd kan worden dat als polisvoorwaarden bindend zouden zijn, niet altijd wordt voldaan aan voorwaarde twee van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Een verplichting tot het gebruik van standaardpolisvoorwaarden is niet onmisbaar om concurrentievoordelen te kunnen realiseren en zou juist de concurrentie onevenredig beperken.

Ook de Europese Commissie vindt dat er in de regel geen goede reden is om standaardvoorwaarden bindend te verklaren en het gebruik ervan verplicht te stellen in een bedrijfstak of voor leden van de brancheorganisatie die de voorwaarden heeft vastgesteld.[92] Er wordt echter niet uitgesloten dat het mogelijk is dat bindende standaardvoorwaarden in een specifiek geval onmisbaar kunnen zijn om daaraan verbonden efficiëntieverbeteringen te kunnen bereiken.[93] Toch is die ruimte beperkt. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van standaardpolisvoorwaarden met het verbod van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag geldt immers dat het opstellen van gemeenschappelijke voorwaarden toelaatbaar is, mits de deelname aan het opstellen van de standaardvoorwaarden niet beperkt is, de voorwaarden niet-bindend en daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk zijn.[94] Alleen onder die voorwaarden (niet-bindend, toegankelijk en de vrijheid om af te wijken van de standaardvoorwaarden) heeft de Europese Commissie aangegeven dat het minder waarschijnlijk is dat standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.[95] Dat is tegelijkertijd ook de reden waarom de volgende tekst is opgenomen op de website van de VNAB.

> 'De VNAB polisvoorwaarden en clausules zijn niet bindend**.** Zij dienen slechts als model waarvan door middel van wijzigingen, aanvullende bepalingen en/of clausules kan worden afgeweken. Het staat VNAB-marktpartijen vrij om andere polisvoorwaarden aan hun klanten aan te bieden.'[96]

Ook in Engeland zien we vergelijkbare toelichtingen bij standaardpolissen die worden verspreid door de Lloyds Market Association:

UNDER EMBARGO

90 M.G. Faure, *Insurance and competition law: balancing the conflicts, Paper presented at at the conference: Global issues in insurance regulation,* London, 17-18 April 2002, p. 13.
91 M.G. Faure, *Insurance and competition law: balancing the conflicts, Paper presented at at the conference: Global issues in insurance regulation,* London, 17-18 April 2002, p. 12.
92 Richtsnoeren Horizontalen, punt 320.
93 Richtsnoeren Horizontalen, punt 320.
94 Richtsnoeren Horizontalen, punt 301. Zie ook: Verordening 358/2003, artikel 5 lid 1.
95 Verordening 358/2003, art. 5 lid 1.
96 Zie: http://www.vnab.nl/nl-NL/Kennis-1/Modelvoorwaarden-en-clausules.

> 'These model clauses are purely illustrative and distributed for the guidance of Members, who are free to agree to different conditions (…).'[97]

Genoemd kan ten slotte worden het besluit van de NMa (thans: ACM) van 10 augustus 1999 inzake milleniumschade.[98] In deze zaak toetste de ACM of een advies van het Verbond aan zijn leden om ten aanzien van de verzekering van millenniumschades tijdelijk bepaalde standaardpolisclausules te hanteren voor de uitsluiting van dekking van dergelijke schade die het gevolg zou zijn van het uitvallen van geautomatiseerde informatiesystemen met de overgang naar het jaar 2000, de mededinging beperkte. Hoewel het advies kwalificeerde als een besluit van een ondernemersvereniging beperkte deze volgens de NMa niet de mededinging doordat het viel onder de toen geldende groepsvrijstellingsverordening – Verordening (EEG) nr. 3932/92. Daarbij nam de NMa in aanmerking dat het Verbond aannemelijk had gemaakt dat het ging om *vrijblijvende* adviezen waarvan desgewenst konden afwijken. Het feit dat het de bij het Verbond aangesloten verzekeraars uitdrukkelijk vrijstond om anders te handelen, zorgde ervoor dat de aanbeveling van het Verbond in aanmerking kwam voor een vrijstelling van het kartelverbod. Ingeval sprake was geweest van een bindend advies, zou het beroep op de vrijstelling gestrand zijn op voorwaarde twee.

7.3.2.4 Voorwaarde 3: Doorgifte aan de klant

Een andere voorwaarde die wordt gesteld voor een beroep op de uitzondering van het kartelverbod is dat de voordelen voor de mededinging worden doorgegeven aan de klant. Essentieel voor een beroep op deze voorwaarde is dat de beweerde efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven aan de klant. De verzekeringnemer dient dus een billijk aandeel te ontvangen van de efficiëntieverbeteringen die het gebruik van standaardbeurspolissen met zich mee zou kunnen brengen. Dat betekent in de kern dat de beweerde kostenvoordelen (zoals lagere transactiekosten) die kunnen worden gerealiseerd door het gebruik van standaardpolissen niet alleen bij de verzekeraars terecht moeten komen maar, bijvoorbeeld via lagere premies, dienen te worden doorgegeven aan de klant. Vanuit economisch perspectief zal er sprake moeten zijn van allocatieve efficiëntie: de toename in welvaart zou gealloceerd dienen te worden aan de uiteindelijke afnemers.

Volgens de Europese Commissie is het niet mogelijk een algemene 'veilige zone' aan te geven waarbinnen er geen risico bestaat op mededingingsbeperkende gevolgen of waarbinnen er een vermoeden bestaat dat efficientieverbeteringen in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingings-beperkende gevolgen te compenseren.[99]

ONDER EMBARGO

97 Zie: http://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Non-Marine/wordings_forum/inurance_act_clauses_guidance.aspx en http://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Wordings/Wordings_Forum/LMA/Underwriting/Non-Marine/wordings_forum/WordingsContractsForum.aspx?hkey=f9303173-e1ae-486a-82aa-fe4b67c382ee.

98 Besluit van de Nma van 10 augustus 1999 in de zaken 1157 (*Milleniumbeleid Verbond van Verzekeraars*) en 1096 (*BCCI vs. Verbond van Verzekeraars*).

99 Richtsnoeren Horizontalen, punt 322.

Wel wordt erkend dat sommige efficiëntieverbeteringen, zoals een grotere vergelijkbaarheid van het aanbod op de markt, het gemakkelijker overstappen naar een andere onderneming en rechtszekerheid over de in de standaardvoorwaarden neergelegde bepalingen, de gebruikers steeds ten goede komen.[100] Ook geeft de Europese Commissie aan dat ten aanzien van andere mogelijke efficiëntieverbeteringen, zoals lagere transactiekosten, per geval en in de relevante economische context moet worden beoordeeld of het waarschijnlijk is dat deze voordelen aan de gebruikers ten goede komen.[101] Het gebruik van niet bindende standaardvoorwaarden bij coassurantie, kan stel dat zij gepaard gaan met lagere transactiekosten, de verzekeringnemers in de vorm van een lagere premie ten goede komen. Dan blijft de (productieve) efficiëntie niet bij verzekeraars rusten, maar wordt dit doorgegeven aan de verzekeringnemers (allocatieve efficiëntie). Daarentegen zullen bindend standaardvoorwaarden met een effect op de premie in het algemeen geen voordelen voor de gebruikers met zich brengen.

7.3.2.5 Voorwaarde 4: Geen uitschakeling van de mededinging

De vrijstelling die is neergelegd in artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag vereist ten slotte dat de mededinging niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld. Dat betekent dat moet worden beoordeeld in hoeverre door het gebruik van een standaardbeurspolis mededinging op de relevante verzekeringsmarkt resteert, waarbij rekening moet worden gehouden met de diverse concurrentiebronnen op de markt, de omvang van de concurrentiedruk en de invloed van het gebruik van standaardvoorwaarden op de concurrentiedruk.[102]

Marktaandelen zijn daarbij relevant, maar de omvang van de resterende concurrentiebronnen kan niet uitsluitend daarop worden gebaseerd, behalve als sprake is van een feitelijke industrienorm.[103] Daarvan is sprake als een (wettelijk niet-bindende) norm in de praktijk door de meeste marktspelers wordt toegepast. Volgens de Europese Commissie kunnen standaardvoorwaarden die door een meerderheid in de bedrijfstak worden gehanteerd, leiden tot een feitelijke industrienorm en daarmee mededingingsbezwaren in het leven roepen indien derden daadwerkelijk (de toegang tot) het gebruik van die voorwaarden wordt ontzegd.[104] Dat is anders als de standaardvoorwaarden of de norm slechts betrekking hebben op een beperkt deel van het product of de dienst. Dan geldt dat het onwaarschijnlijk is dat de standaardvoorwaarden de (resterende) mededinging wezenlijk uitschakelen.[105]

Zoals ik aangaf in par. 7.2.2. zien de (standaard/model)beurspolissen op het gehele verzekeringsproduct. Wanneer zij door een meerderheid in de sector worden gehanteerd, kan dat tot mededingingsbezwaren leiden. Toch lijkt

100 Richtsnoeren Horizontalen, punt 323.
101 Richtsnoeren Horizontalen, punt 232.
102 Richtsnoeren Horizontalen, punt 324; Richtsnoeren artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag, rn. 108.
103 Richtsnoeren Horizontalen, punt 324.
104 Richtsnoeren Horizontalen, punt 324.
105 Richtsnoeren Horizontalen, punt 324.

ONDER EMBARGO

het onwaarschijnlijk dat er ten aanzien van de inhoud van het product geen concurrentie resteert omdat de standaardpolissen niet-bindend zijn en in de praktijk door makelaars ervan wordt afgeweken. Geconcludeerd kan worden dat het niet aannemelijk is dat het gebruik van de modelbeurspolissen leidt tot een uitschakeling van een wezenlijk deel van de concurrentie op de coassurantiemarkt.

7.3.3 Uitkomst van toetsing van standaardpolisvoorwaarden aan het kartelverbod

In de paragrafen 7.3.1 en 7.3.2 heb ik besproken welke omstandigheden een rol spelen bij toetsing van standaardvoorwaarden aan het kartelverbod. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen standaardvoorwaarden die gebruikt worden als gevolg van een advies van een ondernemersvereniging en standaardvoorwaarden die door verzekeraars (op grote schaal) worden gebruikt waardoor de toepassing tot feitelijke afstemming leidt. Wanneer de productvoorwaarden de keuze van de klant wezenlijk beperken kan dat aanleiding geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van lid 1 van het kartelverbod. In par. 7.3.2 is het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie in hoofdlijnen getoetst aan de voorwaarden voor een beroep op een uitzondering van het kartelverbod.[106] Daaruit kan worden afgeleid dat standaardvoorwaarden bij coassurantie bepaalde efficiëntieverbeteringen mee kunnen brengen, zoals vergelijkbaarheid van het aanbod op de markt en rechtszekerheid over de in de polissen neergelegde bepalingen, die in het algemeen aan gebruikers ten goede zullen komen. Bindende (niet-vrijblijvende) standaardpolissen-clausules zullen niet voldoen aan de voorwaarde van onmisbaarheid en daarom niet in aanmerking komen voor een uitzondering van het kartelverbod.

7.4 Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond, was in hoeverre het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of in pools spanning geeft met het mededingingsrecht. Indien spanning kan worden geconstateerd, was de vraag hoe een beoordeling daarvan onder het mededingingsrecht zal luiden. Uit de beschrijving in dit hoofdstuk blijkt dat spanning met het mededingingsrecht met name bestaat bij het vaststellen en verspreiden van gemeenschappelijke polisvoorwaarden door een brancheorganisatie. In dat kader is de aandacht gevestigd op het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie en is de vraag besproken of en in hoeverre het gebruik daarvan een kartel kan opleveren. Samenvattend kan worden gezegd dat, ondanks dat standaardvoorwaarden ‘ter beurze’ niet bindend worden vastgesteld niettemin sprake kan zijn van een besluit dat onder het kartelverbod valt als de polisvoorwaarden ertoe strekken of als

106 Er is in het kader van dit onderzoek geen praktijkonderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre de standaardvoorwaarden van de VNAB in de coassurantiemarkt worden gebruikt en of daarvan wordt afgeweken. Ook is geen (economisch) onderzoek gedaan naar het effect van uitsluitingsclausules in standaardpolissen op de premie.

ONDER EMBARGO

gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Hoewel een niet-bindende polisvoorwaarde minder snel leidt tot mededingingsbezwaren kan deze wel een negatief effect hebben op de mededinging als zij betrekking heeft op de vaststelling of berekening (via een korting) van de premie of anderszins gevolgen heeft op de prijs. Ingeval standaardvoorwaarden al dan niet bindend worden voorgeschreven, staat nog niet vast dat sprake is van een kartel maar moet voor de beoordeling onder het kartelverbod de invloed op de productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie worden nagegaan.

Standaardpolisvoorwaarden die onder het toepassingsbereik vallen van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet kunnen in aanmerking komen voor een vrijstelling van het kartelverbod als voldaan is aan de vier (cumulatieve) vrijstellingscriteria. Kortweg gaat het dan om de vraag of de mededingingsvoordelen de mededingingsbezwaren in voldoende mate compenseren. Uit de beschrijving die is gegeven in dit hoofdstuk blijkt dat het gebruik van standaardpolissen verschillende voordelen voor de mededinging met zich mee kan brengen. In dat kader zijn efficiëntieverbeteringen als lagere transactiekosten, betere vergelijkbaarheid, snellere acceptatie van polissen en gemakkelijkere toetreding tot de markt (lagere toetredingsdrempels) genoemd. Voor een beroep op de vrijstelling van het kartelverbod is tevens van belang dat kan worden aangetoond dat de voordelen worden doorgegeven aan de klant, dat de beperking onmisbaar is en dat voldoende concurrentie resteert. Van bindende clausules kan worden aangenomen dat een beroep op een uitzondering van het kartelverbod strandt op de eis van onmisbaarheid.

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

8 Schaderegeling bij coassurantie en pools

8.1 Inleiding en opbouw

De mededingingsaspecten van de inhoud van een verzekeringsovereenkomst stond in het vorige hoofdstuk centraal. In dit voorliggend hoofdstuk onderzoek ik de toepassing van het mededingingsrecht op de fase van de regeling en afwikkeling van schade. Voor die fase, immers, geldt dat toetsing aan de algemene uitgangspunten van het mededingingsrecht op zijn plaats is nu ook in die fase het niet is toegestaan om afspraken te maken die de mededinging merkbaar beperken. In de coassurantiemarkt worden verschillende afspraken gemaakt die zien op de schadeafwikkeling. Zo is het bij coassurantie gebruikelijk dat in de contracten volgbepalingen ('to follow-clausules') worden opgenomen. Maar ook andere afspraken of vormen van samenwerking doen zich voor rondom het schaderegelingsproces. Evenals in de voorgaande hoofdstukken, rijst de vraag hoe het mededingingsrecht staat tegenover deze vormen van samenwerking. De centrale vraag in dit hoofdstuk is dan ook in hoeverre er spanning bestaat met het mededingingsrecht bij de schaderegeling bij coassurantie of in pools.

De opbouw van dit hoofdstuk is daarmee als volgt. Onder 8.2 zal ik eerst een korte schets geven van het verloop van de schaderegeling bij coassurantie. Vervolgens bespreek ik in par. 8.3 hoe verzekeraars bij coassurantie hun standpunt ten aanzien van het bestaan van dekking en de grootte van de schade bepalen en welke rol volgclausules daarbij spelen. Ik belicht de rol van de schade-expert in par. 8.4. Daarna bespreek ik in par. 8.5 verticale vormen van samenwerking die zich kunnen voordoen bij de schaderegeling. In par. 8.6 kom ik tot een conclusie.

8.2 Algemene beschrijving van het verloop van het schaderegelingsproces bij coassurantie

8.2.1 Zelfregulering bij de schaderegeling bij coassurantie

Om de problematiek zoals die kan spelen te verduidelijken zal ik eerst een korte schets geven van de schaderegeling bij coassurantie.[1] Aanknopingspunten voor hoe het schadeproces bij coassurantie verloopt, zijn te vinden in zelfregulering. Een

1 Nu de schaderegeling bij een pool plaatsvindt binnen het poolverband en daar specifieke afspraken over zullen worden gemaakt, of – wat mogelijk zou kunnen zijn – wordt aangesloten bij de regeling SPC, laat ik dat hier buiten beschouwing.

ONDER EMBARGO

regeling die een belangrijke plek inneemt bij het schadeproces bij coassurantie, is de regeling Schadeproces Coassurantie (hierna: SPC) van de VNAB.[2] Deze regeling die is vastgesteld op 27 mei 1993 en laatstelijk herzien op 23 december 1996 beoogt de afwikkeling van schaden zo efficiënt als mogelijk te doen verlopen.[3] De SPC regelt een viertal onderwerpen van het schadetraject te weten de schademelding, de (tussen)rapportage, de goedkeuring van schade en de verrekening van schade. De laatste twee fasen, de goedkeuring en de verrekening van schades wordt ook wel de schadeafwikkeling genoemd.[4] Daarmee kan het schadeproces worden onderverdeeld in drie fasen: de schademelding, de expertise & rapportage en de afwikkeling. In par. 8.2.2 bespreek ik deze fasen afzonderlijk. Eerst bespreek ik wat uitvoeriger de regeling SPC en daarmee verband houdende relevante zelfregulering.

De SPC geldt voor alle leden en administratieve deelnemers die zijn vermeld in de statuten van de VNAB.[5] Dit betekent dat zowel makelaars, verzekeraars als gevolmachtigd agenten die lid zijn van de VNAB als de administratieve deelnemers (dat wil zeggen: ondernemingen, meestal expertisebureaus, die geen lid zijn van de VNAB maar wel licenties ontvangen voor toegang tot e-ABS) zich aan de bepalingen van de SPC dienen te houden. Een nadere uitwerking van de SPC voor de branche technische verzekeringen (bijvoorbeeld CAR of machinebreukverzekeringen) is te vinden in het 'Convenant technische verzekeringen schadebehandeling en rapportage experts' dat geldt sinds 1 januari 1995. Ook daarin wordt een onderscheid gemaakt tussen de melding, expertise & rapportage en de afwikkeling (wat als gezegd ziet op de goedkeuring en verrekening) van schades.[6]

De SPC moet gelezen worden in samenhang met de regeling 'Administratieve Ondertekening Polisdocumenten' (hierna: AOP). Deze regeling, die al eerder aan bod kwam in hoofdstuk vijf van dit boek, beoogt inzicht te geven in de rol en verantwoordelijkheden van de leidende verzekeraar(s), de volgverzekeraars en de makelaar bij het sluitingsproces van een verzekering in coassurantie. Het is goed om daarbij te realiseren dat de regeling AOP laatstelijk is gewijzigd in januari 2018 en daarmee van recentere datum is dan de regeling SPC.

In de volgende paragraaf zal ik aan de hand van de verschillende fases het schaderegelingsproces bespreken.

ONDER EMBARGO

2 De regeling SPC is te vinden als bijlage 2 bij het document Schadeproces Coassurantie branche technische verzekeringen 2014 van het Verbond van Verzekeraars. De regeling SPC is vastgesteld op 27 mei 1993 en (laatstelijk) herzien op 23 december 1996. De regeling SPC dient gelezen te worden in samenhang met enkele specifieke convenanten: het Convenant Technische Verzekeringen op de regeling SPC ingaande 1 januari 1995, het Addendum Varia op de regeling SPC ingaande 14 maart 1996 en het Convenant Expertise-/ Schadebehandeling Transport ingaande 1 december 1999. De regeling is sterk verouderd en het verdient daarom aanbeveling dat deze wordt herzien.

3 Artikel 1.1 SPC.

4 Dit is bijvoorbeeld het geval in het Convenant technische verzekeringen schadebehandeling en rapportage experts' dat geldt sinds 1 januari 1995.

5 Artikel 1 lid 6 SPC.

6 Sinds 2014 geldt voor de branche technische verzekeringen eveneens het document Schadeproces Coassurantie Technische verzekeringen 2014 van het Verbond van Verzekeraars. Dit document is tot stand gekomen na overleg tussen vertegenwoordigers van verzekeraars, makelaars en experts waarbij de insteek was om de snelheid van het schaderegelingsproces bij coassurantie te versnellen en de rol van alle bij dat proces betrokken partijen te verduidelijken.

8.2.2 *Bespreking van de verschillende fasen van het schadeproces bij coassurantie*

1. Schademelding

Het schadeproces zal starten met de melding van het schadevoorval door de verzekeringnemer of de verzekerde.[7] Melding is verplicht op grond van artikel 7:941 lid 1 BW. Daaruit volgt dat de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, zodra deze van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is of behoort te zijn, de verwezenlijking aan de verzekeraar moet melden. Bij coassurantie wordt daarvan afgeweken doordat in de toepasselijke beurspolisvoorwaarden is bepaald dat de verzekerde de schade rechtsgeldig kan melden bij de makelaar in plaats van bij de verzekeraars.[8] De makelaar meldt de schade op zijn beurt bij de verzekeraars. Illustratief is artikel 16.1 van de Nederlandse Beursbrandpolis versie 2006:

> 'Verzekeraars en verzekerde kunnen alle voor elkaar bestemde mededelingen rechtsgeldig aan de makelaar doen.'

Er wordt dus afgesproken dat de makelaar nadat hij door verzekerde op de hoogte is gebracht van een schade, dit zal moeten melden bij de verzekeraars.[9] In de regeling SPC is bepaald dat de makelaar zo spoedig mogelijk de twee bovenstaande verzekeraars moet informeren over de schade.[10] De regeling SPC gaat hier uit van de situatie dat twee bovenstaande of leidende verzekeraars staan vermeld op een polis. In de praktijk kan dat, zeker waar het grote klanten en lastige schades betreft, inderdaad het geval zijn maar komt het vaker voor dat er één leidende verzekeraar betrokken is op een polis. De betrokkenheid van twee leidende verzekeraars op een schade kan de wens of zelfs een voorwaarde zijn voor volgverzekeraars om deel te nemen in een verzekering. Het kan echter aanleiding geven tot complicaties in de schadebehandeling. Ik zal dat in par. 8.3.2 uitvoeriger behandelen. Alle op de schade betrokken verzekeraars ontvangen van de makelaar zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijf werkdagen, een schriftelijke kennisgeving van de schade.[11] Voor een snelle en efficiënte verwerking dient deze kennisgeving tenminste de volgende indicatieve gegevens te bevatten: polisnummer makelaar, schadenummer makelaar, tenaamstelling verzekerd(n)/verzekeringnemer(s), schadelocatie, VNAB-nummer, alsmede een raming van de schade.[12]

Overeenkomstig artikel 2 van de regeling AOP zullen één of twee leidende verzekeraar(s) met een cijferaanduiding 1, 2 in de polisdocumenten en in e-ABS worden vermeld.[13] Uit de (vernieuwde) regeling AOP blijkt dat sinds 1 januari 2018 niet meer gesproken wordt van twee bovenstaande verzekeraars maar

ONDER EMBARGO

7 Schadeproces coassurantie 2014, p. 3. Wansink 2008, p. 114.
8 Franken & Meijer 2017, p. 346.
9 Artikel 2.1 en 2.2 SPC.
10 Artikel 2.1 SPC.
11 Artikel 2.4 SPC.
12 Artikel 2.4 SPC.
13 Artikel 1.4 SPC.

van één bovenstaande verzekeraar en een zogenoemde medebeheerder.[14] Een medebeheerder (vanouds tweede bovenstaande verzekeraar) is de – nieuwe – aanduiding voor een verzekeraar die samen met de eerste bovenstaande verzekeraar verantwoordelijk is voor de afhandeling van de schades. Dit volgt ook uit artikel 2.2. AOP waarin staat dat de makelaar een medebeheerder zal registreren als leidende verzekeraar met rangnummer 2. De rol van een medebeheerder is beperkt tot het assisteren in het schadetraject.[15] Uit de regeling AOP volgt dat een medebeheerder gezamenlijk met de leidende verzekeraar bij de schadebehandeling is betrokken. Hoe de rol van de leidende verzekeraar en de medebeheerder bij de schadebehandeling zich tot elkaar verhoudt, wordt niet verduidelijkt. Franken & Meijer wijzen erop dat het in beginsel de eerste bovenstaande verzekeraar en niet de tweede bovenstaande verzekeraar is die leiding geeft aan de behandeling van de schade.[16] Zij vermelden tevens dat de eerste bovenstaande verzekeraar in de regel bij afwijzing overleg zal hebben met de tweede bovenstaande verzekeraar en dat de tweede bovenstaande verzekeraar in de regel overleg zal zoeken met de eerste bovenstaande verzekeraar indien deze dekking verleent, maar de tweede bovenstaande verzekeraar het daarmee niet eens is.[17] Het zal daarmee vooral de eerste bovenstaande verzekeraar (dus: de leidende verzekeraar) zijn die het voortouw heeft in de schadebehandeling en daarin bijgestaan kan worden door een medebeheerder (anders gezegd: tweede bovenstaande verzekeraar).

Ten aanzien van de schademelding kan de vraag rijzen op welke wijze de makelaar een schade dient te melden bij de verzekeraars. Voorstelbaar is dat bij gebruik van e-ABS een makelaar de schade in dat systeem zal invoeren waardoor de op een polis betrokken verzekeraars snel op de hoogte kunnen worden gebracht. In de praktijk zal, zeker waar het simpele schades betreft, een melding in e-ABS volstaan. Bij complexere schades zal een makelaar een schade, naast plaatsing in e-ABS, telefonisch melden bij de leidende verzekeraar(s). In het e-ABS systeem kunnen alle op een polis betrokken verzekeraars, dus zowel leider(s) als volgers de schade inzien. Ook het expertiserapport, dat uitvoeriger wordt besproken in de volgende paragraaf, is voor elke verzekeraar in te zien.

2. De inschakeling van een expert en de (tussen)rapportage

Nadat de schade is gemeld bij de verzekeraars zal nader onderzoek worden gedaan naar de schade. Daarvoor geldt dat bij coassurantie bijna altijd een schade-expert zal worden ingeschakeld om onderzoek te doen naar de toedracht van de schade. De betrokkenheid van een expert is vaak nodig omdat beursrisico's naar hun aard complexe risico's zijn en dito schadebeeld kennen. De vraag of en, zo ja, welke expert wordt ingeschakeld zal – zo vermeldt het SPC – (behoudens specifieke branchegebruiken)[18] in overleg worden bepaald tussen de makelaar en de eerste

14 Artikel 2.1 AOP.
15 Artikel 2 lid 2 AOP.
16 Franken & Meijer 2017, p. 351.
17 Franken & Meijer 2017, p. 351.
18 Wat hiermee wordt bedoeld wordt in de regeling niet verduidelijkt.

ONDER EMBARGO

bovenstaande verzekeraar en bij diens afwezigheid de tweede bovenstaande verzekeraar.[19] In de polis kan worden vastgelegd wie een expert benoemt en welke expert dat dan zal zijn. De benoeming van een expert geschiedt in de coassurantiemarkt in principe altijd door de makelaar. De makelaar, immers, onderhoudt het contact met de klant en de communicatie tussen een verzekeraar en de verzekerde vindt in beginsel altijd plaats via de makelaar. Bedacht moet worden dat het wel zo kan zijn dat een verzekeraar met een bepaald expertisebureau afspraken heeft gemaakt over de uitvoering van expertisewerkzaamheden voor die verzekeraar. De makelaar zal in zo'n geval de expert van dat kantoor benoemen. In het SPC is vermeld dat tussen de makelaar en de leidende verzekeraar overleg kan plaatsvinden over de keuze welke expert wordt benoemd en wat de reikwijdte van diens opdracht zal zijn.[20] Wordt besloten dat een expert wordt ingeschakeld dan is het als gezegd de makelaar die namens de verzekeraars de expert benoemt.[21] Het is daarmee ook de makelaar die de expert voorziet van de relevante gegevens die de expert nodig heeft om zijn taak naar behoren te kunnen vervullen.[22] De makelaar zal de expert vragen de rapportage naar hem te sturen. Tevens zal de makelaar de expert de opdracht geven de rapportage gelijktijdig naar de leidende verzekeraar te sturen, indien deze dat heeft aangegeven.[23] De makelaar zal de inschakeling van de expert tevens registreren in e-ABS. Indien de expert door middel van het administratieve lidmaatschap van de VNAB toegang heeft tot e-ABS zal de expert zijn rapportages in dat systeem kunnen zetten waardoor verzekeraars daarin direct inzage krijgen. De makelaar dient tevens de verzekerde te informeren over de benoeming van de expert.

De makelaar ziet toe op snelle rapportage door de expert.[24] De eerste bovenstaande verzekeraar dient na ontvangst van de rapportage binnen vijf werkdagen eventuele bemerkingen aan de makelaar kenbaar te maken. De makelaar zal na overeenstemming met de eerste bovenstaande verzekeraar (over de rapportage) de overige verzekeraars conform de in de branche gebruikelijke procedures[25] informeren.[26]

De expert kan voordat hij het definitieve rapport opstelt, eerdere (voor) berichten opstellen waarin hij een omschrijving geeft van de schade, de geschatte schadereserve en noodzakelijke schade beperkende maatregelen.[27] Dit volgt ook de branchespecifieke regeling Convenant Expertise-Schadebehandeling Transport op het SPC (geldend voor bijvoorbeeld transportgoederen en vervoerdersaansprakelijkheidsverzekeringen) waarin staat dat het expertisebureau zo spoedig mogelijk

19 Artikel 2.2 SPC.
20 Zie bijvoorbeeld artikel 3 van het document Schadeproces Coassurantie Technische Verzekeringeen 2014 van het Verbond van Verzekeraars, p. 7. Vgl. artikel 2.2 SPC.
21 Artikel 2.2 SPC.
22 Artikel 2.3 SPC. Zie ook artikel 3 van Schadeproces Coassurantie 2014.
23 Artikel 2.3 SPC.
24 Artikel 3.1 SPC.
25 Wat met 'in de branche gebruikelijke procedures' wordt bedoeld, wordt niet verduidelijkt.
26 Artikel 3.4 SPC.
27 Zie het document Schadeproces Coassurantie Technische Verzekeringen 2014 van het Verbond van Verzekeraars, p. 10.

ONDER EMBARGO

een voorbericht moet afgeven met daarin vermeld summiere gegevens van de aard, oorzaak en omvang van de schade.[28] Dergelijke berichtgeving stelt de makelaar in staat om, waar nodig, aanvullende informatie van de verzekerde te verkrijgen en kan tevens verzekeraars de mogelijkheid bieden om eventuele aanvullende informatie op te vragen.[29] Bovendien kan een verzekeraar op basis van zo'n voorbericht een schadereservering maken, mogelijke vragen stellen en eventueel al een standpunt innemen ten aanzien van de dekking onder de polis. Na ontvangst van de definitieve rapportage of het eindrapport van de expert stelt de makelaar een schaderekening op en legt deze ter goedkeuring voor aan de twee bovenstaande verzekeraars.[30] Franken & Meijer wijzen erop dat het SPC hierbij uitgaat van de goedkeuring van de schade in overleg tussen de makelaar en de eerste én tweede bovenstaande verzekeraar, terwijl de schadebehandeling in overleg tussen de makelaar en de eerste bovenstaande verzekeraar geschiedt.[31]

De mogelijkheid kan bestaan dat er een contra-expert wordt benoemd bij een schade. Een contra-expert is een andere expert die in opdracht van de verzekeringnemer een onderzoek instelt naar het schadevoorval. Of dit het geval is en of de kosten van zo'n contra-expert voor rekening komen van de verzekeraar danwel de verzekerde zal in de polis zijn bepaald. Het verschilt in de praktijk sterk per branche of er een contra-expert wordt benoemd. Zo is het in de branche van brandverzekeringen gebruikelijker dat contra-expertise plaatsvindt dan in de branche van technische verzekeringen.

3. Goedkeuring en verrekening van de schade

Wanneer de makelaar een definitieve schaderekening heeft opgemaakt en deze ter goedkeuring heeft voorgelegd aan de bovenstaande verzekeraars gaat het SPC uit van een reactietermijn van vijf werkdagen.[32] Indien de bovenstaande verzekeraars de definitieve schaderekening goedkeuren, laat de makelaar dit door middel van een kopie-schaderekening weten aan de volgverzekeraars.[33] Uit de SPC blijkt dat een volgverzekeraar, voorzover lid van de VNAB, is gebonden aan de beslissingen van de twee bovenstaande verzekeraars inzake de afwikkeling van de schade, tenzij de volgverzekeraar binnen drie werkdagen na ontvangst van de kopie schaderekening schriftelijk heeft meegedeeld niet akkoord te kunnen gaan met die schaderekening.[34] Gebondenheid van de volgverzekeraars aan de beslissingen van de bovenstaande verzekeraar(s) zal moeten voortvloeien uit de

UNDER EMBARGO

28 Artikel 2.4.1 en 2.4.2 van het Convenant Expertise-/Schadebehandeling Transport ingaande 1 december 1999.
29 Zie het document Schadeproces Coassurantie Technische Verzekeringen 2014 van het Verbond van Verzekeraars, p. 11.
30 Artikel 4.1 SPC waar wordt uitgegaan van de situatie van twee bovenstaande verzekeraars.
31 Franken & Meijer 2017, p. 369. In art. 2 van het Convenant Technische Verzekeringen Schadebehandeling & Rapportae Experts op de regeling Schadeproces Coassurantie ingaande 1 januari 1995, herzien 4 december 1996, wordt wel uitgegaan van één bovenstaande verzekeraar. Dit is ook het geval voor het Addendum Varia op de regeling Schadeproces Coassurantie ingaande op 14 maart 1996, art. I.
32 Artikel 4.1 SPC. Vgl. Franken & Meijer 2017, p. 369.
33 Artikel 4.2 SPC.
34 Artikel 4.3 SPC. In par. 8.3.1 kom ik op de gebondenheid van de volgverzekeraars op grond van artikel 4.3 SPC terug bij de bespreking van de uitspraak van Rb. Rotterdam van 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840.

opname van een volgbepaling ('to follow clausule') in de polis. Wanneer een dergelijke clausule die – kort samengevat – erop neerkomt dat de volgverzekeraars de bovenstaande verzekeraar zullen volgen in diens beslissing ten aanzien van de schade, zal alleen de bovenstaande verzekeraar goedkeuring dienen te verlenen aan de schade. Zonder opname van een dergelijke clausule zullen in principe alle verzekeraars hun goedkeuring moeten geven aan de schaderekening.[35] In de volgende paragraaf zal ik uitvoeriger het gebruik van volgclausules bij de schadebehandeling bij coassurantie uitwerken.

Een ander aspect van het goedkeuren van schades is de niet reguliere goedkeuring, ofwel de goedkeuring van een schade zonder dat een verzekeraar daartoe op grond van de polis verplicht is. Het SPC gaat ervan uit dat wanneer sprake is van een niet reguliere goedkeuring – bijvoorbeeld: coulance, sans préjudice, ex gratia of dergelijke formuleringen – de rekening dan door alle verzekeraars dient te worden goedgekeurd.[36] Dit heeft ermee te maken dat bij een dergelijke uitkering een verzekeraar op grond van de polisvoorwaarden het recht op dekking kan ontzeggen, maar om andere redenen (bijvoorbeeld klantbelang) toch tot uitkering overgaat. In zo'n situatie ligt, vanwege het ontbreken van het recht op dekking onder de polis, het juist niet voor de hand dat de volgverzekeraars de leider volgen en vereist de SPC daarom dat alle verzekeraars hun goedkeuring moeten geven. Een en ander hangt wel af van de vraag hoe de volgbepaling precies is geformuleerd. Er zijn in de praktijk volgbepalingen waarin staat dat de volgverzekeraars de leidende verzekeraar in alles (dus: ook in coulance uitkeringen) moeten volgen en er zijn volgbepalingen waarin juist een uitzondering wordt gemaakt voor coulance uitkeringen. Nadat een schade is goedgekeurd zal de makelaar door middel van e-ABS een boeking opmaken.[37] De af- en verrekening van de schade zal plaatsvinden in de rekening-courant die bestaat tussen de makelaars en verzekeraars resp. gevolmachtigden en waarin de betaling van premies en de schade-uitkeringen plaatsvinden.[38]

Hierboven is in grote lijnen het schaderegelingsproces bij coassurantie weergegeven. Geconcludeerd kan worden dat de leidende verzekeraar en de makelaar een hoofdrol hebben in het schadetraject. Zo wordt in overleg tussen de makelaar en de leidende verzekeraar besloten of en, zo ja, welke expert wordt ingeschakeld. Volgverzekeraars hebben doorgaans geen invloed op de schaderegeling, omdat zij de bevoegdheid tot het regelen van de schade hebben toebedeeld aan de leidende verzekeraar. Om de leidende verzekeraar de bevoegdheid te geven om het voortouw te kunnen nemen in de schadeafwikkeling, is het van groot belang dat volgbepalingen worden overeengekomen in de polis. Zonder het opnemen van volgbepalingen zijn volgverzekeraars niet contractueel gebonden aan de schaderegeling van de leidende verzekeraar. Welke invloed het al dan niet opnemen

ONDER EMBARGO

35 Vgl. Franken & Meijer 2017, p. 369-370.
36 Artikel 4.4 SPC. Dit is anders voor de varia-branche waar artikel 4.4. geen toepassing vindt op sans-prejudice betalingen, zo volgt uit het Addendum Varia op de regeling SPC, artikel IV.
37 Het gaat dan om de zogenoemde 'Clearing' binnen e-ABS. Daarmee wordt bedoeld het systeem van het boeken van schade in een schade of polisdossier.
38 Franken & Meijer 2017, p. 372. Zie ook: Van Velzen 2017, p. 205.

van een volgclausule heeft op de standpuntbepaling van de dekking in het licht van het mededingingsrecht, bespreek ik in de volgende paragraaf.

8.3 Standpuntbepaling dekking

8.3.1 Het gebruik (en de juridische duiding) van volgclausules bij coassurantie

Zoals gezegd is het bij de verzekering in coassurantie gebruikelijk dat in de polissen volgclausules ('to follow-clausules') worden opgenomen.[39] Het overeenkomen van een volgclausule is met name van belang voor de fase van de afwikkeling van schade omdat zij ervoor zorgt dat de volgverzekeraars de beslissingen van de leidende verzekeraar(s) dienen te accepteren. Bij een volgclausule binden de volgverzekeraars zich namelijk jegens de verzekeringnemer om de beslissing van de leidende verzekeraar(s) inzake de schade te volgen. De gedachte van het opnemen van volgbepalingen in een polis bij coassurantie is dat moet worden vermeden dat de verzekerde zich tot iedere verzekeraar afzonderlijk moet richten en deze – zo nodig – in rechte zou moeten betrekken.[40] De opname van een volgclausule in een polis bij coassurantie heeft daarom tot gevolg dat niet al de verzekeraars die betrokken zijn op een polis een zelfstandige beslissing zullen nemen ten aanzien van de schade maar dat deze beslissing wordt genomen door de leidende verzekeraar(s) die in de praktijk vaak – daar wordt hij immers op geselecteerd in de sluitfase – ook de meeste kennis en expertise zal hebben in de behandeling van schades onder de polis.[41]

Vanuit juridisch oogpunt is het goed om te vermelden dat een volgclausule een contractuele gebondenheid inhoudt van volgverzekeraars jegens de verzekeringnemer. Volgverzekeraars spreken met de verzekeringnemer af dat zij zich zullen houden aan de beslissing van de leidende verzekeraar.[42] Tussen verzekeraars onderling is dus geen overeenkomst.[43] Een verzekering bij coassurantie komt als meerpartijenovereenkomst jegens de verschillende verzekeraars separaat tot stand.[44] Roos wijst er mijns inziens terecht op dat, ook al zijn de verzekeraars bij coassurantie het onderling niet met elkaar eens, zij desondanks jegens de verzekeringnemer gebonden zijn aan de uitkeringsbeslissing van de leidende verzekeraar.[45]

De reikwijdte van een volgclausule kan evenwel verschillend zijn. Er zijn bijvoorbeeld volgclausules waarin de volgverzekeraars zich ertoe verbinden de leidende

ONDER EMBARGO

39 Voor de volledigheid zij vermeld dat er ook een 'follow form clausule' bestaat die ervoor zorgt dat bij verticale risicospreiding in layers de excess verzekeraars de onderliggende verzekeraars volgen in hun beslissingen omtrent de schade. Zie daarover uitgebreid: Roos, *AV&S* 2017/19, p.97-98 alsmede *NTHR* 2018-2, p. 85 e.v. Zie ook: Theunis & Van der Veen, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2016-2, p. 31 e.v.
40 *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/192.
41 De rol van de leidende verzekeraar kwam uitvoerig aan bod in hoofdstuk 5, par. 5.2.1.2.
42 Roos, *AV&S* 2017/19, p. 96.
43 Roos, AV&S 2017/19, p. 96; zie ook: Lange & Dreher, *VersR* 2008/7, p. 289 e.v.
44 Franken & Meijer 2017, p. 344.
45 Roos, AV&S 2017/19, p. 97.

verzekeraar(s) in alles te volgen, maar het komt ook voor dat de volgverzekeraars zich het recht voorbehouden om hun eigen beslissing te nemen bij coulance (ex-gratia) betalingen. Illustratief voor een volgclausule waarin volgverzekeraars de leidende verzekeraar in alle opzichten volgen, is onderstaande clausule afkomstig uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 november 2006:

> 'Indien meerdere ondertekenaars op deze verzekering zijn betrokken, zullen beslissingen betreffende schaderegelingen, restituties etc. zoals door de eerste twee ondertekenaars worden genomen door de andere ondertekenaars worden gevolgd, terwijl deze zich ook in alle andere opzichten bij eerstgenoemde ondertekenaars zullen aansluiten.'[46]

Een voorbeeld waarin volgverzekeraars de leidende verzekeraar juist niet overal in volgen, biedt onderstaande volgclausule:

> The co-insurers acknowledge and agree that they shall follow the fortunes of the leading insurer and shall fully submit themselves to any ruling against the leading insurer in respect of damages to be paid under the terms of the underlying policies or any claims arrangement or settlements made under locally issued policies approved by the leading insurer, *however in respect of ex-gratia payments each co-insurer shall not be bound by the decision of another participating co-insurer and is able to settle such ex-gratia payment) as they see fit, if at all* (cursivering, GTB). The co-insurers agree to pay the leading insurer their proportionate part of all settlements made or payments or costs incurred by the leading insurer.

Hoewel er dus verschillende varianten bestaan van volgclausules is de kern ervan gelegen in het stroomlijnen van het schadeproces bij coassurantie.

Illustratief voor het belang van het opnemen van een volgclausule op een polis bij coassurantie is een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 juli 2016. Ik zal deze uitspraak in het kader van dit hoofdstuk daarom kort bespreken. Het ging in deze zaak om de volgende feiten. Strukton Groep NV (hierna: Strukton), een groot aannemersbedrijf, had via beursmakelaar Aon in coassurantie een beroepsaansprakelijkheidsverzekering gesloten bij verzekeraars Zurich (40%), HDI (40%) en Liberty (20%). Op het handtekeningenblad stond onder het kopje 'Rol' vermeld: Zurich 'Leidend' en bij HDI en Liberty 'Volgend'. Strukton heeft middels een openbare aanbesteding de opdracht gekregen van Rijkswaterstaat om een aquaduct te ontwerpen en uit te voeren over de N57 op Walcheren. Tijdens de uitvoering van de opdracht ontstond discussie over de brandwerendheid van de wanden van het aquaduct als gevolg van een ontwerpfout waarvoor Strukton verantwoordelijk werd gehouden. Nadien is tussen Strukton, AON en Zurich een schikking getroffen voor een bedrag € 800.000 (hierna: de vaststellingsovereenkomst). In de procedure bij de Rechtbank Rotterdam stond de (door Strukton Groep NV gecedeerde) vordering centraal van Aquaduct dat HDI gehouden was aan de vaststellingsovereenkomst gesloten tussen Strukton en Zurich. De kernvraag was of de woorden 'leidend' en 'volgend' op het polisblad, zonder dat daarbij ook een volgclausule was opgenomen, met zich

46 Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840.

ONDER EMBARGO

zouden brengen dat de volgverzekeraars de leidende verzekeraar moesten volgen in diens beslissing ten aanzien van de uitkering van de schade.[47] Het ging in deze uitspraak dus om de situatie waarin er nu juist geen volgclausule was opgenomen in de polis. De rechtbank overweegt dat bij het ontbreken van een volgclausule op grond van de woorden 'leidend' en 'volgend' op het polisblad geen volgplicht kan worden aangenomen:

> '4.7.1. De woorden 'leidend" bij Zurich en "volgend" bij HDI c.s. op het handtekeningenblad – zonder opname in de polisstukken van een to follow clausule als hiervoor bedoeld – zijn *op zichzelf te onbepaald om een volgverplichting ten aanzien van een schaderegeling voor HDI c.s. in het leven te roepen (cursivering, GTB)*. Instemming van HDI c.s. met een zodanige verplichting – die vergaande juridische en financiële gevolgen kan hebben – kan niet op uitsluitend deze aanduidingen worden gebaseerd.
>
> Daarmee zijn deze aanduidingen niet zinledig, nu niet in discussie is dat zij (tenminste) zien op de voortrekkersrol van de leidende verzekeraar als het gaat om de schadeafhandeling. Instemming van HDI c.s. met een verplichting om Zurich in een schaderegeling te volgen had kunnen blijken uit een to follow clausule, maar die ontbreekt in dit geval.

Uit de woorden 'leidend' en 'volgend' op het handtekeningenblad kan dus niet een volgverplichting worden geconstrueerd. Deze woorden zijn volgens de rechtbank op zichzelf te onbepaald om een volgverplichting ten aanzien van een schaderegeling voor HDI c.s. in het leven te roepen. Dat zou anders zijn geweest indien HDI had ingestemd met een volgclausule maar deze ontbrak in dit geval. De rechtbank komt daarom tot de conclusie dat het aannemen van een volgverplichting, die vergaande juridische en financiële gevolgen kan hebben, niet uitsluitend op de aanduidingen op het handtekeningenblad kan worden gebaseerd.

Interessant zijn ook de daaropvolgende rechtsoverwegingen 4.7.2 en 4.7.3 waarin de rechtbank stilstaat bij de betekenis van branche-opvattingen en/of beursgebruiken alsmede de rol van de (hiervoor reeds besproken) regeling SPC:

> 4.7.2. Niet ondenkbaar is dat wegens branche-opvattingen en/of beursgebruiken een verdergaande betekenis aan het woord "volgend" toegekend zou moeten worden, maar daarover heeft Aquaduct niets concreets aangevoerd. Dat had wel op haar weg gelegen, nu zij haar vorderingen baseert op een door haar bepleite uitleg van de polis en HDI c.s. de algemene stellingname van Aquaduct op dit onderdeel heeft bestreden.
> (…)
> Bij gebreke van een concrete onderbouwing van een branche-opvatting en/of beursgebruik door Aquaduct, ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding in dit kader een deskundigenbericht te gelasten. (…)
>
> 4.7.3. Artikel 4.3 van de Regeling Schadeproces Coassurantie van de VNAB biedt geen steun voor het standpunt van Aquaduct. Deze regeling omschrijft de "leidende verzekeraar" als volgt:

47 Zie Rb. Rotterdam 9 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2840, ro. 4.2.

ONDER EMBARGO

> "de verzekeraar(s) welke middels aantekening op de polis zijn gemachtigd mede namens de overige op de polis betrokken verzekeraars de in dit document genoemde stappen uit te mogen voeren".
>
> Van een dergelijke machtiging in de polis is hier geen sprake. Ook hiervoor geldt dat de enkele bewoordingen "leidend" en "volgend" niet voldoende worden geacht. Mocht dit al anders zijn; de regeling voorziet er nu juist in dat een volgverzekeraar de mogelijkheid krijgt zijn goedkeuring te onthouden aan een schaderekening.'[48]

De rechtbank wijst er in de eerste plaats op dat er mogelijk ruimte bestaat om een verdergaande betekenis aan de bewoordingen op het polisblad op grond van branche- en/of beursgebruiken toe te kennen. Daarnaast staat de rechtbank stil bij de toepassing van artikel 4.3 van de regeling SPC. In dat artikel is bepaald dat een volgverzekeraar gebonden is aan de beslissingen van de twee bovenstaande (leidende) verzekeraars inzake de afwikkeling van schade, maar ook dat deze kan aangeven daarmee niet akkoord te willen gaan. Hoewel Aquaduct betoogde dat de regeling SPC steun biedt voor het standpunt dat uit de aanduiding op het polisblad een volgverplichting kan worden afgeleid, kan volgens de rechter geen volgverplichting worden afgeleid uit de regeling SPC. Temeer omdat de regeling erin voorziet dat een volgverzekeraar zijn goedkeuring kan onthouden aan de beslissing van de leidende verzekeraar ingeval sprake is van een coulance betaling.

Bovenstaande bespreking maakt duidelijk dat het van groot praktisch belang is dat volgclausules worden opgenomen bij tekening door meerdere verzekeraars. Het is de verantwoordelijkheid van de makelaar om een dergelijk clausule in een polis op te nemen. In de regel zullen de verzekeringsovereenkomsten op de coassurantiemarkt een volgclausule bevatten.[49] Is zo'n clausule niet opgenomen dan kan immers geen volgverplichting worden aangenomen. Toch kan het in de praktijk (sporadisch) voorkomen dat polissen zonder volgclausule worden gesloten. In die situatie behouden de volgverzekeraars hun zelfstandige positie jegens de verzekeringnemer en kunnen zij hun eigen standpunt ten aanzien van de schade-uitkering bepalen. Volgclausules beïnvloeden dus de zelfstandigheid van het marktgedrag van verzekeraars. Daarmee is de vraag relevant hoe het mededingingsrecht hiertegenover staat. Hoe beïnvloeden kanaliserende afspraken bij de schadebehandeling de mededinging? En hoe verhouden de voordelen voor de mededinging zich tot de nadelen voor de mededinging bij het gebruik van volgclausules? Een antwoord op die vragen geef ik in de volgende paragraaf.

8.3.2 Mededinging en het gebruik van volgclausules bij coassurantie

Als gezegd kan het gebruik van volgclausules mededingingsrechtelijk vragen oproepen. In de eerste plaats is de vraag relevant of volgclausules resulteren in een afspraak tussen ondernemingen die valt onder de categorieën van samenwerking genoemd in het kartelverbod. Voorzover dat het geval is, is de tweede vraag of

48 Rb. Rotterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5431.
49 Vgl. Londonck Sluijk 2017, p. 37.

UNDER EMBARGO

dergelijke afspraken op het terrein van de schadebehandeling de mededinging merkbaar kunnen beperken. Hieronder behandel ik beide aspecten onder het kartelverbod.

8.3.2.1 Zijn volgclausules te beschouwen als een afspraak tussen ondernemingen?

De hoofdregel van het kartelverbod, zoals opgenomen in artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag, is dat overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die de mededinging (merkbaar) beperken verboden zijn. Kan het gebruik van volgclausules bij coassurantie nu gezien worden als een afspraak tussen ondernemingen die kan vallen onder het toepassingsbereik van het kartelverbod? Om die vraag te beantwoorden is het relevant om te onderzoeken of volgclausules bij coassurantie een afspraak vormen tussen – met elkaar concurrerende – ondernemingen. Zoals bekend wordt het begrip 'overeenkomst tussen ondernemingen' in het mededingingsrecht uitgelegd als tussen ondernemingen (direct of via een derde) wilsovereenstemming bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen of zich van bepaald marktgedrag te onthouden.[50] Nu wordt bij opname van een volgclausule in een polis op het eerste gezicht geen wilsovereenstemming bereikt tussen met elkaar concurrerende verzekeraars. De volgclausule wordt immers tussen een individuele verzekeraar en de makelaar namens de verzekeringnemer overeengekomen. Toch wordt door het opnemen van een volgclausule wel bewerkstelligd dat alle op een polis betrokken verzekeraars eenzelfde standpunt innemen ten aanzien van de uitkeringsbeslissing. Hoewel dat vanuit praktisch oogpunt zeker van belang kan zijn – daarop kom ik hieronder terug – heeft een volgclausule als gevolg dat de uitkeringsbeslissing op elkaar wordt afgestemd. Wanneer een volgverzekeraar een leidende verzekeraar volgt in diens beslissingen ten aanzien van de schadebehandeling, kan dat worden gezien als een afspraak tussen ondernemingen in de zin van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet, ook al stemt een verzekeringnemer daar zelf mee in. Zo is artikel 4.3 van de regeling SPC te beschouwen als een ondernemersafspraak. In dat artikel wordt immers bepaald dat de volgverzekeraars in beginsel gebonden zijn aan de beslissingen van de twee bovenstaande verzekeraars. Bij het opnemen van een volgclausule – zoals is weergegeven in par. 8.3.1. – verklaren de volgverzekeraars de leidende verzekeraar(s) in alles te volgen. Ook dat kan worden gezien als een afspraak tussen ondernemingen waarvan niet kan worden uitgesloten dat deze valt onder het bereik van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag en artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet.

ONDER EMBARGO

50 GvEA EG 26 oktober 2000, T-41/96, *Jur*. 2000, p. II-3383 ro. 66-72 (*Bayer/Commissie*). Zie ook: hoofdstuk 2, par. 2.3.1.1.

Beperking van de mededinging?

De vraag is of de coassurantiepraktijk waarbij verzekeraars een leidende verzekeraar (ten aanzien van de schadebehandeling) volgen, is toegestaan onder het mededingingsrecht. Wordt marktgedrag niet teveel op elkaar afgestemd waardoor wordt gehandeld in strijd met het kartelverbod? Ter beantwoording van deze vragen zal moeten worden getoetst of sprake is van een beperking van de mededinging. Zoals ik besprak in hoofdstuk 2 is daarvan sprake als een afspraak tussen ondernemingen het doel of het gevolg heeft om de mededinging te beperken. Een doelbeperking zal alleen aan de orde zijn bij beperkingen (bijvoorbeeld prijs- en marktverdelingsafspraken) waarvan de schadelijke effecten voor de mededinging bij voorbaat al vaststaan. Van een afspraak met mededingingsbeperkende gevolgen is sprake wanneer de afspraak merkbare ongunstige gevolgen heeft voor de mededinging. De eerste categorie, de doelbeperkingen, is mijns inziens niet van toepassing op de coassurantiepraktijk waarbij volgverzekeraars, al dan niet op grond van volgclausules, een leidende verzekeraar volgen in de behandeling van schades. Het volgen van een leidende verzekeraar in diens schadebehandeling is geen vorm van samenwerking waarvan de schadelijke effecten voor de concurrentie bij voorbaat vaststaan. Daar komt bij dat een volgclausule geen afspraak is die ziet op de commerciële voorwaarden – zoals de (bruto of netto)premie – waartegen verzekeraars hun producten verkopen.

Ook lijkt het niet aannemelijk dat het gebruik van volgclausules een beperking van de mededinging tot gevolg zal hebben. Hoewel een volgbepaling leidt tot eenzelfde houding van verzekeraars tegenover de verzekeringnemers en daarmee eenzelfde gedragslijn vertoont op de markt is het volgen van de leidende verzekeraar bij de schadeafwikkeling vanuit praktisch oogpunt in het belang van de verzekeringnemer/verzekerde. Bovendien is het zo dat zelfs al zou van een mededingingsbeperking sprake zijn, dan beargumenteerd kan worden dat de voordelen voor de mededinging zwaarder wegen dan de nadelen. Zoals gezegd is het niet praktisch als de verzekeringnemer zich met zijn schadeclaim tot alle verzekeraars individueel zou moeten richten. Een van de belangrijkste voordelen van het gebruik van volgclausules is dat de verzekeringnemer niet wordt geconfronteerd met verzekeraars die verschillende standpunten innemen ten aanzien van het bestaan en de omvang van dekking en de schade. Dat versnelt het proces van afwikkeling. Efficiëntie is dus gelegen in het feit dat de beslissing over het bestaan van dekking en de omvang van de schade door één of twee verzekeraars (de bovenstaande verzekeraar met eventueel de medebeheerder) wordt genomen in plaats van alle op de polis betrokken verzekeraars. Mededingingsrechtelijk is daarbij niet van belang dat het de makelaar en in het verlengde daarvan de klant is die zelf zal instemmen met het opnemen van een volgclausule in de verzekeringsovereenkomst die wordt aangegaan met de betrokken verzekeraars. Dat betekent dat het aan de verzekeringnemer is, eventueel daarin gesteund door het advies van de door haar ingeschakelde beursmakelaar (haar kennis wordt de verzekeringnemer immers toegerekend), om een volgclausule op te nemen in de verzekeringsovereenkomst.

In de situatie dat geen volgbepalingen zijn opgenomen in een verzekeringspolis behoudt iedere verzekeraar het recht om zijn eigen standpunt te bepalen omtrent

ONDER EMBARGO

de dekking en de hoogte van de schade. Omdat dit in de praktijk slechts sporadisch voorkomt en het in het licht van het mededingingsrecht minder interessant is, laat ik een bespreking daarvan achterwege. Wel vestig ik hieronder nog kort de aandacht op de bijzondere situatie bij coassurantie waarin de schaderegeling is toebedeeld aan twee leidende verzekeraars.[51]

Schadeafwikkeling met twee leidende verzekeraars

Zoals ik aan de orde stelde onder par. 8.2, kunnen bij een verzekering in coassurantie twee bovenstaande verzekeraars (of: één bovenstaande verzekeraar met een medebeheerder) worden aangewezen.[52] Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan de vraag worden gesteld of dit geen risico's in zich heeft op overtreding van het kartelverbod. De situatie waarin twee concurrenten bevoegd zijn om gezamenlijk beslissingen te nemen ten aanzien van de schadeafwikkeling levert op zichzelf uiteraard geen overtreding van het mededingingsrecht op maar kan wel risico's opleveren. Het feit dat twee leidende verzekeraars, die elkaars concurrenten zijn, gezamenlijk bevoegd zijn om schades te regelen, zou een prikkel kunnen geven tot overleg over en afstemming van marktgedrag. Dit hangt vanzelfsprekend af van de omstandigheden van het geval.

In dit kader is het relevant om de beschikking van de Europese Commissie inzake *Lloyd's Underwriters' Association en Institute of London Underwriters* te vermelden waarin het ging om de aanmelding bij de Commissie (voor een ontheffing van het kartelverbod) van een tweetal overeenkomsten, de 'Joint Hull Understandings (JHU)' en de 'Respect of lead agreement' (RLA). Hoewel deze beschikking ziet op de fase van het sluiten van een verzekering (het offerteproces) is de beschikking tevens relevant voor de schadeafwikkeling door twee leidende verzekeraars omdat de Europese Commissie bij de beoordeling van de 'Respect of lead agreement' aan het kartelverbod in aanmerking neemt dat deze de mededinging beperkte door te bepalen dat er twee leidende verzekeraars uit elke vereniging op iedere „slip" (sluitnota) moesten voorkomen.

In de JHU werd verwezen naar een tabel waarin van het schadepercentage afhankelijke minimumpremieverhogingen werden aanbevolen. De premieverhoging steeg met het hoger worden van het schadepercentage.[53] In de RLA werd in de kern bepaald dat de leidende verzekeraars die een bepaalde cascoverzekering als eersten ondertekend hadden, de mogelijkheid moesten hebben om bij verlenging van de polis leider te blijven. De overige ondertekenaars en andere mogelijke

ONDER EMBARGO

51 Hoewel het AOP, als besproken, tegenwoordig uitgaat van één bovenstaande verzekeraar en een (of meer) medebeheerders (voorheen: de tweede bovenstaande verzekeraar), kan in de praktijk nog steeds sprake zijn van twee leidende verzekeraars. Ook is niet geheel duidelijk wat een medebeheerder precies onderscheid van een leidende verzekeraar.

52 Zoals ik eerder constateerde (par. 8.2) wordt tegenwoordig in het AOP gesproken van één bovenstaande verzekeraar en een (of meer) medebeheerders (voorheen: de tweede bovenstaande verzekeraar). Toch blijkt dat in de praktijk nog steeds twee leidende verzekeraars betrokken kunnen zijn op een polis.

53 Beschikking van de Europese Commissie van 4 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.797 en IV/32.798 — Lloyd's Underwriters' Association en Institute of London Underwriters), rn. 16.

leiders mochten niet proberen bij de verlenging te 'leiden'. Dit betekende dat de overige verzekeraars de mogelijkheid werd ontnomen een offerte uit te brengen ter zake van, of mede te dingen naar, polisverlengingen en dat reders de keus, en daarmee de mogelijkheid van lagere prijzen, die concurrentie tussen leidende verzekeraars zou kunnen opleveren, werd onthouden.[54] Onderstaande overwegingen geven de verhoudingen tussen leiders en volgers treffend weer:

> '11. (…) kenmerk van de markt is dat slechts een paar verzekeraars (de "leiders") een bepaald risico diepgaand onderzoeken, het beoordelen en de voorwaarden en premies vaststellen. De overigen (de "volgers") vertrouwen grotendeels op het oordeel van de leiders bij hun beslissing om al dan niet deel te nemen, zodat de reputatie van de leider van een zeker belang is voor de makelaar die bij de volgers op de markt ondersteuning zoekt. Het risico wordt verzekerd door middel van een "slip" of sluitnota, waarop gedetailleerde gegevens betreffende het risico en de voorgestelde dekking worden vermeld. Gebruikelijk is dat bij de verzekering van een scheepscascorisico een twintigtal verzekeraars betrokken zijn, welk aantal tot 50 kan oplopen wanneer de ermee gemoeide bedragen zeer hoog zijn.
>
> 12. Hoewel elke verzekeraar in theorie het recht heeft zelf zijn beslissing te nemen, zijn het in de praktijk ook bij het indienen van schadeclaims de leiders die de beslissingen nemen, terwijl de overigen deze slechts vluchtig doornemen. Betalingen en premies worden centraal afgehandeld.'[55]

Kennelijk was er hier geen volgclausule opgenomen, omdat verzekeraars het recht zouden hebben zelfstandig een beslissing te nemen (maar daar in de praktijk geen gebruik van maakten). De RLA beperkte volgens de Commissie de mededinging op de Londense markt door ervoor te zorgen dat dezelfde leidende verzekeraars die het risico voor de eerste keer verzekerden, dit ook bij verlenging van de polis bleven doen. Deze leiders werden op die manier beschermd tegen de mededinging van potentiële concurrerende leiders die, aldus de Commissie, wellicht gunstiger voorwaarden of prijzen hadden willen bieden. De RLA beperkte ook de mededinging tussen het ILU (Institute of Lloyds Underwriters) en de LUA (Lloyds Underwriters Association) door te bepalen dat er twee leidende verzekeraars uit elke vereniging op iedere "slip" (sluitnota) moesten voorkomen.[56] De Commissie geeft aan dat de makelaars daardoor niet meer vrij waren hun aandacht te concentreren op één vereniging indien zij zulks wensten of indien dit tot kostenbesparingen en gunstiger prijzen zou hebben geleid.

Het feit dat er twee leidende verzekeraars (elkaars concurrenten) op een verzekeringspolis staan vermeld, kan dus niet alleen bij het offerteproces relevant zijn, maar ook van betekenis zijn bij toetsing van het schadeproces aan het mededingingsrecht. Er vindt immers minder concurrentie plaats ten aanzien van de schadebetaling. Afstemming van de hoogte van de schade-uitkering tussen twee leidende verzekeraars

54 Beschikking van de Europese Commissie van 4 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.797 en IV/32.798 — Lloyd's Underwriters' Association en Institute of London Underwriters), rn. 23.

55 Beschikking van de Europese Commissie van 4 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.797 en IV/32.798 — Lloyd's Underwriters' Association en Institute of London Underwriters), rn.11-12.

56 Beschikking van de Europese Commissie van 4 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (*IV/32.797 en IV/32.798 — Lloyd's Underwriters' Association en Institute of London Underwriters*), rn. 37-38.

ONDER EMBARGO

kan daarmee het nadelige effect hebben van uitsluiting van de concurrentie op schadebetaling.

8.3.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf besprak ik de vraag hoe verzekeraars bij coassurantie hun standpunt bepalen ten aanzien van het bestaan van dekking en de grootte van de schade. Daarin maakte ik een onderscheid tussen de situatie waarin er volgbepalingen zijn opgenomen in de bij coassurantie gesloten polis en de situatie waarin dat niet het geval is. Samenvattend is niet evident dat het opnemen van een volgclausule bij de verzekering in coassurantie gepaard gaat met een beperking van de mededinging.

8.4 De rol van de schade-expert bij het schaderegelingsproces

Zoals ik aangaf in par. 8.2 heeft een schade-expert een belangrijke rol bij het schaderegelingsproces bij coasssurantie.[57] Een verzekeraar zal immers op basis van de uitkomsten van het expertiserapport een (eerste) beslissing nemen op de vraag of en zo ja, tot welk bedrag de polis dekking biedt.[58] De schadevaststelling door een expert is daarmee in beginsel bepalend voor de vraag of er al dan niet wordt uitgekeerd aan de verzekerde. Gegeven deze nauwe samenhang tussen de uitkeringsbeslissing van een verzekeraar en de positie van een schade-expert, lijkt het mij goed om op dit onderwerp in deze paragraaf specifiek de aandacht te vestigen. In het bijzonder gaat het dan om afspraken of vormen van samenwerking tussen verzekeraars en (zelfstandige) schade-expertiseorganisaties die invloed hebben op de mededinging en dus ten nadele van de verzekeringnemer kunnen werken.

Voordat ik dat verder uitwerk, is het goed om ervan bewust te zijn dat een schade-expert in meerdere hoedanigheden kan optreden. In de regel handelt een expert in opdracht van verzekeraars om de toedracht van een schade alsmede de schadeomvang vast te stellen. Hij kan echter ook als gevolmachtigde van (veelal) de verzekeraar optreden om de schade meteen bindend te regelen of als bindend adviseur tussen partijen.[59] Bovendien kan het voorkomen dat een expertiseorganisatie ‘claims management’ werkzaamheden verricht voor verzekeraars; alsdan kan sprake zijn van uitbesteding (‘outsourcing’) van werkzaamheden door verzekeraars aan expertiseorganisaties. Een expert kan in dienst zijn van een verzekeraar, een expertiseorganisatie of zelfstandig werkzaam

ONDER EMBARGO

57 Ik laat de vraag hoe expertisewerkzaamheden bij verzekeringspools worden uitgevoerd hier buiten beschouwing. Voorstelbaar is dat daar specifieke afspraken over zullen worden gemaakt binnen het poolverband. Het ligt dan voor de hand dat de beoordeling van afspraken omtrent schadeafwikkeling in een pool worden meegenomen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een pool met het kartelverbod.

58 Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 227.

59 A.Ch.H. Franken, ‘Experts en hun informatieplicht over de inhoud van hun opdracht’, *Het Verzekerings-Archief* 2010-3, p. 126. Zie ook: P.J.M. Drion, ‘De rol van de expert in de objectschadeverzekering’, *Het Verzekerings-Archief* 2010-3, p. 108-112

zijn. In dit speelveld speelt – specifiek voor coassurantie – de makelaar een centrale rol. Hij is degene die ingeval sprake is van coassurantie de expert namens partijen zal benoemen. Daarbij sta ik hieronder stil.

8.4.1 Benoeming van een expert bij coassurantie of pools

Bij de verzekering in coassurantie is het gebruikelijk dat een makelaar namens verzekeraars een expert benoemt.[60] Deze benoeming geschiedt in opdracht van de verzekeraars die betrokken zijn bij de verzekering van het beursrisico. Voordat een makelaar tot de benoeming van een expert overgaat, zal hij in de regel eerst met de bovenstaande verzekeraar op een polis overleggen over de vraag welke expert wordt ingeschakeld en wat diens opdracht zal zijn.[61] De volgverzekeraars worden hier in beginsel niet in betrokken omdat zij zich middels een volgclausule ertoe hebben verbonden de leidende verzekeraar te volgen in diens beslissing(en) ten aanzien van de schaderegeling.

De benoeming van een expert zal veelal zijn geregeld op polisniveau.[62] Illustratief is de hieronder opgenomen (model)clausule uit de door de VNAB beschikbaar gestelde beursbrandpolis (versie 2006):

> 'Als uitsluitend bewijs van de grootte van de schade geldt een taxatie die is gemaakt door een gezamenlijk te benoemen expert of door twee experts, waarvan verzekerde en verzekeraars er ieder één benoemen;
>
> In het laatste geval benoemen beide experts vóór de aanvang van hun werkzaamheden samen een derde expert. Bij gebrek aan overeenstemming stelt deze, na beide experts gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, de omvang van de schade vast overeenkomstig de poliscondities en binnen de grenzen van de beide taxaties.
>
> De experts hebben het recht zich, afzonderlijk of gezamenlijk, door deskundigen te laten bijstaan.'[63]

De benoeming van expert(s) en de aanvaarding van de opdracht tot expertise zal moeten blijken uit een door verzekerde en expert(s) te ondertekenen akte, waarvan het model door de VNAB is gedeponeerd ter griffie van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam.[64] Zoals de bovenstaande clausule illustreert is er een keuze: of er wordt een gezamenlijk expert benoemt of zowel verzekerde als verzekeraars benoemen ieder een eigen expert. In het laatste geval wordt in aanvulling daarop nog een derde expert benoemd die pas in beeld komt als geen overeenstemming bestaat tussen de eerder betrokken experts over de

60 Zie SPC artikel 2 lid 2; Franken & Meijer 2017, p. 351. Het feit dat een makelaar namens verzekeraars een expert benoemt, kan de vraag doen rijzen hoe dat zich verhoudt tot de behartiging van de belangen van de klant. De bespreking van deze vraag valt buiten het bestek van dit hoofdstuk.
61 SPC artikel 2 lid 2.
62 Wansink 2008, p. 102.
63 Deze clausule is overgenomen uit de Nederlandse Beurspolis voor de Brandverzekering versie 2006 (NBB 2006), artikel 7.2.1.
64 Zie bijvoorbeeld artikel 7.2.2. van NBB 2006.

ONDER EMBARGO

omvang van de schade. Deze derde expert wordt in beginsel benoemd door de twee experts waarvan verzekerde en verzekeraar er ieder één benoemen.

8.4.2 De reikwijdte van de opdracht aan een expert & zelfregulering

De opdracht aan een expert zal in de praktijk zijn vastgelegd in een zogenaamd 'Service Level Agreement'. Dit is te zien als een overeenkomst van opdracht, waarop de bepalingen van titel 7.7 BW (artikel 7:400 BW e.v.) van toepassing zijn. Naast de civielrechtelijke bepalingen bestaat er ook zelfregulering in de vorm van de Gedragscode Schade-expertiseorganisaties van het Verbond van verzekeraars alsmede de Gedragsregels van het Nederlands Instituut van Registerexperts (NIVRE). Uit de Gedragscode Schade-expertiseorganisaties volgt dat in de overeenkomst van opdracht duidelijk moet worden gemaakt voor wie/welke verzekeraar een expert optreedt en in welke hoedanigheid.[65] Indien het expertisebureau gelieerd is aan een verzekeraar, zal dat aan de verzekerde moeten worden gemeld.[66] Verder zal moeten worden vastgelegd in de overeenkomst van opdracht of het tot de opdracht van de expert behoort om de verzekeraar te adviseren over de vraag of een claim al dan niet kan worden uitgekeerd of afgehandeld en waar de beslissingsbevoegdheid dan ligt.[67] Ook zal in de overeenkomst van opdracht zijn geregeld welke vergoeding de expert ontvangt voor zijn werkzaamheden. De expertise-organisatie zal op zijn beurt de verzekerde informeren over het verloop van het schaderegelingsproces alsmede of de van toepassing zijnde polisvoorwaarden ruimte bieden voor de vergoeding van contra-expertise. De Gedragscode Schade-expertiseorganisaties bevat tevens een aantal bepalingen die de objectiviteit en integriteit van een expert moeten waarborgen. Zo is bepaald dat een expert geen opdracht mag aanvaarden waarin sprake is van sturing in de richting van door verzekeraars gewenste uitkomst of steekpenningen daartoe ontvangt.[68] Schijn van partijdigheid moet dus worden vermeden.

8.4.3 Mededingingsaspecten van de werkzaamheden van een expert

Voor een beoordeling onder het mededingingsrecht is van belang in welke verhouding partijen tot elkaar staan en op welke wijze zij samenwerken. De vraag is dan of de afspraken die worden gemaakt onder het toepassingsbereik van het mededingingsrecht kunnen vallen. Met andere woorden, op welke wijze is sprake van een overeenkomst, een onderlinge afstemming van marktgedrag of een besluit van een ondernemersvereniging waardoor de mededinging merkbaar wordt beperkt? Ik sta hieronder eerst stil bij de aard van een overeenkomst tussen een verzekeraar en een expertiseorganisatie. Daarna schenk ik aandacht aan de uitbesteding van werkzaamheden aan een expert. Ik besluit deze paragraaf met

65 Gedragscode Schade-expertiseorganisaties 2013 artikel 3.3. sub d.
66 Gedragscode Schade-expertiseorganisaties 2013 artikel 3.3. sub d.
67 Gedragscode Schade-expertiseorganisaties 2013 artikel 3.3. sub a onder iv.
68 Gedragscode Schade-expertiseorganisaties 2013 artikel 3.4; Reglement houdende gedragsregels van het Nivre 2015, artikel 7.1 onder a.

ONDER EMBARGO

het noemen van een aantal overige mededingingsrechtelijke aspecten die van belang zijn voor de rol van een expert bij coassurantie.

De aard van de overeenkomst

Hoe moet de opdracht tot het uitvoeren van schade-expertise nu mededingingsrechtelijk worden geduid? Mededingingsrechtelijk is relevant of sprake is van een vorm van *horizontale* of *verticale* samenwerking. Of daarvan sprake is hangt er vanaf of de partijen bij een overeenkomst (potentiële) concurrenten van elkaar zijn of in een verticale verhouding tot elkaar staan. Van het laatste kan volgens de Europese Commissie worden gesproken wanneer overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen aan de orde zijn waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.[69] Het gaat bij verticale samenwerking dus om afspraken tussen ondernemingen die op een verschillend stadium van het verkoopproces werkzaam zijn.

De overeenkomst tussen een verzekeraar en een expert strekt ertoe om de toedracht van de schade te onderzoeken en binnen de grenzen van de polis de schade vast te stellen. Daarmee is een expert op een andere terrein werkzaam dan een verzekeraar die juist als aanbieder van verzekeringsdiensten actief is. Experts zijn actief op de markt voor schade-expertisediensten. Wanneer verzekeraars bij coassurantie afspraken maken met expertisebureaus, zijn zij in feite de klanten van de expertisebureaus. Verzekeraars kunnen ook zelfstandig expertisewerkzaamheden verrichten, zonder daarbij gebruik te maken van een expertisebureau. Het onderscheid tussen beide markten vervaagt als verzekeraars ook actief zijn of worden op de markt voor expertisediensten, bijvoorbeeld als verzekeraars ook zelf expertisewerkzaamheden verrichten. Verzekeraars en schade-expertiseorganisaties kunnen (dus) niet als directe concurrenten van elkaar worden gezien, behalve als de verzekeraar ook aan expertise doet.

De vraag naar een relatie met het mededingingsrecht wordt pas relevant als verzekeraars onderling overeenkomen om bepaalde afspraken te maken met sommige expertisebureaus. In dat geval is immers sprake van een inkoopcombinatie die invloed kan hebben op de mededinging op de markt voor schade-expertisediensten. Verzekeraars kopen, als zij afspraken maken met expertisebureaus, diensten in op de markt voor schade-expertise. Bovendien is de vergoeding die een expert ontvangt voor zijn werkzaamheden vaak afkomstig van verzekeraars (omdat zij voor hen optreden). Ook de vergoeding van de door een verzekerde ingeschakelde (contra)expert wordt tot een bepaald bedrag (vaak maximaal de verzekerde som) betaald door verzekeraars. Gelet op deze nauwe samenhang die kan bestaan tussen

69 Artikel 1 lid 1 onder a van de Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten, Verordening (EU) nr. 330/2010.

ONDER EMBARGO

verzekeraars en expertise-organisaties dienen vormen van (overkoepelende) samenwerking tussen beide verzekeringsbranches vanuit mededingingsrechtelijk perspectief zorgvuldig te worden beoordeeld. Samenwerking tussen verzekeraars en expertise-organisaties betreffende de regeling en vaststelling van schades (voor een bepaald bedrag) kan immers merkbare invloed hebben op de mededinging op de markt voor verzekeringsdiensten hetzij de markt voor schade-expertisediensten. Op de vraag welke factoren daarbij van belang kunnen zijn, kom ik terug in paragraaf 8.5.

Uitbesteding van werkzaamheden aan een expertiseorganisatie

Een andere vraag die kan worden gesteld is of in de situatie waarin een expertiseorganisatie (een deel van de) werkzaamheden overneemt van een verzekeraar de mededinging in het gedrang komt. Alsdan is relevant of sprake is van 'outsourcing'. Een uitvoerige bespreking van dit onderwerp valt buiten het bestek van dit boek. Van 'outsourcing' is bijvoorbeeld sprake bij 'claims management services'. Werkzaamheden op het terrein van de schaderegeling van een verzekeraar worden dan uitbesteed, bijvoorbeeld aan een schade-expertiseorganisatie. Op zich is daar niets mis mee en kunnen daar schaalvoordelen aan verbonden zijn. Dergelijke afspraken kunnen echter onder het kartelverbod vallen als deze de concurrentie beperken. Dat kan het geval zijn bij exclusiviteitsafspraken en non-concurrentiebedingen. Bijvoorbeeld als wordt afgesproken (of stilzwijgend wordt overeengekomen) dat een verzekeraar exclusief opdrachten zal verstrekken aan een bepaald schade-expertisekantoor. Stilzwijgende afstemming zou aangetoond kunnen worden als over langere periode opdrachten aan eenzelfde expertisekantoor worden verstrekt en er vermoedens zijn dat de in rekening gebrachte prijzen worden afgesproken. Of dat zo zou zijn, zou nader onderzocht moeten worden door de markt voor schade-expertise in kaart te brengen (hoeveel marktpartijen zijn er; wat zijn hun marktaandelen en voor welke partijen treden zij op?).[70] Aan de hand van de concurrentie op de markt voor schade-expertise kan in kaart worden gebracht of hier mededingingsbeperkende gedragingen van verzekeraars zijn of niet.

Overige aspecten

Voor de volledigheid zij vermeld dat het mededingingsrechtelijk van belang is dat het partijen (voldoende) vrij moet staan welke expert of contra-expert zij benoemen en dat die keuze niet wordt beperkt. Als dat wel het geval zou zijn, kan niet alleen de concurrentie op de markt voor schade-experts worden beïnvloed maar zou dit ook in het nadeel kunnen zijn van de verzekerde.

ONDER EMBARGO

70 Dit onderzoek viel buiten het bestek van dit boek.

8.5 Verticale samenwerking bij schadeafwikkeling, bespreking van het Allianz-arrest

Ten aanzien van de afwikkeling van schade(s) zou ten slotte de vraag gesteld kunnen worden in hoeverre het mededingingsrecht het toestaat als verzekeraars afspraken maken met ondernemingen die zich met het herstel van schade bezig houden en tegelijkertijd als assurantietussenpersoon optreden voor deze verzekeraars. Het gaat dan niet zozeer om horizontale afspraken (tussen met elkaar concurrerende verzekeraars) maar om verticale relaties (dus: met andere bedrijven in de distributie/verkoopketen) ten aanzien van de verkoop van verzekeringsproducten.

Een goed voorbeeld van de beoordeling van dergelijke afspraken onder het mededingingsrecht is te vinden in het *Allianz*-arrest.[71] Hoewel dit arrest niet zozeer ziet op coassurantie is het in het kader van dit hoofdstuk wel het bespreken waard omdat het relevante gezichtspunten geeft voor de beoordeling van afspraken tussen ondernemingen in het verkoopproces. Ik behandel dit arrest in dit hoofdstuk omdat de afspraken die werden gemaakt betrekking hadden op schadeherstelwerkzaamheden.

Feitelijke weergave

De casus is als volgt. De verzekeraars Allianz en Generali waren ieder afzonderlijk met een aantal reparatiebedrijven overeengekomen om eenmaal per jaar de voorwaarden en tarieven af te spreken die de verzekeraars zouden betalen voor de reparaties aan beschadigde voertuigen. Dit betroffen afzonderlijke overeenkomsten van Allianz en Generali met de nationale vereniging van merkdealers. Sinds eind 2002 wordt er door Gémosz, de nationale vereniging van merkdealers, in opdracht van en namens een groot aantal autodealers die tevens een reparatiebedrijf hebben met de verzekeraars onderhandeld over de raamovereenkomsten met betrekking tot de uurtarieven voor de reparatie van autoschade. De verzekeraars sloten vervolgens op grond van de raamovereenkomsten individuele overeenkomsten met de betrokken dealers. Daarin was bepaald dat de dealers voor de reparatie van autoschade een hoger tarief kregen indien de autoverzekeringen van Allianz een bepaald percentage van de door hen verkochte verzekeringen uitmaakten.

Wat dit arrest interessant maakt is dat de merkdealers tegenover de verzekeraars een dubbele rol vervulden. Enerzijds repareerden zij in geval van schade de verzekerde auto's voor rekening van de verzekeringsmaatschappijen.[72] Anderzijds fungeerden zij als assurantietussenpersoon voor die verzekeringsmaatschappijen doordat zij in opdracht van hun eigen verzekeringsagenten – als bemiddelaar – klanten bij de verkoop of reparatie van een voertuig een autoverzekering aanboden. Zij boden dus diensten aan op zowel de markt voor verzekeringsbemiddeling/verzekeringsdiensten als de markt voor reparatiediensten.

ONDER EMBARGO

71 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11 (*Allianz*).
72 HvJ EU, 14 maart 2013, C-32/11 ro. 8 (*Allianz*).

De crux in dit arrest was het feit dat in de overeenkomsten die Allianz met de betrokken dealers sloot, was bepaald dat de dealers voor de reparatie van autoschade een hoger tarief kregen wanneer de autoverzekeringen van Allianz een bepaald percentage van de door hen verkochte verzekeringen uitmaakte. Deze individuele overeenkomsten vloeiden voort uit de raamovereenkomsten die Allianz met Gémosz sloot in 2004 en 2005.[73]

De Hongaarse mededingingsautoriteit (Gazdasági Versenyhivatal) stelde vast dat deze overeenkomsten ertoe strekten de mededinging te beperken op de markt voor autoverzekeringen en op de markt voor autoreparaties:

> 'De GVH [De Hongaarse mededingingsautoriteit, GTB] was van mening dat dit samenstel van overeenkomsten, tezamen en afzonderlijk beschouwd, ertoe strekte de mededinging te beperken op de markt voor autoverzekeringen en op de markt voor autoreparaties. Volgens de GVH hadden deze overeenkomsten geen gevolgen voor de intracommunautaire handel, zodat artikel 101 VWEU daarop niet van toepassing was en hun onrechtmatigheid dus enkel uit het nationale mededingingsrecht volgde. Vanwege die onrechtmatigheid verbood zij de voortzetting van de betrokken praktijken en legde zij geldboeten (…) op'.[74]

Vanwege de onrechtmatigheid werden bij besluit geldboetes opgelegd aan Allianz, Generali, de vereniging van autodealers (Gémosz) en verschillende in de zaak betrokken autodealers (Peugeot en Opel). De zaak kwam vervolgens, nadat deze bij de rechtbank en het hof ter beoordeling was voorgelegd, uiteindelijk voor bij de hoogste Hongaarse rechter, het Hof van Cassatie. Deze achtte deze het van belang de zaak te schorsen en een prejudiciële vraag te stellen over de uitleg van het Europese kartelverbod.

De prejudiciële vraag aan het Hof

De (prejudiciële) vraag die aan het Hof werd voorgelegd luidde als volgt:

> '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?'[75]

Het Hof herinnert in zijn beantwoording van de vraag eraan dat een onderscheid bestaat tussen 'inbreuken naar strekking' en 'inbreuken naar gevolg':

ONDER EMBARGO

73 Uit de feiten die zijn opgenomen in het arrest blijkt dat Generali geen raamovereenkomsten sloot met Gémosz, maar wel individuele overeenkomsten met de dealers. Daarin was weliswaar geen sprake van schriftelijke bedingen over hogere tarieven maar de Hongaarse mededingingsautoriteit stelde wel vast dat Generali in de praktijk vergelijkbare bonussen hanteerde (ro. 10).
74 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11 (*Allianz*), ro. 12.
75 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11 (*Allianz*), ro. 16.

> ‘33 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat een overeenkomst slechts onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU kan vallen wanneer zij „ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”. Volgens vaste rechtspraak (…) volgt uit het alternatieve karakter van deze voorwaarde, dat blijkt uit het voegwoord „of”, in de eerste plaats dat moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst, rekening houdend met de economische context waarin zij moet worden toegepast.
>
> 34 Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, behoeven de gevolgen daarvan voor de mededinging niet te worden onderzocht. Wanneer echter uit de inhoud van de overeenkomst niet blijkt dat de mededinging in voldoende mate wordt verstoord, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht en kan de overeenkomst slechts worden verboden indien alle factoren aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd, beperkt of vervalst (…)
>
> 35 Het onderscheid tussen „inbreuken naar strekking” en „inbreuken naar gevolg” houdt verband met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging[76] (…)’.[77]

Uit vaste rechtspraak volgt dus dat als de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, de gevolgen daarvan voor de mededinging niet meer behoeven te worden onderzocht.[78] Met verwijzing naar zijn eerdere arresten, overweegt het Hof dat bij de beoordeling of een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken moet worden gelet op de bewoordingen en de doelen ervan, alsmede de economische en juridische context.[79]

Na het uiteenzetten van dit algemene beoordelingskader, komt het Hof tot de beantwoording van de prejudiciële vraag.

> ‘39 Wat de in de prejudiciële vraag genoemde overeenkomsten betreft, moet worden vastgesteld dat zij betrekking hebben op het uurtarief dat autodealers met een reparatiebedrijf van de verzekeringsmaatschappij krijgen voor reparaties aan voertuigen in geval van schade. Volgens deze overeenkomsten wordt dat tarief verhoogd afhankelijk van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de dealer voor die verzekeringsmaatschappij heeft afgesloten.

ONDER EMBARGO

76 Het Hof verwijst hierbij naar zijn arresten van 20 november 2008, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers*, C-209/07, Jurispr. blz. I-8637, punt 17; arrest *T-Mobile Netherlands* e.a., punt 29, en arrest van 13 december 2012, *Expedia*, C-226/11, punt 36.

77 HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11 (*Allianz*), ro. 33-35.

78 Zie overweging 34 met verwijzing naar zie arresten van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, *Jur*. blz. I-4529, punten 28 en 30; 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *Jur*. blz. I-9291, punt 55; 4 oktober 2011, *Football Association Premier League* e.a., C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 135, en 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, Jurispr. blz. I-9419, punt 34.

79 Zie overweging 36 met verwijzing naar zie reeds aangehaalde arresten *GlaxoSmithKline Services,* punt 58; *Football Association Premier League e.a.,* punt 136, en *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, punt 35). Het Hof stelt ook vast dat bij de beoordeling van die context rekening moet worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (zie arrest Expedia, reeds aangehaald, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ik ben me ervan bewust dat deze passage veel stof in de literatuur heeft doen opwaaien en dat het Hof met het latere arrest *Cartes Bancaires* alsmede *Toshiba* meer duidelijkheid heeft gegeven over het onderscheid tussen ‘inbreuken naar strekking’ en ‘inbreuken naar gevolg’. Zie voor een fraai overzicht van deze discussie de conclusie van AG de Bock bij HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354, rn. 3.4.1-3.4.18 (*Stichting geborgde dierenarts en KNMvD/Agib*)

> 40 Dergelijke overeenkomsten koppelen de vergoeding voor de reparatie van beschadigde voertuigen dus aan die voor de bemiddeling inzake autoverzekeringen. Die koppeling van twee verschillende diensten is mogelijk door de bijzonderheid dat de dealers tegenover de verzekeraars een dubbele rol hebben, namelijk enerzijds als tussenpersoon of bemiddelaar die zijn klanten bij de verkoop of reparatie van een voertuig een autoverzekering aanbiedt, en anderzijds als bedrijf dat beschadigde voertuigen repareert voor rekening van de verzekeraar.
>
> 41 Weliswaar houdt de omstandigheid dat twee in beginsel van elkaar losstaande activiteiten worden gekoppeld, niet automatisch in dat de betrokken overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, maar dit kan wel *een belangrijke factor zijn om te bepalen of deze overeenkomst naar haar aard schadelijk is voor de goede werking van de normale mededinging, hetgeen met name het geval is wanneer die werking vereist dat die activiteiten los van elkaar staan* [curs, GTB].

Eerst stelt het Hof dus vast dat de afspraken zien op het uurtarief dat dealers met een reparatiebedrijf ontvangen van de verzekeraars en dat dat uurtarief wordt verhoogd afhankelijk van het aantal verzekeringsovereenkomsten die de dealer als bemiddelaar afsluit. De dubbele rol van de dealers tegenover de verzekeraars kan, zo overweegt het Hof in ro. 41, een belangrijke factor zijn om te bepalen of deze overeenkomst naar haar aard schadelijk is voor de goede werking van de normale mededinging. Wanneer de marktwerking vereist dat de activiteiten los van elkaar staan, kan de koppeling ervan dus ertoe strekken de mededinging te beperken. Vervolgens gaat het Hof in op de invloed van de afspraak op de mededinging op de twee markten: de autoverzekeringsmarkt en de autoreparatiemarkt. Voor een goed begrip van de materie heb ik deze overwegingen hieronder opgenomen.

> 42 Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat een dergelijke overeenkomst niet één, maar twee markten ongunstig kan beïnvloeden, in casu de autoverzekeringsmarkt en de autoreparatiemarkt, en dat haar strekking dus dient te worden beoordeeld ten aanzien van beide betrokken markten.
>
> 43 In dit verband moet er om te beginnen op worden gewezen dat, anders dan Allianz en Generali lijken aan te nemen, de omstandigheid dat het in beide gevallen om verticale relaties gaat, geenszins uitsluit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst „naar haar strekking" mededingingsbeperkend is. Ofschoon verticale overeenkomsten naar hun aard vaak minder schadelijk voor de mededinging zijn dan horizontale overeenkomsten, kunnen zij niettemin onder bepaalde omstandigheden immers ook een zeer groot mededingingsbeperkend potentieel hebben. Het Hof heeft dan ook reeds herhaaldelijk geoordeeld dat een verticale overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking had[80]

De strekking van de overeenkomst moet dus worden bepaald ten aanzien van de mededinging op beide markten waar de overeenkomst invloed op heeft. Hierbij vermeld het Hof dat het feit dat het in dit arrest gaat om verticale relaties (dat wil zeggen: partijen actief in een verschillend stadium van het verkoopproces) niet wegneemt dat zij ertoe kunnen strekken de mededinging te beperken.

80 Het Hof verwijst hier naar zijn arresten van 13 juli 1966, *Consten en Grundig/Commissie*, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450; 1 februari 1978, *Miller International Schallplatten/Commissie*, 19/77, Jurispr. blz. 131, en 3 juli 1985, *Binon*, 243/83, Jurispr. blz. 2015, en arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

ONDER EMBARGO

Ook de bedoeling van partijen is van belang voor het toetsen of een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken:

> 44 Voorts moet bij de beoordeling van de strekking van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomsten voor de autoverzekeringsmarkt worden vastgesteld dat verzekeringsmaatschappijen zoals Allianz en Generali met dergelijke overeenkomsten ernaar streven hun marktaandeel te behouden of uit te breiden.

Daarbij geeft het Hof in ro. 45 aan dat een horizontale afspraak (dat wil zeggen: een afspraak tussen directe of potentiële concurrenten) met betrekking tot de verdeling van de markt de strekking zou hebben om de mededinging beperken.

> 45 Vaststaat dat indien tussen die twee verzekeringsmaatschappijen sprake zou zijn van een horizontale overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging bedoeld om de markt te verdelen, die overeenkomst of gedraging zou moeten worden aangemerkt als naar haar strekking beperkend en tevens zou leiden tot de onrechtmatigheid van de verticale afspraken die zijn gemaakt ter uitvoering van die overeenkomst of gedraging. Allianz en Generali betwisten evenwel dat tussen hen afspraken zijn gemaakt of onderlinge afstemming heeft plaatsgevonden en stellen dat volgens het litigieuze besluit niet is gebleken van een dergelijke overeenkomst of gedraging. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit juist is en, voor zover het nationale recht dat toelaat, om te beoordelen of er voldoende bewijs is om het bestaan van een overeenkomst of onderlinge afstemming tussen Allianz en Generali vast te stellen.
>
> 46 Ook al zou er tussen die verzekeringsmaatschappijen geen overeenkomst of onderlinge afstemming zijn, dan dient toch nog te worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verticale overeenkomsten, gelet op hun economische en juridische context, de mededinging op de autoverzekeringsmarkt in voldoende mate verstoren om te kunnen spreken van overeenkomsten die naar hun strekking mededingingsbeperkend zijn.

Vervolgens geeft het Hof een aantal relevante toetsingscriteria om na te gaan of de afspraak ertoe strekt dat de mededinging wordt beperkt:

> 47 Dat zou met name het geval kunnen zijn indien, zoals de Hongaarse regering stelt, *de rol die het nationale recht toebedeelt aan als tussenpersoon of bemiddelaar inzake verzekeringen handelende dealers, vereist dat zij onafhankelijk zijn van de verzekeringsmaatschappijen* [curs, GTB]. Deze regering merkt in dit verband op dat die dealers niet namens een verzekeraar, maar namens de verzekeringnemer handelen en hem uit het aanbod van verschillende verzekeringsmaatschappijen de verzekering die het beste bij hem past, moeten aanbieden. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of, in die omstandigheden en gelet op de verwachtingen van die verzekeringnemers, de goede werking van de autoverzekeringsmarkt aanzienlijk kan worden verstoord door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomsten.
>
> 48 Bovendien zouden die overeenkomsten ook naar hun strekking mededingingsbeperkend zijn indien de verwijzende rechter zou vaststellen dat het, gelet op de economische context, *waarschijnlijk is dat de mededinging op die markt als gevolg van het sluiten van die overeenkomsten zou worden uitgeschakeld of ernstig zou worden verzwakt* [curs, GTB]. Ter beoordeling van het risico van een dergelijke uitkomst dient de verwijzende rechter met name de structuur van die markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen in aanmerking te nemen.

ONDER EMBARGO

> 49 Ten slotte moet bij de beoordeling van de strekking van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomsten voor de autoreparatiemarkt rekening worden gehouden met *het feit dat deze overeenkomsten blijkbaar zijn gesloten op basis van „adviesprijzen"* [curs, GTB] die waren vastgesteld in drie door GÉMOSZ in de periode van 2003 tot 2005 genomen beslissingen. Tegen deze achtergrond staat het aan de verwijzende rechter om de aard en precieze reikwijdte van die beslissingen te bepalen (zie in die zin arrest van 2 april 2009, Pedro IV Servicios, C 260/07, Jurispr. blz. I 2437, punten 78 en 79).

Het Hof geeft hiermee dus een aantal relevante toetsingsfactoren mee die bepalend kunnen zijn voor de vraag of een verticale afspraak tussen ondernemingen de mededinging (naar haar aard) beperkt. Het belang is groot omdat, zoals gezegd, het antwoord op de vraag of er sprake is van een 'inbreuk naar strekking' belangrijke bewijsrechtelijke consequenties heeft. Van dergelijke vormen van collusie zijn de beperkende gevolgen immers gegeven.

Uiteindelijk komt het Hof tot het volgende antwoord op de aan hem gestelde vraag:

> '51 Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat overeenkomsten waarbij autoverzekeraars bilaterale afspraken maken met autodealers die een reparatiebedrijf hebben, of met een vereniging die deze autodealers vertegenwoordigt, over het door de verzekeringsmaatschappij te betalen uurtarief voor reparaties aan bij haar verzekerde voertuigen en dat tarief onder meer afhankelijk maken van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de dealer als tussenpersoon voor die verzekeringsmaatschappij heeft afgesloten, kunnen worden aangemerkt als „naar hun strekking" mededingingsbeperkend in de zin van deze bepaling wanneer na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud en het doel van deze overeenkomsten en hun economische en juridische context blijkt dat zij naar hun aard schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging op een van de twee betrokken markten.'

Commentaar

Wat betekent dit nu voor de beoordeling van verticale samenwerking in het verkoop- en schaderegelingsproces in de (zakelijke) verzekeringssector? Het arrest geeft een fraai overzicht van de factoren die mededingingsrechtelijk relevant zullen zijn bij de vraag of verticale samenwerking in de verzekeringssector is toegestaan. Samenwerkingsvormen kunnen daaraan getoetst worden. Dit geldt ook voor de beoordeling van verticale samenwerking ten aanzien van schadeafwikkeling en/of het verkoopproces. Uit de hierboven opgenomen overwegingen kunnen daarmee de volgende factoren worden afgeleid:

a. De koppeling van twee in beginsel van elkaar losstaande activiteiten. Dit houdt niet automatisch in dat de betrokken overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, maar dit kan wel een belangrijke factor zijn om te bepalen of deze overeenkomst naar haar aard schadelijk is voor de goede werking van de normale mededinging, hetgeen met name het geval is wanneer die werking vereist dat die activiteiten los van elkaar staan (rn. 41);
b. Vanwege de invloed op de mededinging op twee markten moet de strekking van de overeenkomsten ten aanzien van de autoverzekeringsmarkt als de autoreparatiemarkt worden beoordeeld (rn. 42);

ONDER-WARGO

c. Ook verticale samenwerkingsvormen kunnen de strekking hebben de mededinging te beperken (rn. 43), om dat vast te stellen is het doel van de gesloten overeenkomsten van belang (rn. 44);
d. De onafhankelijke positie van de assurantietussenpersoon. Daarbij spelen de verwachtingen van de verzekeringnemers een rol en de vraag of deze aanzienlijk worden verstoord door de gesloten overeenkomsten (rn. 47);
e. De restconcurrentie. Factoren die daarbij een rol spelen zijn: de structuur van de markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen (rn. 48).

Deze factoren zullen van belang zijn bij de beoordeling van samenwerking in verticale verhoudingen. Op verschillende manieren zou daarvan sprake kunnen zijn. Te denken valt aan samenwerking in de distributieketen, bijvoorbeeld met gevolmachtigden of makelaars. Steeds is dan geen sprake van samenwerking op horizontaal niveau (tussen verzekeraars) maar met een onderneming die in een verticale relatie staat tot de verzekeraar. Denkbaar is dat er bij schadeafwikkeling door verzekeraars afspraken gemaakt kunnen worden met opvolgende ondernemingen in de distributieketen zoals schadehersteldiensten of schade-expertisebedrijven. Ook voor verticale samenwerking geldt, zoals ik dat ook al onder 8.4 al opmerkte, dat het mededingingsrecht daarop van toepassing is.[81] Dat betekent dat bovengenoemde factoren relevant zijn bij een beoordeling van samenwerking aan het mededingingsrecht.

8.6 Conclusie

In dit hoofdstuk besprak ik enkele aspecten van de schadeafwikkeling (bij coassurantie) vanuit het mededingingsrechtelijk perspectief. Besproken zijn de werking van volgclausules en het mededingingsrecht, de beoordeling van de verhoudingen bij schade-expertise vanuit mededingingsperspectief, en verticale samenwerking in de distributieketen. Steeds stond de vraag centraal welke spanning afspraken of samenwerking bij de schaderegeling kan geven met het mededingingsrecht. Geconcludeerd kan worden dat samenwerking bij de fase van de regeling van schades ziet op de concurrentie op het punt van de uitkering van schades. Het opnemen van een volgclausule kan als nadeel hebben dat de concurrentie op het gebied van de schade-uitkering wordt verminderd, maar het lijkt aannemelijk dat de voordelen de nadelen ervan in voldoende mate compenseren. Een mogelijk aandachtsgebied is de verhouding tussen verzekeraars en expertiseorganisaties voor wat betreft de uitbesteding van werkzaamheden en kanaliserende afspraken. Gelet op de relatie en afhankelijkheid tussen de markt

81 Uit artikel 1 lid 1 sub a van de Verordening (EU) nr. 330/2010 volgt dat onder een 'verticale overeenkomst' moet worden verstaan een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen

ONDER EMBARGO

voor verzekeringsdiensten en de markt voor schade-expertisediensten dienen afspraken die in een voorkomend geval kunnen worden gemaakt ten behoeve van de schaderegeling zorgvuldig getoetst te worden op hun verenigbaarheid met het mededingingsrecht. Dat geldt ook voor afspraken ten aanzien van het schadeherstel waarbij goed mogelijk is dat de mededinging op verschillende markten wordt geraakt, zoals het *Allianz*-arrest illustreert.

ONDER EMBARGO

Deel III Beantwoording onderzoeksvragen

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

9 Conclusie en aanbevelingen

9.1 Inleiding en opbouw

Dit hoofdstuk bevat de conclusie van het gedane onderzoek. In de voorgaande hoofdstukken nam ik een aantal (deel)terreinen onder de loep en onderzocht ik – kort samengevat – steeds of, en zo ja, waar spanning bestaat of kan ontstaan tussen de verzekeringspraktijk en het mededingingsrecht. In dit laatste hoofdstuk beschrijf ik de belangrijkste onderzoeksbevindingen. Daarmee beantwoord ik de centrale onderzoeksvraag en de daarbij behorende deelvragen. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst breng ik de lezer in herinnering hoe dit onderzoek is opgezet. Vervolgens geef ik onder 9.3 een antwoord op de deelvragen. In paragraaf 9.4 wordt antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag. In paragraaf 9.5 geef ik ten slotte enkele (beleids)aanbevelingen.

9.2 De opzet van dit onderzoek

In dit proefschrift is onderzoek gedaan naar de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt. Die markt omvat de verzekering van (groot) zakelijke risico's die door tussenkomst van een makelaar vaak, maar zeker niet uitsluitend, in coassurantie worden ondergebracht bij meerdere verzekeraars. De zakelijke verzekeringsmarkt is vanuit mededingingsrechtelijk perspectief interessant, omdat deze markt wordt gekenmerkt door een grote behoefte aan samenwerking. We zien dat samenwerking zich bijvoorbeeld voordoet bij het verzekeren van grote en complexe risico's in coassurantie en/of in pools, bij standaardisering van polisvoorwaarden, uitwisseling van (statistische) informatie ten behoeve van de berekening van risicopremietarieven en de afwikkeling van schades. Het is vooral bij de verzekering door middel van *coassurantie*, dat wil zeggen dat meerdere verzekeraars gezamenlijk één risico verzekeren, dat marktpartijen (verzekeraars en/of makelaars) samenwerken.[1] Dat centrale element van samenwerking roept de vraag op hoe de verzekering in coassurantie zich verhoudt tot het mededingingsrecht. Het mededingingsrechtelijke uitgangspunt is immers dat iedere verzekeraar zijn marktgedrag zelfstandig moet bepalen en op

1 Coassurantie kan op diverse manieren plaatsvinden: in ad hoc combinaties van verzekeraars, al dan niet op instigatie van een makelaar, al dan niet ter beurze, in poolverband of in verband met een aanbesteding.

ONDER EMBARGO

het eerste gezicht staat de samenwerking bij coassurantie daarmee op gespannen voet. Wanneer kan worden geconstateerd dat samenwerking op grond van het mededingingsrecht in beginsel niet is toegestaan, maar de samenwerking wel gepaard gaat met (substantiële) voordelen voor de mededinging, is tevens de vraag relevant of deze voordelen de mededingingsbezwaren in voldoende mate compenseren. Rechtvaardigt het tegen gemeenschappelijke condities verzekeren van risico's in verzekeringspools bijvoorbeeld een vrijstelling van het kartelverbod? Het gaat hier om de vraag welke die het mededingingsrecht biedt voor de samenwerkingsvormen in de zakelijke verzekeringsmarkt.

Het bovenstaande geeft in het kort het gekozen onderzoekdomein weer. Dit proefschrift bouwt voort op de resultaten van andere onderzoeken die met name door de Europese Commissie in de afgelopen jaren zijn gedaan naar coassurantie, verzekeringspools en het mededingingsrecht.[2] De aanleiding voor deze onderzoeken was het vermoeden dat in de zakelijke verzekeringsmarkt mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen zouden plaatsvinden. Zo besloot de Europese Commissie in 2005 om een onderzoek in te stellen naar de mededinging in de zakelijke verzekeringsmarkt.[3] In dit onderzoek werd geconcludeerd dat er door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten aandacht dient te worden besteed aan bepaalde praktijken die de aanpassing van premies tot gevolg hebben in gevallen waarin medeverzekering (ofwel: coassurantie) en herverzekering worden gekocht in een tweestapsinschrijvingsprocedure, waarbij de prijs van een marktleider door (her)verzekeraars wordt gevolgd. De tweestapsinschrijvingsprocedure ziet erop dat voor de verzekering van een bepaald risico in coassurantie door de makelaar eerst een leidende verzekeraar wordt gezocht (waarmee uitvoerig wordt onderhandeld) en daarna volgverzekeraars worden benaderd om (vaak op basis van de offerte van de leider) mee te tekenen. Tevens werd door de Europese Commissie aandacht besteed aan gevallen waarin een wijdverbreid gebruik van langetermijncontracten tot cumulatieve marktafscherming kan leiden. Ook constateerde de Europese Commissie mogelijk marktfalen op het gebied van verzekeringsbemiddeling.[4]

Dit onderzoek van de Europese toezichthouder had ook consequenties voor de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt. Het onderzoek had tot gevolg dat in februari 2008 als reactie op het onderzoek van de Europese Commissie een rapport van economisch onderzoeksinstituut SEO verscheen, dat was opgesteld in opdracht van de VNAB: de brancheverenigingen van de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt. In dit rapport werd geconcludeerd dat de Nederlandse zakelijke

ONDER EMBARGO

2 Ik verwijs hierbij naar de onderzoeken door de Europese Commissie, persbericht van de Commissie van 13 juni 2005, (*PbEU* 2005, C144/13), gevolgd door het eindrapport in 2007, COM(2007)556 def. Het onderzoek door EY 2014 en Baarsma e.a. 2008. Zie ook het onderzoek van de ACM in het kader van de Monitor Financiële Sector in 2005 en het onderzoek door Boone e.a. 2011.

3 Commission decision van 13/06/2005 initiating an inquiry into the business insurance sector pursuant to article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003.

4 COM(2007) 556 definitief, mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Sectoraal onderzoek overeenkomstig artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de mededingingssituatie in de sector zakelijke verzekeringen (Eindverslag) {SEC(2007) 1231}, rn. 37.

verzekeringsmarkt efficiënt en competitief zou zijn, wat met name het gevolg is van de belangrijke mededingings-bevorderende rol die de makelaar heeft.[5] Ook de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, thans: ACM) heeft de mededinging op de (zakelijke) verzekeringsmarkt in het verleden onder de loep genomen. Zij kwam tot de conclusie dat in deze markt wel degelijk mededingingseconomische risico's bestonden vanwege de vergaande samenwerking tussen verzekeraars en de intensieve contacten tussen verzekeraars en makelaars.[6] Daarom was volgens de NMa blijvend mededingingstoezicht gewenst.

In het licht van de bovenvermelde gebeurtenissen heb ik ervoor gekozen om aan het onderwerp mededinging en verzekering een proefschrift te wijden. Het doel van dit onderzoek was om het spanningsveld tussen (de wijze van) verzekeren in de zakelijke verzekeringsmarkt en het mededingingsrecht grondig(er) in kaart te brengen. Daarom is de volgende onderzoeksvraag gesteld:

Hoe verhoudt de verzekering in coassurantie of via pools zich tot de inhoud van het mededingingsrecht?

Met het oog op de beantwoording van deze centrale onderzoeksvraag heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat is de kern van het mededingingsrecht?
2. Welke rol spelen economische factoren bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector?
3. Wat is coassurantie, wat is de verzekering in pools en hoe werken zij in de Nederlandse praktijk?
4. Op welke punten geeft de verzekering in coassurantie of via pools spanning met het mededingingsrecht?
   - 4.1. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie of in pools?
   - 4.2. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of in pools?
   - 4.3. In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij de schaderegeling bij coassurantie of in pools?
5. Hoe kan worden omgegaan met de spanning tussen coassurantie, pools en het mededingingsrecht?

Dit boek is opgebouwd aan de hand van deze deelvragen. De opbouw van het boek geeft tegelijk ook de beperkingen weer die zijn aangebracht. Het onderzoek is beperkt tot mededingingsaspecten die een rol spelen bij de verzekering in coassurantie of in pools. Daarbij is als uitgangspunt gekozen om de toepassing van het mededingingsrechtelijke kartelverbod en verbod op misbruik van een machtspositie op de verzekeringspraktijk te onderzoeken. In de volgende paragraaf zal ik door middel van een samenvatting van de belangrijkste bevindingen per hoofdstuk

5 Baarsma e.a. 2008.
6 NMa, Monitor Financiële Sector 2005, p. 85-96.

UNDER EMBARGO

een antwoord geven op de hierboven weergegeven deelvragen. Vervolgens kom ik tot de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Het antwoord op deelvraag vijf is opgenomen in par. 9.5 waar ik tevens enkele aanbevelingen formuleer.

9.3 Beantwoording van de deelvragen en weergave kernbevindingen

Dit proefschrift is opgezet als drieluik. In deel I is het noodzakelijke onderzoekkader gegeven. Daarin is antwoord gegeven op de deelvragen één tot en met drie. Een bespreking van de kern van het mededingingsrecht is te vinden in hoofdstuk twee. Hoofdstuk drie geeft antwoord op deelvraag twee en in hoofdstuk vier vindt de lezer de beantwoording van deelvraag drie. Na het algemene onderzoekkader in deel I, omvat deel II van dit boek het onderzoek naar de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de sluitingsfase (hoofdstukken 5 en 6), de inhoud van een verzekering (hoofdstuk 7) en de afwikkeling van schades (hoofdstuk 8). In deze indeling komen de deelvragen 4a tot en met 4c achtereenvolgens aan bod. Hieronder geef ik per hoofdstuk een samenvatting van de belangrijkste bevindingen, waarmee ik tevens een antwoord geef op de hierboven vermelde deelvragen. De kernbevindingen per deelvraag zijn aan het einde van iedere paragraaf opgesomd.

9.3.1 Deel I (hoofdstukken 2 tot en met 4)

Deelvraag 1: Wat is de kern van het mededingingsrecht?

Ter beantwoording van de eerste deelvraag vindt de lezer in *hoofdstuk 2* een bespreking van de inhoud van het mededingingsrecht. Ik geef hieronder een korte samenvatting van dit hoofdstuk. De kern van het mededingingsrecht is de bescherming van de concurrentie op de Nederlandse en de Europese interne markt. Om dit doel te verwezenlijken, bevat het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht vier pijlers. In hoofdstuk 2 zijn deze vier pijlers van het mededingingsrecht, het kartelverbod, het verbod op misbruik van een machtspositie, het concentratietoezicht en het verbod op staatsteun, uitgelegd en beschreven. Voor de verdere analyse was vooral de toepassing van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie relevant. Aan de inhoud van die verboden is daarom de meeste aandacht geschonken. Voor de bespreking van het mededingingsrecht is primair gebruik gemaakt van bronnen van het Europese mededingingsrecht vanwege het feit dat het Nederlandse mededingingsrecht daar in feite een kopie van vormt. De toepassing van het kartelverbod bestaat uit twee toetsingsfasen. In de eerste fase wordt getoetst of sprake is van een kartelafspraak: een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging met als doel of gevolg dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst beperkt. In de tweede fase, waaraan pas wordt toegekomen als blijkt dat een bepaalde gedraging een ‘kartelafspraak’ is, wordt getoetst aan de vier cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden van het derde lid van artikel 101 van het

UNDER EMBARGO

Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Wat de verdeling van de bewijslast in dezen betreft, is het de mededingingsautoriteit die dient aan te tonen of bepaald marktgedrag valt onder lid 1 van het kartelverbod en staat het vervolgens aan de betrokken ondernemingen om aan te tonen dat een 'kartel' alsnog voldoet aan de vier vrijstellingsvoorwaarden van lid 3. Om te kunnen vallen onder het eerste lid van het kartelverbod, moet (wils)overeenstemming zijn bereikt tussen ondernemingen om hun marktgedrag op elkaar af te stemmen. Die overeenstemming kan schriftelijk, maar ook mondeling of zelfs stilzwijgend zijn bereikt. Wanneer sprake is van een afspraak tussen ondernemingen moet deze om onder het kartelverbod te vallen het doel of het gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Over het algemeen wordt eerst onderzocht of een afspraak het doel heeft om de mededinging te beperken, omdat, mocht dat het geval zijn, de gevolgen voor de mededinging in beginsel niet meer onderzocht hoeven te worden. Een afspraak heeft het doel om de mededinging te beperken wanneer de schadelijke effecten voor de mededinging al bij voorbaat vaststaan. Dit is het geval met prijs- of marktverdelingsafspraken. Voor het aannemen van een gevolgbeperking, waarvan niet evident is dat de mededinging wordt beperkt, is uitgebreider marktonderzoek noodzakelijk. Bij een beroep op de vrijstelling van het kartelverbod gaat het erom dat efficiëntieverbeteringen de nadelen van het 'kartel' voor de mededinging in voldoende mate moeten compenseren. Naast deze wettelijke vrijstelling van het kartelverbod bestaat de mogelijkheid dat de wetgever door middel van een groepsvrijstellingsverordening het kartelverbod buiten toepassing heeft verklaard voor bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen/de 'kartels'. Ook is in hoofdstuk 2 de bijzondere groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector besproken. Lange tijd heeft deze groepsvrijstellingsverordening bestaan, maar de Europese Commissie heeft besloten om deze in 2017 niet te verlengen. De reden daarvoor was dat zij een dergelijk uitzonderlijk rechtsinstrument niet noodzakelijk achtte om de behoefte aan samenwerking te waarborgen. Verder is de uitzondering voor 'kartels' die een niet-merkbare invloed hebben op de mededinging besproken. Deze regeling ziet erop dat 'kartels' die een zeer geringe invloed hebben op de mededinging waardoor het schadelijke effect dat ervan uitgaat zeer klein of nihil is, niet verboden zijn. Aan de hand van het marktaandeel van de partijen bij een overeenkomst wordt in het mededingingsrecht beoordeeld of partijen bij een 'kartel' in aanmerking komen voor een dergelijke uitzondering. Een groot marktaandeel wijst immers op het bestaan van marktmacht. Marktmacht geeft ondernemingen de mogelijkheid om de concurrentie te vervalsen. Dit fenomeen speelt tevens een belangrijke rol bij de toepassing van het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Bij toetsing van marktgedrag aan het verbod op misbruik van een machtspositie, neergelegd in artikel 102 van het Werkingsverdrag en artikel 24 van de Mededingingswet gaat het in de kern om twee vragen: in de eerste plaats of sprake is van een machtspositie en in de tweede plaats of een onderneming die zo'n positie heeft op een bepaalde markt daar misbruik van maakt. Misbruik komt in beginsel voor in de vorm van uitsluitings- of uitbuitingsgedrag waarbij de concurrentie op de markt ten nadele van de afnemers wordt beperkt. Teneinde een volledig beeld van het mededingingsrecht te schetsen is in hoofdstuk 2 ook het toezicht op concentraties en het verbod op staatsteun kort besproken.

ONDER EMBARGO

Uit hoofdstuk 2 komen de volgende kernbevindingen naar voren:

- In de zakelijke verzekeringsmarkt concentreren de vraagstukken zich op het kartelverbod, waarbij het gaat om de vraag of sprake is van een afspraak (een overeenkomst, besluit van een ondernemersvereniging en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging) die het doel of gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt;
- Doelbeperkingen zien op hard-core mededingingsbeperkende afspraken (zoals prijs- en marktverdeling), waarvan de mededingingsbeperkende gevolgen bij voorbaat vaststaan;
- De Groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector (Verordening 267/2010) is weliswaar vervallen, maar daaruit kunnen nog steeds aanknopingspunten worden afgeleid voor de juridische toetsing van samenwerkingsvormen aan het kartelverbod;
- Deze Groepsvrijstellingsverordening regelde een vrijstelling van het kartelverbod voor poolovereenkomsten waarbij risico's door tegen gemeenschappelijke voorwaarden door verzekeraars worden verzekerd en het uitwisselen van schadestatistieken voor het berekenen van risicopremietarieven. Coassurantie viel buiten de reikwijdte van de groepsvrijstelling.

Deelvraag 2: Welke rol spelen economische factoren bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector?

In de opbouw van dit boek is deelvraag 2 behandeld in hoofdstuk 3. In *hoofdstuk 3* is het mededingingsrecht bezien vanuit een economisch perspectief. In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de deelvraag welke rol economische factoren spelen bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Uit dit hoofdstuk blijkt dat de in het mededingingsrecht centraal staande begrippen, zoals de afbakening van de 'relevante markt' en 'marktmacht' van ondernemingen een sterke economische dimensie hebben. Economisch onderzoek speelt daarom een belangrijke rol in een mededingingsrechtelijke analyse. Dat geldt evenzeer voor de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt. Samenwerking tussen verzekeraars, bijvoorbeeld in een pool of bij coassurantie, brengt immers ook economische voordelen met zich mee. Geconcludeerd is dat economische elementen, zoals synergie- en kostenvoordelen of kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, van belang zijn voor een juiste mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking in de verzekeringssector. Ook op macro-economisch niveau dienen de voordelen voor de mededinging van het verzekeren van risico's in coassurantie meegewogen te worden. Economische factoren blijken ook een belangrijke rol te spelen bij de marktafbakening in de verzekeringssector. Afbakening (het bepalen van de relevante markt) en vaststelling van het marktaandeel zijn in het mededingingsrecht nodig om te weten of verzekeraars een dominante positie op een markt hebben en bijvoorbeeld door verminderde concurrentiedruk invloed (marktmacht) kunnen uitoefenen op de prijsvorming ten nadele van de afnemers. Daarbij geldt dat bij een ruimere relevante markt verzekeraars meer concurrentie zullen ondervinden van andere aanbieders op die markt dan bij een smaller afgebakende markt. Op een ruim afgebakende markt zullen verzekeraars daarom minder snel marktmacht bezitten

ONDER EMBARGO

dan op een smal afgebakende relevante markt. Marktafbakening is volgens de Europese Commissie een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Kort en goed ziet het begrip 'relevante markt' dus op dat gedeelte van de markt waarop de macht van de onderneming(en) ten aanzien van een bepaald product of dienst zich uitstrekt. Gelet op het feit dat in het mededingingsrecht het begrip 'markt' centraal staat, is in hoofdstuk 3 onderzocht welke (theoretische) marktvormen er bestaan en welke kenmerken daarvan de concurrentie beïnvloeden. De marktvorm 'oligopolie', waarbij er zo'n 5 tot 10 aanbieders zijn die elkaar goed kennen en die elkaars marktgedrag goed kunnen volgen, is van belang voor de analyse van mededinging in de zakelijke verzekeringsmarkt.

Marktkenmerken die onder meer invloed zullen hebben op de mededinging zijn het aantal aanbieders, de marktmacht, de productdifferentiatie, toetredingsbarrières en de markttransparantie. Ook is gekeken naar de marktafbakening en de economische instrumenten die daarbij een rol spelen. Geconcludeerd is dat marktafbakening betrekking heeft op het inschatten van de concurrentiedruk die ondernemingen ervaren van zowel afnemers als (potentiële) concurrenten als zij hun producten tegen een hogere prijs zouden aanbieden. Een belangrijk economisch begrip daarbij is de substitutie of vervangbaarheid van producten, wat verband houdt met de vraag hoe elastisch de vraag van een product is. Kort gezegd ziet de elasticiteit erop hoe sterk de vraag naar een bepaald product of dienst reageert op een prijsverandering. Bijvoorbeeld: als de prijs van bier omhoog gaat, stappen consumenten dan over op de consumptie van wijn? Stel dat dat zo is, dan is dat een aanwijzing dat voor een mededingingsrechtelijke analyse beide producten tot dezelfde relevante markt behoren. Voor verzekeringen is een dergelijke denkoefening lastig, want ieder verzekeringsproduct voorziet immers in een specifieke behoefte (een motorrijtuigenverzekering beoogt een ander risico te dekken dan een inboedelverzekering). Daarentegen kan een markt ruimer worden getrokken bezien vanuit de aanbodzijde, want verzekeraars kunnen veelal zonder veel moeite verschillende verzekeringsproducten aanbieden en zij doen dat ook. De instrumenten van vraag- en aanbodsubstitutie geven dus een wisselende uitkomst bij de marktafbakening in de verzekeringssector. Welke lijnen moeten dan worden getrokken? In hoofdstuk 3 is ten aanzien van de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt geconcludeerd dat aanbodsubstitutie zeker kan worden gebruikt ter aanvulling op de uitkomsten van het (minder bruikbare) onderzoek naar de vraagsubstitueerbaarheid. In hoeverre aanbodsubstitutie in een bepaald concreet geval een ruimere product/geografische markt rechtvaardigt zal dan onder meer afhangen van de vraag of een verzekeraar in staat zal zijn het productieproces in korte termijn uit te breiden met een 'verwant' verzekeringsproduct. Als een verzekeraar genoeg kennis en financiële middelen in huis heeft om relatief gemakkelijk (binnen een termijn van 6-12 maanden) zijn productieproces te kunnen uitbreiden met een bepaald verzekeringsproduct, zou dat ervoor kunnen pleiten dat de relevante productmarkt ruimer moet worden afgebakend dan het geval zou zijn indien uitsluitend wordt uitgegaan van de substitutie aan de vraagzijde van de markt. In het kader van de marktafbakening is relevant dat dit proefschrift is beperkt tot de grootzakelijke risico's. Verzekering in coassurantie van die risico's is internationaal. Dat wil zeggen dat de geografische markt in verband met de mededingingsrechtelijke marktanalyse in een aantal

ONDER EMBARGO

gevallen niet beperkt zal zijn tot Nederland. Risico's die op de assurantiebeurs in Nederland ter verzekering worden aangeboden kunnen worden geaccepteerd in coassurantie door een (op de beurs vertegenwoordigde) Japanse verzekeraar. Het afbakenen van de relevante product- en geografische markt is met name van belang voor het inschatten hoeveel marktmacht verzekeraars hebben op een markt. Daarom is in hoofdstuk 3 onderzocht hoe het begrip marktmacht dient te worden geïnterpreteerd en op welke manieren vastgesteld kan worden of één of meerdere ondernemingen marktmacht bezitten. Ook daarbij spelen economische factoren zoals de marktaandelen en de concurrentievoorwaarden op een markt een belangrijke rol. Samenvattend spelen economische factoren dus een belangrijke rol in het mededingingsrecht en dat geldt evenzeer voor de toepassing daarvan in de (zakelijke) verzekeringsmarkt.

Hoofdstuk 3 geeft de volgende kernbevindingen:
- Marktkenmerken die onder meer invloed zullen hebben op de mededinging zijn het aantal aanbieders, de marktmacht, de productdifferentiatie, toetredingsbarrières en de markttransparantie;
- Marktafbakening in de zakelijke verzekeringsmarkt leidt op grond van vraag- en aanbodsubstitutie tot wisselende uitkomsten. Aanbodsubstitutie speelt een belangrijke aanvullende rol bij de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt, zowel bij de verzekering in coassurantie als op de provinciale – buiten het beurskanaal – verzekeringsmarkt;
- De geografische markt voor de verzekering van risico's in coassurantie zal niet beperkt kunnen worden tot Nederland.

Deelvraag 3: Wat is coassurantie, wat is de verzekering in pools en hoe werken zij in de Nederlandse praktijk?

In *Hoofdstuk 4* is een algemene beschrijving gegeven van de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland. In dit hoofdstuk heb ik (grotendeels) een antwoord gegeven op de derde deelvraag die als volgt luidt: wat is coassurantie, wat is de verzekering in pools en hoe werken zij in de Nederlandse praktijk? De werking van coassurantie in de Nederlandse praktijk komt op een aantal deelterreinen uitvoerig(er) aan de orde in de hoofdstukken 5, 6, 7 en 8. Coassurantie kan worden omschreven als een vorm van verzekeren waarbij een grootzakelijk risico door meerdere verzekeraars, ieder voor een bepaald gedeelte, wordt gedragen. Coassurantie kan op diverse manieren plaatsvinden: in ad hoc combinaties van verzekeraars, al dan niet op instigatie van een makelaar, al dan niet ter beurze, in poolverband of in verband met een aanbesteding. In de praktijk komt coassurantie vooral voor op de (internationale) zakelijke verzekeringsmarkt. Het onderscheid met de verzekering in pools is dat een pool kan worden gezien als een vast samenwerkingsverband/een groep van verzekeraars die gemeenschappelijk risico's tegen een vooraf besproken verdeelsleutel en voorwaarden (her)verzekeren. In een pool ligt het aandeel van de verzekeraars en de voorwaarden op basis waarvan zij risico's in de pool (her)verzekeren dus van tevoren al vast. Coassurantie is een vorm van horizontale risicospreiding. In de zakelijke verzekeringsmarkt worden risico's ook (aanvullend of in combinatie

ONDER EMBARGO

met coassurantie) gespreid door middel van herverzekering of 'layering', verticale vormen van risicospreiding.

In hoofdstuk 4 is de zakelijke verzekeringsmarkt tevens belicht vanuit een historisch perspectief. Daaruit bleek dat coassurantie een van de oudste verzekeringsvormen is waarbij de beurs en de (fysieke) ontmoeting tussen (beurs)makelaars en verzekeraars (assuradeuren) een belangrijke rol heeft gespeeld. Deze geschiedenis laat zien dat bij coassurantie het doen van zaken op de coassurantiemarkt gepaard kan gaan met (intensieve) contacten tussen makelaars en verzekeraars, waarbij het wederzijdse vertrouwen van belang is. In tegenstelling tot vroeger vindt het beursverkeer vandaag de dag vooral elektronisch plaats binnen E-ABS: een onlineplatform dat wordt gebruikt om risico's in coassurantie te verzekeren en de polis te beheren. E-ABS wordt gebruikt om informatie uit te wisselen, polissen te ondertekenen en de schaderegeling (beter) te stroomlijnen.

Bij een verzekering in coassurantie zijn diverse partijen betrokken. Coassurantie verloopt doorgaans via de assurantiebeurs en om een risico via de assurantiebeurs te kunnen verzekeren, zal een onderneming altijd een makelaar moeten inschakelen. Alleen door tussenkomst van een makelaar kunnen risico's in Nederland op de assurantiebeurs worden ondergebracht. De makelaar heeft daarmee in de Nederlandse markt een centrale rol omdat hij degene is die de verzekeraars selecteert en als gezegd met hen onderhandelt over de voorwaarden waaronder zij de verzekering willen sluiten. Daarbij bestaat een onderscheid tussen de rol van een verzekeraar in coassurantie. Een verzekeraar kan de positie hebben van leider of van volger. Met een leider vinden de belangrijkste contractonderhandelingen plaats en volgers verbinden zich in de praktijk ertoe om de leider te volgen in diens beslissingen. Verzekeraars kunnen zich op de coassurantiemarkt ook laten vertegenwoordigen door gevolmachtigd agenten. Tegen de achtergrond van de verschillende spelers op de markt is in het hoofdstuk tevens een overzicht gegeven van de kenmerken van de coassurantiemarkt. Daarbij is stilgestaan bij het aantal aanbieders, de marktmacht/concentratie van ondernemingen, de aard van het product, de toetredingsdrempels en de mate van transparantie. Bij deze verschillende marktkenmerken is de vraag besproken of de organisatie en de werking van de coassurantiemarkt in Nederland risico's oplevert vanuit mededingingsrechtelijk perspectief. Geconcludeerd kan worden dat mededingingsrisico's bestaan bij de groep van (potentiële) leidende verzekeraars omdat die groep in de praktijk vaak relatief klein is (minder dan vijf verzekeraars), daarbij in aanmerking nemend dat, om tot een groep van leidende verzekeraars te kunnen behoren, vaak behoorlijke kennis en capaciteit wordt vereist.

Uit het praktijkonderzoek blijkt dat in de meeste gevallen minder dan vijf verzekeraars in aanmerking komen voor de positie van leidende verzekeraar. Dit verschilt wel per branche. Voor de branches brandverzekeringen en variaverzekeringen (zoals aansprakelijkheidspolissen) geven respondenten aan dat 5-10 verzekeraars in aanmerking komen voor de positie van leider. Binnen de branches transportverzekeringen en technische verzekeringen lijkt de groep leidende verzekeraars zich te beperken tot minder dan 5 verzekeraars. Een andere

ONDER EMBARGO

bevinding van het praktijkonderzoek is dat deze groep leidende verzekeraars gemiddeld genomen over de afgelopen vijf jaren (2013-2018) is gedaald of gelijk gebleven. Uit deze bevindingen kan worden afgeleid dat sprake is van een relatief kleine groep verzekeraars die in aanmerking komen voor de positie van leider. Geconstateerd is dat de theoretische marktvorm van een 'oligopolie' daarom gebruikt kan worden om het marktgedrag van leidende verzekeraars te analyseren. In dit boek is hier geen empirisch onderzoek naar gedaan, maar zijn wel de mededingingsrisico's in een dergelijke markt beschreven en toegepast op de coassurantiecontext.

Gegeven de belangrijke rol van een leidende verzekeraar bij een coassurantiecontract ten opzichte van de volgverzekeraars (die voor een belangrijk gedeelte leunen op de expertise en beoordeling van het risico door de leidende verzekeraar en vaak met elkaar zaken doen) kan dit mededingingsrechtelijk risico's geven op afstemming van marktgedrag. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de inhoud van de contractvoorwaarden van de diverse verzekeraars die tekenen in coassurantie praktisch hetzelfde is, waardoor er vooral op de premie (en kwaliteit) wordt geconcurreerd. In hoofdstuk 5 is hier uitvoerig(er) aandacht aan geschonken. Ten slotte is in hoofdstuk 4 een kort overzicht gegeven van de regeling van coassurantie in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België.

Kernbevindingen hoofdstuk 4:

- Coassurantie is een van de oudste vormen van risicospreiding waarbij risico's gezamenlijk worden verzekerd;
- Coassurantie is een vorm van horizontale risicospreiding: iedere verzekeraar tekent voor een bepaald gedeelte en de klant kan iedere verzekeraar voor dat gedeelte aanspreken, terwijl bij herverzekeringscontracten een risico door verzekeraars onderling wordt verzekerd en de klant geen aanspraak kan maken op het gedeelte van het risico dat een verzekeraar heeft herverzekerd;
- De makelaar heeft in de Nederlandse markt een centrale rol omdat hij degene is die namens de verzekeringnemer de verzekeraars selecteert en als gezegd met hen onderhandelt over de voorwaarden waaronder zij de verzekering willen sluiten;
- Bij coassurantie bestaat een onderscheid tussen de positie van leidende verzekeraar en volgverzekeraars, waarbij de leidende verzekeraar de basis legt voor het coassurantiecontract;
- De groep van leidende verzekeraars blijkt in de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt niet zo groot te zijn (minder dan 5 verzekeraars of tussen de 5 en 10 verzekeraars): voor de branches transportverzekeringen en technische verzekeringen (minder dan 5 verzekeraars) en voor de branches brandverzekeringen en transportverzekeringen (minder dan 10 verzekeraars);
- De groep van leidende verzekeraars in de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt blijkt de afgelopen vijf jaren ongeveer gelijk te zijn gebleven of te zijn gedaald. Marktpartijen geven aan dat door consolidatie minder verzekeraars optreden als leidende verzekeraar;
- De mededinging voor de positie van leidende verzekeraar bij coassurantiecontracten kan worden vergeleken met de mededinging in een oligopolistische marktstructuur.

ONDER EMBARGO

9.3.2 Deel II (hoofdstukken 5 tot en met 8)

Deelvraag 4a: In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst in coassurantie of in pools?

Deze deelvraag is beantwoord in de hoofdstukken 5 en 6. In *hoofdstuk 5* van dit boek is het spanningsveld verkend tussen het mededingingsrecht en de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie. Centraal stond daarmee het plaatsings- en sluitingsproces van een verzekeringsovereenkomst en de mededingingsaspecten die daarbij een rol spelen. In het hoofdstuk is eerst een beschrijving gegeven hoe een verzekering in coassurantie tot stand komt. Twee typen procedures zijn besproken. In de eerste plaats is de (meest voorkomende) procedure onderzocht waarbij een makelaar door middel van onderhandelen met verzekeraars komt tot het sluiten van de verzekeringsovereenkomst en in de tweede plaats de aanbestedingsprocedure voor verzekeringen.

Uit de literatuur bleek dat bij de onderhandelingsprocedure een makelaar eerst zal onderhandelen met een leidende verzekeraar en nadat hij daarmee de belangrijkste contractuele voorwaarden heeft besproken, pas de volgverzekeraars benadert. Evenwel blijkt uit de praktijkbevindingen dat de volgverzekeraars soms al eerder in het totstandkomingsproces worden betrokken en dat een makelaar vaak pas overgaat tot het opstellen van een eindofferte als hij voldoende zekerheid heeft dat ook de volgverzekeraars mee zullen tekenen. Uit de literatuur blijkt dat dit ook in Duitsland zo is.

Kort samengevat komt de onderhandelingsprocedure erop neer dat een makelaar een aantal verzekeraars voorziet van informatie over het te verzekeren risico en hun vraagt om een bod uit te brengen. Over het bod (dat in ieder geval zal bestaan uit het gewenste aandeel en een bijbehorende premie) dat verzekeraars uitbrengen zal een makelaar gaan onderhandelen. In eerste instantie zal een makelaar onderhandelen met een leidende verzekeraar met wie hij de basis legt voor de verzekeringsovereenkomst. Met die verzekeraar worden de belangrijkste voorwaarden besproken en/of uit-onderhandeld. Indien er nog capaciteit tekort komt (dat is bijvoorbeeld het geval als een verzekeraar niet voor 100% dekking wil bieden), wordt de offerte van de leidende verzekeraar voorgelegd aan een aantal volgverzekeraars (dat kunnen ook afgevallen leiders zijn) die, zo leert het praktijkonderzoek, doorgaans wordt gevraagd tegen dezelfde voorwaarden als de leider mee te tekenen. Wanneer het niet lukt om een polis tegen een met de verzekeraars uit-onderhandelde prijs rond te krijgen, dan kan volgverzekeraars worden gevraagd om tegen een zelfstandig te bieden premie mee te tekenen (ook wel aangeduid als 'Bipar-polis'). Ook wanneer iedere verzekeraar conform de Bipar procedure een eigen offerte/prijsstelling indient, kan een makelaar besluiten de premie te harmoniseren op een bepaald niveau (dit kan voor de klant de gunstigste, de gemiddelde of - bij gebrek aan capaciteit - de hoogste prijs zijn). De Bipar-regels houden een vorm van zelfregulering in die erop neerkomt dat een makelaar een klant goed moet informeren over de mogelijkheden om een risico in coassurantie onder te brengen (afzonderlijke onderhandelingen of sluiten op basis van een gemeenschappelijke premie) en de voor- en nadelen van de verschillende plaatsingsstrategieen.

UNDER EMBARGO

Uit het praktijkonderzoek komt naar voren dat 64% van de respondenten (verzekeraars, makelaars en volmacht bedrijven) aangeeft dat een makelaar niet meer onderhandelt over de premie met de volgverzekeraars. Hij benadert dan dus eerst een leidende verzekeraar, of onderhandelt met een groep leidende verzekeraars, en zal als hij nog capaciteit tekort komt volgende verzekeraars vragen om op basis van de offerte/het bod van de leidende verzekeraars mee te tekenen in coassurantie. Deze bevinding is in lijn met eerdere onderzoeken van de Europese Commissie naar coassurantie, pools en mededinging in de Europese Unie. Een groep van 24% (58) van de respondenten geeft aan dat de situatie in de praktijk anders is dan het wel of niet afzonderlijk onderhandelen met de volgverzekeraars over de premie en de voorwaarden. De antwoorden die deze groep respondenten heeft gegeven komen erop neer dat in de praktijk een mix of combinatie gebruikelijk is. Daarbij wordt eerst geprobeerd een risico tegen de premie en voorwaarden van de leidende verzekeraar vol getekend te krijgen en (pas) als dat niet lukt, wordt uitgeweken naar het sluiten op basis van afzonderlijke premies op Bipar-grondslag. Daarbij komt het vaak voor dat minder capaciteit in de markt beschikbaar is, waardoor volgverzekeraars meetekenen tegen een hogere premie.

Wezenlijk in het licht van het mededingingsrecht is de premiestelling in de sluitingsfase. Uit de literatuur bleek dat de makelaar volgverzekeraars vaak vraagt mee te tekenen op basis van de voorwaarden (waaronder de premie) die hij met de leidende verzekeraar heeft uit-onderhandeld. Dat impliceert dat met de volgverzekeraars, tenzij onder hen afgevallen leidende verzekeraars zich bevinden, niet meer afzonderlijk wordt onderhandeld. Premies worden gealigneerd/geharmoniseerd. Zoals hierboven is weergegeven, bevestigen de resultaten van het praktijkonderzoek dit beeld: in het merendeel van de gevallen wordt de premie van de leider overgenomen door volgers en vindt met hen geen afzonderlijke onderhandeling plaats.

Deze bevinding laat zien dat concurrentie voor de positie van leider bij coassurantie van groot belang is. Daarbij is relevant dat leidende verzekeraars die niet in aanmerking komen voor de positie van leider, nog steeds kunnen opteren voor de positie van volger (zij het dat zij dan akkoord moeten gaan met het betere bod van de leider). In de praktijk komt het ook voor dat onder de volgende verzekeraars zich verzekeraars bevinden die in eerste instantie mee hebben gedaan voor de positie van leidende verzekeraar. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief is deze praktijk om meerdere redenen interessant. In de eerste plaats zou het (in theorie) een prikkel kunnen geven voor de verzekeraars in het biedproces om een (kunstmatig) hoog bod uit te brengen of hun biedingen op elkaar af te stemmen. Ook als een verzekeraar niet de positie van leider krijgt, kan hij immers nog – bij premieharmonisatie: tegen dezelfde premie als de uiteindelijke winnaar – inschrijven op de polis. In de tweede plaats roept de praktijk van premieharmonisatie tussen de verzekeraars bij een coassurantiecontract de vraag op of sprake is van onderling afgestemd marktgedrag in de zin van het kartelverbod dat de mededinging beperkt. Ervan uitgaand dat verzekeraars onafhankelijk hun bod uitbrengen, resulteert premieharmonisatie immers in eenzelfde premie tussen verzekeraars die ten opzichte van elkaar in een

ONDER EMBARGO

concurrentieverhouding staan. Hoewel verschillende factoren ervoor pleiten dat premieharmonisatie voordelen voor de mededinging met zich brengt (snelle acceptatie, lager kosten, delen van kennis), kom ik tot de conclusie dat niet kan worden uitgesloten dat premieharmonisatie valt onder het kartelverbod. Het beroep op de vier vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag kan stranden wanneer premieharmonisatie onmisbaar blijkt te zijn. Hoewel verdedigd zou kunnen worden dat premieharmonisatie gepaard gaat met efficiëntieverbeteringen, is ook niet aanstonds duidelijk dat deze voordelen de verzekeringnemer ten goede komen. Onduidelijk blijft waarom de mogelijkheid van afzonderlijke premiestelling door volgverzekeraars (sluiting op basis van een 'Bipar-polis) door een makelaar niet steeds wordt benut. Anderzijds kan een klant ermee akkoord gaan dat premies worden geharmoniseerd. Ook al is dat het geval, dan kan nog steeds een beperking van de mededinging worden aangenomen. Mededingingsrechtelijk is immers niet relevant dat een klant instemt met een kartelgedraging. Anderzijds is geconstateerd dat in de coassurantiecontext sprake is van compenserende afnemersmacht – verzekeringnemers die hun risico's (laten) onderbrengen op de coassurantiemarkt zijn grote professionele ondernemingen, die ook kunnen worden betrokken in het onderhandelingsproces.

Bij de andere totstandkomingsprocedure die in hoofdstuk 5 is besproken, de aanbestedingsprocedure, speelt dezelfde problematiek. De aanbestedingsprocedure wordt voornamelijk gevolgd bij het verzekeren van risico's via overheidsopdrachten. Geconcludeerd werd dat in de praktijk de procedure in één ronde (de openbare procedure) het meest voorkomt. In deze procedure kunnen de inschrijvers vaak opteren voor de positie van leider of volgverzekeraar en voor die positie een bod uitbrengen. Ook voor deze procedure geldt dat de groep van inschrijvende verzekeraars klein kan zijn en dat in de meeste gevallen dezelfde verzekeraars inschrijven. Een tweede aspect van de totstandkomingsfase waarbij spanning kan ontstaan met het mededingingsrecht is mogelijke interactie tussen de inschrijvers op een coassurantiecontract. Zoals ik aan de orde stelde in par. 5.2 kenmerken de onderhandelingsprocedure en de aanbestedingsprocedure zich door een biedproces. Er bestaan vanuit mededingingsrechtelijk perspectief risico's op afgestemd marktgedrag ingeval een inschrijvingsprocedure bestaat uit een kleine groep van (terugkerende) inschrijvers. In dit hoofdstuk heb ik enkele verboden vormen van samenwerking besproken te weten 'bid rigging' en 'cover pricing'. Uit voorbeelden uit het buitenland blijkt dat 'bid rigging' niet ondenkbeeldig is in de zakelijke verzekeringsmarkt. In dat kader zijn in hoofdstuk 5 enkele aandachtpunten geformuleerd teneinde te voorkomen dat dergelijke concurrentiebeperkende gedragingen zich bij het biedproces voor zullen doen.

In hoofdstuk 5 is ook gepresenteerd hoe de praktijk een aanbestedingsprocedure bij coassurantie ervaart. Daaruit bleek dat de meerderheid van de respondenten vindt dat een aanbestedingsprocedure het totstandkomingsproces bemoeilijkt en vertraagt, en dat deze procedure niet geschikt zou zijn om een risico in coassurantie te verzekeren.

ONDER EMBARGO

Kernbevindingen hoofdstuk 5:

- De praktijkbevindingen geven weer dat de volgverzekeraars soms al eerder in het totstandkomingsproces worden betrokken en dat een makelaar vaak pas overgaat tot het opstellen van een eindofferte als hij voldoende zekerheid heeft dat ook de volgverzekeraars mee zullen tekenen;
- Ook wanneer iedere verzekeraar conform de Bipar procedure een eigen offerte/ prijsstelling indient, kan een makelaar besluiten de premie te harmoniseren op een bepaald niveau (dit kan voor de klant de gunstigste, de gemiddelde of - bij gebrek aan capaciteit - de hoogste prijs zijn);
- Uit het praktijkonderzoek komt naar voren dat 64% (156) van de respondenten (verzekeraars, makelaars en volmacht bedrijven) aangeven dat een makelaar niet meer onderhandelt over de premie met de volgende verzekeraars. Deze bevinding is in lijn met eerdere onderzoeken van de Europese Commissie naar coassurantie, pools en mededinging in de Europese Unie;
- Een groep van 24% (58) respondenten geven in het praktijkonderzoek aan dat een makelaar vaak eerst probeert om een risico tegen de premie en voorwaarden van de leidende verzekeraar vol getekend te krijgen en als dat niet lukt, wordt uitgeweken naar het sluiten op basis van afzonderlijke premies (Bipar-polis).
- Premieharmonisatie in het biedproces dat aan de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie ten grondslag ligt, kan (in theorie) leiden tot ongewenste prikkels, strategisch marktgedrag en/of collusie tussen verzekeraars;
- Premieharmonisatie lijkt niet te voldoen aan de voorwaarden van het kartelverbod;
- Gebruik van de aanbestedingsprocedure voor het verzekeren van risico's in coassurantie wordt door de verzekeringspraktijk niet als positief ervaren.

In *hoofdstuk 6* onderzocht ik in hoeverre de verzekering in pools spanning oplevert met het mededingingsrecht. Als gezegd bij de samenvatting van hoofdstuk 4 is een pool een samenwerkingsverband van verzekeraars om op basis van vooraf besproken voorwaarden risico's te (her)verzekeren. Een beschouwing van de pools op de Nederlandse coassurantiemarkt leert dat twee soorten pools voorkomen. Bepalend voor het onderscheid is de vraag wie de pool opricht. In de eerste plaats zijn er de pools die zijn gevormd door verzekeraars en waarin grote complexe risico's worden ondergebracht die de verzekeraars individueel niet kunnen of willen dragen. Dit zijn bijvoorbeeld de pools voor catastrofale risico's zoals de Nederlandse Atoompool. In de tweede plaats zijn er de pools die zijn gevormd door het intermediair (de tussenpersoon), in de regel is dat de makelaar. Deze intermediaire pools, waarvoor bij wijze van zelfregulering het Protocol voor intermediaire pools van het Verbond is vastgesteld, zijn in de kern een vast panel van verzekeraars waarbij de gevolmachtigde risico's accepteert tot bepaalde limieten. Indien deze limieten worden overschreden, wordt de acceptatie voorgelegd aan de leidende verzekeraar (aangeduid als 'de poolleader'). Dit onderscheid tussen verzekeraars- en intermediaire pools is van belang voor de toetsing van de samenwerking aan het mededingingsrecht omdat verzekeraarspools in beginsel worden gebruikt om risico's te verzekeren die anders onverzekerd zouden zijn.

ONDER EMBARGO

Uit het praktijkonderzoek, waarvan de resultaten voor een deel in hoofdstuk 5 zijn gepresenteerd, blijkt dat de gronden voor het bestaan van intermediaire pools vooral gelegen zijn in het efficiënt plaatsen van risico's doordat er niet meer afzonderlijk onderhandeld hoeft te worden over de voorwaarden en de premie, de verlaging van de administratieve lasten en de veronderstelling dat het verzekeren in een pool goedkoper is dan coassurantie of volledige tekening door één verzekeraar. De vraag hoe de premie wordt bepaald bij de verzekering in een intermediaire pool is in het praktijkonderzoek niet eenduidig beantwoord. Uit de gegeven antwoorden blijkt dat lang niet altijd van tevoren vaststaat tegen welke premie de pooldeelnemers risico's verzekeren. Er kunnen nog onderhandelingen plaatsvinden over de premie of de premie wordt bepaald in samenspraak tussen de leidende verzekeraar en de makelaar. Dit hangt ervan af hoe een intermediaire pool is georganiseerd. Zo wordt bij sommige intermediaire pools overleg vereist met de poolleider voordat een offerte naar de klant gaat. Andere intermediaire pools kennen dat overleg bij het sluiten van een verzekering niet. Ook blijkt uit het praktijkonderzoek dat er daadwerkelijk alternatieven zijn voor het verzekeren van risico's in intermediaire pools, zoals het verzekeren door middel van gewone coassurantie, het verzekeren door één verzekeraar al dan niet in combinatie met herverzekering.[7]

Ten aanzien van de beoordeling van pools onder het kartelverbod is in hoofdstuk 6 geconcludeerd dat een pool gezien kan worden als een vorm van samenwerking die wordt genoemd in het kartelverbod: een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Vervolgens is aandacht besteed aan de vraag of en wanneer een pool de mededinging beperkt. Daarbij verdiende met name de situatie bespreking dat in een pool wordt gebruikgemaakt van gestandaardiseerde premies. Hoewel uit de al wat oudere beschikkingen van de Europese Commissie *Teko* en *Assurpol* volgt dat een pool als doel en gevolg heeft de mededinging te beperken, dient dat beeld te worden genuanceerd op basis van de later door de Europese Commissie vastgestelde Verordening (EU) nr. 267/2010 waaruit valt af te leiden dat een pool een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben in de vorm van gestandaardiseerde dekkingsbedragen en premies. Daarmee is de kernvraag voor de beoordeling van pools onder het kartelverbod of een pool tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, ook al kan niet worden uitgesloten dat er in poolovereenkomsten strekkingsbeperkingen kunnen zijn opgenomen. Om die vraag te kunnen beantwoorden dient vanuit mededingingsrechtelijk perspectief een vergelijking te worden gemaakt met de mededinging in de situatie waarin een pool niet zou hebben bestaan (de zogeheten 'counterfactual'). In hoofdstuk 6 is dit verder onderzocht. In de eerste plaats is de situatie uitgewerkt dat het risico zonder pool onverzekerbaar zou zijn. In dat geval kan van een beperking van de mededinging geen sprake zijn omdat juist een nieuwe markt wordt gecreëerd. In de tweede plaats is de situatie besproken dat zonder de pool het risico wel verzekerd had kunnen worden. In deze situatie, waarvan bijvoorbeeld

7 Zie de appendix bij dit boek, bijlage II, het volledige overzicht van de antwoorden op de vragenlijst (vr. 2 van onderdeel C).

ONDER EMBARGO

sprake is bij intermediaire pools, is het relevant om te beoordelen of zo'n pool een merkbaar ongunstige uitwerking heeft of kan hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Om dat te beoordelen komt gewicht toe aan de aard/inhoud van de overeenkomst, de marktpositie van de partijen, concurrenten en afnemers, het bestaan van potentiële concurrenten en toetredingsdrempels. Daarbij is ook van belang door wie en hoe een pool wordt opgericht en welke afstemming er plaatsvindt tussen de poolleden over de commerciële voorwaarden waartegen de risico's in een pool worden ondergebracht.

In hoofdstuk 6 is eveneens de ruimte verkend die artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet voor samenwerking in pools zou kunnen bieden. Een kader voor de interpretatie van de vier vrijstellingsvoorwaarden van het kartelverbod biedt de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening, alsmede de beschikkingen van de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten. Daaruit valt af te leiden dat een pool de deelnemende ondernemingen in staat kan stellen om de nodige ervaring op te doen met de betrokken verzekeringsbranche, tot kostenbesparingen kan leiden of tot een verlaging van de premie door gemeenschappelijke herverzekering onder gunstige voorwaarden. Bovendien kan een pool, zo volgt uit de beschikking *Assurpol*, de bekendheid met de verzekering van bepaalde risico's verbeteren, financiële capaciteit creëren en technische knowhow vergroten. Ook kan gedacht worden aan de toegang tot de markt voor ondernemingen die daar wegens hun beperkte capaciteit en ervaring alleen slechts moeilijk toegang toe zouden hebben verkregen. Andere voordelen zijn het creëren van een bredere basis voor de opstelling van statistieken, betere identificatie van de risico's en een versnelde schadeafwikkeling. Voor een beroep van verzekeraars op de vrijstellingsregeling is noodzakelijk dat dergelijke voordelen via een lagere premie aan de verzekeringnemers worden doorgegeven. Wanneer tussen in een pool deelnemende verzekeraars afspraken worden gemaakt die betrekking hebben op een onredelijke toe- en uittreding, de marktverdeling, de productie of de berekening van commerciële premies, staat dat een beroep op de vrijstelling van het kartelverbod in de weg. Dat geldt ook voor de situatie waarin de regels van de pool de daarin deelnemende ondernemingen verplichten het door de pool gedekte soort risico's geheel of gedeeltelijk via de pool te verzekeren of te herverzekeren, en de in de pool deelnemende ondernemingen wordt verboden om deze risico's buiten de pool te verzekeren of te herverzekeren. Ten aanzien van de vraag of een pool leidt tot een uitschakeling van de mededinging is het nodig de relevante markt af te bakenen en de marktmacht van een pool op deze markt vast te stellen. De door de Europese Commissie gegeven marktaandeeldrempels van 20% voor verzekeraarspools en 25% voor herverzekeraarspools kunnen worden gebruikt als aanknopingspunten binnen welke marge pools worden verondersteld geen marktmacht te bezitten. Tot slot is in hoofdstuk 6 besproken of en wanneer een pool valt onder het verbod op misbruik van een machtspositie. Dit zal alleen gelden voor pools die over een aanmerkelijke machtspositie beschikken en daar misbruik van maken. Misbruik kan aan de orde zijn bij uitsluiting van marktdeelnemers of uitbuiting van de marktmacht. Daartoe behoort het opleggen

ONDER EMBARGO

van onredelijke productvoorwaarden of het uitsluiten van een bepaald gedeelte van de markt. Verder is een lijn getrokken naar de beoordeling van coöperatieve joint ventures in het concentratietoezicht.

Kernbevindingen hoofdstuk 6:
- Het onderscheid tussen verzekeraars- en intermediaire pools is van belang voor de toetsing van de samenwerking aan het mededingingsrecht omdat verzekeraarspools vaak worden gebruikt om risico's te (her)verzekeren die anders onverzekerd zouden zijn;
- Intermediaire pools verzekeren risico's die ook zonder pool verzekerd hadden kunnen worden, mededingingsrechtelijk is de vraag of de verzekeraars nog wel voldoende met elkaar concurreren buiten de pool om en of er nog wel daadwerkelijk alternatieven zijn voor verzekering van risico's buiten de pool om;
- Voordelen voor de mededinging van het (her)verzekeren van risico's in pools zijn het opdoen van de nodige ervaring met de betrokken verzekeringsbranche, kostenbesparingen en/of een verlaging van de premie door gemeenschappelijke herverzekering onder gunstige voorwaarden;
- Pools die een marktaandeel hebben dat minder is dan 20% zullen over het algemeen minder snel aanleiding geven tot mededingingsbezwaren;
- Marktafbakening is specifiek voor de toetsing van pools aan het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie van groot belang.

Deelvraag 4b: In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie of in pools?

In *hoofdstuk 7* van dit boek is onderzocht in hoeverre de inhoud van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie spanning oplevert met het mededingingsrecht. Wat in het licht van het mededingingsrecht ten aanzien van de inhoud van een verzekeringspolis wezenlijk is, is de vaststelling en verspreiding van standaardpolisvoorwaarden door een ondernemers/brancheverenigingen. Standaardvoorwaarden worden zowel bij de verzekering in coassurantie als bij de verzekering in pools gebruikt en zijn daarom in dit hoofdstuk gezamenlijk behandeld. In hoofdstuk 7 is allereerst verduidelijkt welke verschillen er bestaan in de standaardpolisvoorwaarden die op de coassurantiemarkt worden gebruikt. Standaardpolisvoorwaarden kunnen worden aangeduid als standaardbeurspolissen die uiteenvallen in standaardmakelaarspolissen, beurscondities en de modelpolissen die worden vastgesteld door de VNAB. Gestandaardiseerde polisvoorwaarden bij coassurantie kunnen op verschillende manieren onder het toepassingsbereik van het kartelverbod vallen. Bijvoorbeeld doordat verzekeraars uniforme productvoorwaarden hanteren en daarmee hun marktgedrag op elkaar afstemmen of doordat polisvoorwaarden worden overgenomen van referentie-beurspolissen. Uit de bespreking in hoofdstuk 7 volgt dat het opstellen van standaardbeurspolissen, ook als deze niet-bindend van aard zijn, mededingingsrechtelijk gezien kan worden als een besluit van een ondernemersvereniging en daarmee onder de reikwijdte van het kartelverbod kan vallen. Het feit dat bij de verzekering in coassurantie wordt gewerkt met standaardbeurspolissen waarvan in individuele gevallen kan worden afgeweken,

UNDER EMBARGO

staat de toepassing van het kartelverbod dus niet in de weg. Evenals in de vorige hoofdstukken van dit boek is de vraag relevant of standaardvoorwaarden de strekking of het gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Een mededingingsbeperkende strekking wordt aangenomen als polisvoorwaarden een indicatie bevatten inzake de hoogte van commerciële premies; ii) de omvang van de dekking (verzekerde som) of het door de verzekeringnemer zelf te betalen gedeelte aangeven (eigen risico); of iii) uitgebreide dekking opleggen, ook voor risico's waaraan een aanzienlijk aantal verzekeringnemers niet gelijktijdig is blootgesteld en iv) de verzekeringnemer verplichten verschillende risico's bij dezelfde verzekeraar te dekken. Ten aanzien van de mededingingsbeperkende gevolgen van standaardpolisvoorwaarden is geconstateerd dat zolang de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) niet beperkt is, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden niet-bindend en daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk zijn, het niet waarschijnlijk is dat de standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben. Het belang van betrokkenheid bij de opstelling van standaardvoorwaarden laat zien hoe wezenlijk in het licht van het mededingingsrecht de transparantie van het totstandkomingsproces van standaardvoorwaarden is. Geconcludeerd is dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een besluit dat onder het kartelverbod valt als de polisvoorwaarden ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Hoewel een niet-bindende polisvoorwaarde minder snel leidt tot mededingingsbezwaren, kan deze wel een negatief effect hebben op de mededinging als zij betrekking heeft op de vaststelling of berekening (via een korting) van de premie. Dat zou ook het geval kunnen zijn voor standaardclausules waarin bepaalde soorten risico's (collectief) worden uitgesloten van dekking. Ingeval standaardvoorwaarden wél bindend worden voorgeschreven, staat nog niet vast dat sprake is van een kartel maar moet voor de beoordeling onder het kartelverbod de invloed op de productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie worden nagegaan. In hoofdstuk 7 is eveneens de ruimte verkend voor standaardpolisvoorwaarden die onder het toepassingsbereik vallen van artikel 101 lid 1 van het Werkingsverdrag of van artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet, maar in aanmerking kunnen komen voor een vrijstelling van het kartelverbod op grond van het derde lid van genoemde wetsartikelen. Getoetst is of een beroep op de vier (cumulatieve) vrijstellingscriteria kans van slagen heeft. Kortweg gaat het dan om de vraag of de mededingingsvoordelen de mededingingsbezwaren in voldoende mate compenseren. Het gebruik van standaardbeurspolissen kan in de eerste plaats gepaard gaan met verschillende voordelen voor de mededinging. Gedacht kan worden aan efficiëntieverbeteringen zoals lagere transactiekosten, betere vergelijkbaarheid, snellere acceptatie van polissen en gemakkelijkere toetreding tot de markt (lagere toetredingsdrempels). Voor een beroep op de vrijstelling van het kartelverbod is tevens van belang dat kan worden aangetoond dat de voordelen worden doorgegeven aan de klant, dat de beperking onmisbaar is en dat voldoende concurrentie resteert.

ONDER EMBARGO

Kernbevindingen hoofdstuk 7:

- De modelpolisvoorwaarden die in de zakelijke verzekeringsmarkt worden gebruikt zijn niet-bindend, en het staat verzekeraars vrij om hiervan af te wijken;
- Het gebruik van standaardvoorwaarden bij coassurantie, hetzij in de vorm van standaard beursvoorwaarden of standaard makelaarsvoorwaarden lijkt de onderlinge concurrentie niet te beperken maar de werking van coassurantie ten goede te komen;
- Het gebruik van standaardpolisvoorwaarden gaat gepaard met efficiëntie-verbeteringen zoals lagere transactiekosten, betere vergelijkbaarheid, snellere acceptatie van polissen en gemakkelijkere toetreding tot de markt (lagere toetredingsdrempels);
- Hoewel een niet-bindende polisvoorwaarde minder snel leidt tot mededingingsbezwaren, kan deze wel een negatief effect hebben op de mededinging als zij betrekking heeft op de vaststelling of berekening (via een korting) van de premie.

Deelvraag 4c: In hoeverre bestaat er spanning met het mededingingsrecht bij de schaderegeling bij coassurantie of in pools?

In *hoofdstuk 8* stond de fase van de regeling van schades bij coassurantie of in een pool centraal. Een aantal onderwerpen passeerde de revue. Er is stilgestaan bij de werking van volgclausules bij coassurantie, de beoordeling van de verhoudingen bij schade-expertise vanuit mededingingsperspectief en verticale samenwerking in de distributieketen. Volgclausules zijn bijvoorbeeld polisclausules waarin staat dat indien meerdere verzekeraars op een verzekering zijn betrokken, de beslissingen betreffende de schaderegelingen of restituties, zoals door de leidende verzekeraars worden genomen, door de andere verzekeraars worden gevolgd, terwijl deze zich ook in alle andere opzichten bij de leidende verzekeraars zullen aansluiten. Ten aanzien van het gebruik van volgclausules is geconcludeerd dat, hoewel zij als gevolg hebben dat verzekeraars op eenzelfde wijze uitvoering geven aan de verzekeringsovereenkomst, niet aannemelijk is dat zij leiden tot een beperking van de mededinging. Hoewel een volgbepaling leidt tot eenzelfde houding van verzekeraars tegenover de verzekeringnemers en daarmee eenzelfde gedragslijn vertoont op de markt is het volgen van de leidende verzekeraar bij de schadeafwikkeling vanuit praktisch oogpunt in het belang van de verzekeringnemer/verzekerde. Bovendien is het zo dat zelfs al zou van een mededingingsbeperking sprake zijn, dan beargumenteerd kan worden dat de voordelen voor de mededinging zwaarder wegen dan de nadelen. Verder is kort stilgestaan bij de situatie dat twee leidende verzekeraars zijn betrokken op de schaderegeling en welke risico's dat mededingingsrechtelijk kan opleveren. De situatie waarin twee concurrenten bevoegd zijn om gezamenlijk beslissingen te nemen ten aanzien van de schadeafwikkeling levert op zichzelf geen overtreding van het mededingingsrecht op maar kan wel risico's opleveren, zo illustreert ook de beschikking van de Europese Commissie inzake *Lloyd's Underwriters'Association en Institute of London Underwriters.* Het feit dat twee leidende verzekeraars, die elkaars nabije concurrenten zijn, gezamenlijk bevoegd zijn om schades te regelen, zou een prikkel kunnen geven tot overleg over en

ONDER EMBARGO

afstemming van niet alleen de schaderegeling, maar ook ander marktgedrag. Dit hangt vanzelfsprekend af van de concrete omstandigheden van het geval. In hoofdstuk 8 is eveneens de rol van de schade-expert bij het schaderegelingstraject behandeld. Hoewel een schade-expert in beginsel op een andere markt actief is dan een verzekeraar (tenzij een verzekeraar ook schade-expertiseactiviteiten verricht), zouden verzekeraars wel een belangrijke invloed kunnen hebben op de concurrentie op de markt voor schade-expertisediensten vanwege de nauwe band tussen beide markten. De uitvoering van schade-expertisediensten hangt immers af van de verzekeringsovereenkomsten en de bepalingen die daarin zijn opgenomen. In dat licht kan spanning bestaan met het mededingingsrecht ten aanzien van afspraken die kunnen worden gemaakt tussen verzekeraars en schade-experts en die betrekking hebben op de commerciële voorwaarden (vergoeding van de werkzaamheden) of zien op de keuze welke expert (voor wie) mag optreden. In hoofdstuk 8 is ten slotte aan de hand van het Allianz-arrest besproken hoe verticale samenwerking in het schaderegelingstraject beoordeeld moet worden. In het Allianz-arrest ging het kort samengevat om de vraag of de overeenkomsten die Allianz met de betrokken autodealers sloot, en waarin was bepaald dat de dealers voor de reparatie van autoschade een hoger tarief kregen wanneer de autoverzekeringen van Allianz een bepaald percentage van de door hen verkochte verzekeringen uitmaakte, de strekking hadden om de mededinging te beperken. Uit de bespreking van dit arrest is een aantal aanknopingspunten afgeleid voor de beoordeling van verticale vormen van samenwerking in het schaderegelingstraject bij coassurantie en daarbuiten. Genoemd zijn de koppeling van twee in beginsel losstaande activiteiten, de invloed van een afspraak op de mededinging op twee markten, het doel van een (verticale) samenwerkingsovereenkomst, de onafhankelijkheid van een assurantietussenpersoon (met name relevant indien wordt samengewerkt met een assurantietussenpersoon of soortgelijke figuur) alsmede de vraag hoeveel concurrentie resteert waarbij de structuur van de markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, en de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen in aanmerking moet worden genomen.

Kernbevindingen hoofdstuk 8:

- Kenmerkend voor de schaderegeling bij coassurantie is het gebruik van volgclausules ('to-follow' clausules), waarbij volgende verzekeraars zich jegens de verzekeringnemer aansluiten bij de schadebeslissing van de leidende verzekeraar
- Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan het gebruik van een volgclausules als nadeel hebben dat de concurrentie op het gebied van de schade-uitkering wordt verminderd, maar in het boek is de stelling ingenomen dat het aannemelijk lijkt dat de voordelen de nadelen ervan in voldoende mate compenseren.

UNDER EMBARGO

9.4 Beantwoording onderzoeksvraag

Onderzoeksvraag: Hoe verhoudt de verzekering in coassurantie of via pools zich tot de inhoud van het mededingingsrecht?

Op de centrale onderzoeksvraag die hierboven is weergegeven, kan op basis van de samenvatting van de onderzoeksbevindingen, nu een antwoord worden geformuleerd. De verzekering in coassurantie of via pools geeft op het eerste gezicht, vanwege het element van samenwerking, spanning met het mededingingsrecht waarin de bescherming van concurrentie en zelfstandig marktgedrag centraal staat. Dit spanningsveld is het duidelijkst voelbaar bij de fase van het sluiten van een verzekeringsovereenkomst door tussenkomst van een makelaar bij meerdere verzekeraars, die ieder voor een bepaald gedeelte tekenen, en waarbij er onderscheid bestaat tussen één of meer leidende verzekeraars en volgverzekeraars. Meer specifiek blijkt dit bij het onderdeel van het sluitingsproces waarbij door een makelaar wordt onderhandeld met een leidende verzekeraar. Vanuit de gedachte dat de leidende verzekeraar de belangrijkste rol heeft van alle verzekeraars op een coassurantiecontract is het van belang dat er geen afstemming plaatsvindt tussen de potentiële leidende verzekeraars en/of de makelaar. Dat geldt in het bijzonder voor het verstrekken van informatie aan de verzekeraars en het voeren van de onderhandelingen met hen. Het is bij de verzekering in coassurantie de premieharmonisatie die zich moeilijk verhoudt tot het mededingingsrecht. Hoewel dit in de praktijk anders kan gaan, moet het uitgangspunt voor het benaderen van volgverzekeraars zijn dat zij onafhankelijk en zelfstandig inschrijven op basis van zelfstandig bedongen premies en voorwaarden. Premieharmonisatie schuurt daarom tegen het mededingingsrechtelijke verbod op onderling afgestemd marktgedrag. Ook bij samenwerking ten aanzien van het opstellen van verzekeringsvoorwaarden kan het risico bestaan op overtreding van de mededingingsregels, maar blijkt dat de randvoorwaarden waaronder standaardvoorwaarden worden opgesteld en verspreid in ieder geval niet conflicteren met het mededingingsrechtelijke toetsingskader. Spanning kan eveneens gelegen zijn in het risico dat kan bestaan op collusie of samenspanning vanwege het feit dat de zakelijke verzekeringsmarkt, met name ten aanzien van de groep van leidende verzekeraars, oligopolistische marktkenmerken heeft. Van belang is daarom dat de makelaar zich moet onthouden van het geven van concurrentiegevoelige informatie aan een of meer verzekeraars of anderszins overtreding van mededingingsregels door die verzekeraar(s) te faciliteren.

Op verschillende manieren biedt het mededingingsrecht ruimte voor samenwerking tussen ondernemingen. In dit boek is deze ruimte op verschillende fasen van het coassurantieproces onderzocht. De Europese Commissie erkent de behoefte aan samenwerking in de verzekeringssector, maar ondernemingen dienen zelfstandig vast te stellen of samenwerking geoorloofd is. Voor de verzekeringssector zijn daarvoor aanknopingspunten te vinden in de door de Europese Commissie vastgestelde richtsnoeren voor horizontale samenwerking tussen ondernemingen. Voor ondernemingen die partij zijn bij een kartel staat in beginsel een beroep open op de wettelijke uitzondering die is neergelegd in artikel 101 lid 3 van het

ONDER EMBARGO

Werkingsverdrag en artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet. Deze 'escape' voor ondernemingen die partij zijn bij een 'kartel' komt er kort gezegd op neer dat moet worden aangetoond dat aan vier cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden is voldaan. De bewijslast daarvoor is relatief hoog. In dit boek heb ik op bepaalde onderdelen van het coassurantieproces het standpunt ingenomen dat er aanwijzingen kunnen zijn voor een overtreding van de mededingingsregels. Meest prominent bleek dat het geval te zijn voor de praktijk van premieharmonisatie ('premium alignment') bij het sluiten van een verzekering bij coassurantie of een pool. Voor die gevallen of mogelijke scenario's in het sluitingsproces heb ik de ruimte verkend die de vrijstellingsregeling van artikel 101 lid 3 van het Werkingsverdrag en/of artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet kan bieden. Zoals uit de samenvatting onder par. 9.4 blijkt, kan coassurantie gepaard gaan met verschillende efficiëntievoordelen en kostenbesparingen waaraan gewicht toekomt bij een eventueel beroep op vrijstelling van het kartelverbod. Daarbij is wel van belang om te realiseren dat dergelijke voordelen ook aan de verzekeringnemers moeten worden doorgegeven waarvoor in beginsel is vereist dat dat via een lagere premie en/of betere voorwaarden dient te geschieden.

9.5 Beleidsaanbevelingen

Tot slot zal ik – in het licht van de in dit hoofdstuk gepresenteerde kernbevindingen – enkele aanbevelingen formuleren en tevens suggesties doen voor vervolgonderzoek. Daarmee geef ik antwoord op de vijfde deelvraag; hoe kan er worden omgegaan met de spanning tussen coassurantie, pools en het mededingingsrecht. Op grond van de bevindingen van dit onderzoek kom ik tot een aantal aanbevelingen. Ik bespreek deze hieronder. In deze beleidsaanbevelingen richt ik mij enerzijds tot de partijen in de zakelijke verzekeringsmarkt en anderzijds tot de mededingingsautoriteiten.

i. Méér aandacht voor naleving van de mededingingsregels

In dit boek is kort gezegd onderzoek gedaan naar hoe het mededingingsrecht toegepast en begrepen moet worden in de zakelijke verzekeringsmarkt. Als onderdeel daarvan is onderzoek gedaan naar de wijze waarop juist in Nederland risico's in coassurantie worden verzekerd en hoe competitief dat proces is. Een van de uitkomsten is dat de zelfregulerende Bipar-regels, die betrekking hebben op de wijze waarop een risico bij meerdere verzekeraars wordt ondergebracht, niet bij iedereen in de markt bekend zijn of, voorzover dat wel het geval is, niet altijd (correct) worden toegepast. Dit is opmerkelijk omdat deze regels als doel hebben om de competitiviteit van het plaatsingproces te vergroten en zijn opgesteld naar aanleiding van het onderzoek dat de Europese Commissie in het verleden heeft gedaan naar mededinging in de zakelijke verzekeringsmarkt. Uit het onderzoek blijkt dat (opwaartse) premieharmonisatie nadelige gevolgen kan hebben voor de mededinging. Gelet op het feit dat het verzekeren in coassurantie gepaard gaat met intensieve contacten tussen verzekeraars en makelaars, verdient het aanbeveling om de naleving van het mededingingsrecht méér centraal te stellen in de zakelijke verzekeringsmarkt. Dit geldt in het bijzonder voor de personen 'op

ONDER EMBARGO

de beursvloer': de sluiters werkzaam bij makelaars en de acceptanten werkzaam bij verzekeraars die met elkaar de onderhandelingen voeren over een risico dat in coassurantie wordt verzekerd. Dat ongeveer een kwart van de respondenten in het onderzoek dat mede ten grondslag ligt aan dit boek heeft aangegeven niet bekend te zijn met de zelfregulering die betrekking heeft op de competitiviteit van het plaatsingsproces vind ik zorgwekkend. Dit is mijns inziens een belangrijke reden om de aandacht voor het mededingingsrecht is deze sector te vergroten.

Dit boek geeft een aanzet om de aandacht voor het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt te vergroten. Toch kan de sector zelf hier ook veel in betekenen. Een manier om de aandacht voor het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt te vergroten is bijvoorbeeld door de zelfregulerende Bipar-regels te evalueren. Als gezegd zijn deze regels ontstaan nadat de Europese Commissie in 2007 een onderzoek startte naar de competitiviteit van de zakelijke verzekeringsmarkt. Inmiddels bestaat deze zelfregulering al méér dan 10 jaar. Het lijkt mij daarom een goed moment om deze regels op de agenda te zetten van bijvoorbeeld de brancheorganisatie van de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt of – breder – in Europees verband. De bevindingen van dit boek kunnen een goede aanleiding zijn om de balans in de sector eens op te maken en te bezien hoe deze regels worden ervaren en hoe vaak zij in concrete situaties worden toegepast. Het kan behulpzaam zijn om hierbij een dialoog te voeren met de betrokken mededingingsautoriteiten. Kortom, het lijkt mij goed als het mededingingsrecht vaker op de agenda wordt gezet bij de verschillende spelers in de zakelijke verzekeringsmarkt zoals de makelaars, de verzekeraars en de brancheorganisatie(s). Een mooie aanleiding daarvoor kan een evaluatie van de Bipar-regels zijn. Deze bestaan inmiddels meer dan 10 jaar, en mijns inziens is het daarom nodig om het gebruik daarvan in de markt eens te evalueren.

Anderzijds kan ook door mededingingsautoriteiten meer aandacht worden besteed aan sectoraal onderzoek. Zeker sectoren die van groot belang zijn voor de Nederlandse economie behoeven de doorlopende aandacht van de toezichthouder. Een manier waarop dit kan is door de mededinging in de sector te monitoren. In het verleden (2005) is in de monitor financiële sector een weergave gegeven van de mededinging in de coassurantiemarkt. Nadien is het op dit gebied lang stilgebleven en lijkt de coassurantiemarkt aan de aandacht te zijn ontsnapt. Het verdient aanbeveling om deze sector te blijven monitoren, gelet op de belangrijke waarde ervan voor de Nederlandse economie. Een manier waarop dat zou kunnen is door het houden van een nalevingsonderzoek. In bepaalde andere sectoren in Nederland waar samenwerking vanouds een centrale rol speelt bij het zakendoen, blijkt dat men niet altijd goed op de hoogte is van de inhoud van de mededingingsregels. Voor sectoren die wel van grote economische betekenis zijn en die nog sterk leunen op bepaalde gebruiken, kan een nalevingsonderzoek profijtelijk zijn. In de zakelijke verzekeringsmarkt, waar door middel van (grensoverschrijdende) coassurantie enorme risico's worden gedekt kan het voeren van een dialoog met de stakeholders in combinatie met een nalevingsonderzoek een goed en effectief instrument zijn om mededinging te verzekeren.

ONDER EMBARGO

ii. Opstellen van een specifieke gedragscode 'mededinging' voor de zakelijke verzekeringsmarkt

Een andere manier waarop zou kunnen worden omgegaan met de geconstateerde spanning tussen coassurantie en het mededingingsrecht, is het opstellen van een specifieke gedragscode. Opvallend is dat in de zakelijke verzekeringsmarkt een specifiek compliance document of gedragscode op het gebied van mededinging ontbreekt. Dat vind ik opmerkelijk, gelet op de – reeds geschetste – aandacht die de sector in het verleden heeft gehad van mededingingsautoriteiten en de mededingingsissues die in deze sector nu en in de toekomst een rol zullen spelen. Weliswaar geldt voor verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars de algemene Complianceregeling Mededinging, maar deze richt zich niet specifiek op het verzekeren van groot zakelijke risico's door middel van coassurantie in de zakelijke verzekeringsmarkt. Bovendien kunnen er (internationale) verzekeraars deelnemen in een verzekering in coassurantie die niet lid zijn van het Verbond, maar wel gebonden zijn aan het mededingingsrecht. Juist omdat er in de zakelijke verzekeringsmarkt, nog veel meer dan in de provinciale markt, mededingingsissues een rol spelen, is het aan te bevelen om een complianceregeling op te stellen. Uit hoofdstuk 5 van dit boek kwam naar voren dat er in het Verenigd Koninkrijk door de Lloyds Market Association een zogenoemd 'Competition Law Guidance' is opgesteld die een aantal spelregels bevat voor het verzekeren van risico's op de Londense assurantiebeurs. Een dergelijk document kan goed dienen als inspiratiebron. De huidige Bipar regels hebben immers uitsluitend betrekking op de rol van makelaars in het plaatsingsproces en richten zich daarmee (primair) niet tot verzekeraars. Ook voor verzekeraars geldt dat zij gebaat zijn bij (meer) duidelijkheid over wat wel en niet is toegestaan bij het inschrijfproces bij coassurantie. Zoals is behandeld in hoofdstuk 5 van dit boek, zouden de onderstaande 6 punten daarin bijvoorbeeld kunnen worden meegenomen:

1. Verzekeraars dienen onafhankelijk te besluiten of en onder welke voorwaarden zij een door de makelaar gepresenteerd risico gaan verzekeren. Dat houdt in dat zij, indien ze ervan op de hoogte zijn dat ze voor de verzekering zijn benaderd, geen 'overleg' mogen voeren met elkaar over de voorwaarden waaronder zij het risico willen verzekeren.
2. Verzekeraars die door de beursmakelaar worden benaderd om als bovenstaande of leidende verzekeraar op te treden mogen niet met andere verzekeraars afstemmen of en tegen welke voorwaarden en premie zij het risico wel of niet willen verzekeren.
3. Verzekeraars die door de beursmakelaar worden benaderd om als volgende verzekeraar op te treden mogen niet met andere verzekeraars afstemmen of en tegen welke voorwaarden en premie zij het risico gaan accepteren.
4. Verzekeraars mogen niet de voorwaarde bedingen dat de premie voor hun aandeel zal worden verhoogd indien een andere verzekeraar een hogere premie bedingt (BTC-clausule).[8]

8 Dit aspect besprak ik onder paragraaf 5.3.2.

UNDER EMBARGO

5. Volgverzekeraars mogen niet vragen aan makelaars om hun de informatie te geven waarop andere volgverzekeraars het risico (willen) verzekeren.
6. Makelaars dienen zich te onthouden van het geven van concurrentiegevoelige informatie aan een of meer verzekeraars of anderszins overtreding van mededingingsregels door die verzekeraar(s) te faciliteren.

Bovendien, maar dat ligt buiten de scope van dit onderzoek, speelt ook in de (zakelijke) verzekeringsmarkt het gebruik van algoritmes en big data een (steeds) belangrijke(re) rol. Ook dat roept nu al en zeker in de toekomst allerlei mededingingsrechtelijke vragen op, die bijvoorbeeld in een dergelijk document kunnen worden geadresseerd.

iii. Regeling van de verhouding tussen leidende verzekeraar(s) en volgverzekeraars

In hoofdstuk 8 van dit boek is besproken hoe de verhouding tussen een leidende en een volgverzekeraar bij coassurantie zich vertaalt in het schaderegelingsproces. Eventuele complicaties die kunnen ontstaan in de fase van het regelen en uitkeren van een schade doordat meerdere verzekeraars deelnemen in een verzekering, worden in Nederland opgelost door het gebruik van volgclausules. Deze clausules worden overeengekomen tussen een coassuradeur en de verzekeringnemer. In het Nederlandse verzekeringsrecht is geen wetsartikel opgenomen dat de verhouding tussen de verzekeraars bij coassurantie regelt en bijvoorbeeld de bevoegdheden van de leidende verzekeraar bepaald. In het Belgische verzekeringsrecht bestaat, zo bleek in hoofdstuk 4 van dit boek, wel een dergelijke bepaling (artikel 83 van de Wet betreffende de verzekeringen, onderdeel van de titel over medeverzekering/coassurantie):

> 'Bij medeverzekering dient een eerste verzekeraar te worden aangewezen in de overeenkomst. Deze wordt geacht de lasthebber te zijn van de overige verzekeraars voor het ontvangen van de kennisgevingen bepaald in de overeenkomst en om het nodige te doen om de schadegevallen te regelen, met inbegrip van de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding. Dientengevolge kan de verzekerde hem alle betekeningen en kennisgevingen doen, met uitzondering van deze die betrekking hebben op rechtsvorderingen ingesteld tegen de andere medeverzekeraars. Indien er in de overeenkomst geen eerste verzekeraar was aangeduid dan kan de verzekerde om het even wie van de medeverzekeraars als eerste verzekeraar beschouwen voor de toepassing van dit artikel. Niettemin moet de verzekerde zich steeds wenden tot dezelfde medeverzekeraar als eerste verzekeraar.'

Ook voor het Nederlandse verzekeringsrecht (titel 7.17 BW) zou een soortgelijke bepaling een oplossing kunnen zijn om complicaties in het schadeproces te voorkomen. Op dit moment bestaat wel een regeling Schade-proces coassurantie, maar deze is niet geheel actueel en weinig transparant. Een wettelijke bepaling zou veel duidelijkheid kunnen geven ten aanzien van de verhouding tussen een leidende verzekeraar en volgverzekeraars. Daarbij kan ook aansluiting worden gezocht bij de bepalingen uit de Richtlijn 78/473/EEG van de Raad van 30 mei 1978 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen op het gebied van de communautaire co-assurantie. De bepalingen van deze richtlijn zijn overgenomen in de Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van

ONDER EMBARGO

het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II). Uit artikel 190 van deze Solvabiliteit II richtlijn volgt dat de eerste verzekeringsonderneming (dat wil zeggen: de leidende verzekeraar) volledig de taak op zich neemt die volgens de geldende gebruiken inzake co-assurantie de hare is; zij stelt met name de verzekerings- en tariferingscondities vast. De geldende gebruiken van coassurantie komen ook naar voren bij de regeling schade-proces coassurantie, opgesteld door de Vereniging Nederlandse Assurantiebeurs. Als gezegd zou een wettelijke bepaling voor de bevoegdheden van een leidende verzekeraar van toegevoegde waarde zijn voor de transparantie van de verhouding tussen een leidende verzekeraar en volgverzekeraars bij coassurantie.

iv. Hanteren afzonderlijke offertes volgverzekeraars als vast uitgangspunt voor verzekeren in coassurantie

De resultaten uit het praktijkonderzoek laten zien dat er niet altijd door een makelaar wordt onderhandeld met de volgverzekeraars, maar dat zij vaak mee kunnen tekenen op basis van de premie van de leidende verzekeraar. Daarbij wordt aangegeven dat het harmoniseren van de premie vaak gepaard gaat met een lagere premie, terwijl het uitvragen van afzonderlijke offertes bij volgverzekeraars wordt gehanteerd bij capaciteitstekort. Toch zou in ieder geval het hanteren van afzonderlijke offertes meer centraal moeten staan. Premieharmonisatie tussen leiders en volgers, waarbij volgers min of meer automatisch de premie ontvangen die de leidende verzekeraar krijgt, zonder dat met de volgers wordt onderhandeld, zou bij ad hoc coassurantie mijns inziens niet de dominante plaatsingsstrategie, mogen zijn (ook al zou de premie daarbij lager liggen). Makelaars zouden het afzonderlijk onderhandelen met alle verzekeraars of in ieder geval het opvragen van een eigen prijsstelling voorop moeten stellen. Dat deze offertes naast elkaar worden gelegd en dat door de makelaar wordt gekeken hoe gekomen kan worden tot een uniforme premie, lijkt mij wel een juiste praktische oplossing. Het informeren van volgverzekeraars van het bod van een leidende verzekeraar (voordat zij gekomen zijn met een eigen prijsstelling) heeft echter het risico in zich dat prijzen onderling op elkaar worden afgestemd. Het is daarom goed als de competitiviteit en de transparantie van het sluitingsproces wordt vergroot door verzekeraars altijd afzonderlijk een offerte te laten uitbrengen.

v. Bieden van meer rechtszekerheid na verval van de Groepsvrijstellingsverordening verzekeringen

Een van de uitkomsten van de evaluatie van de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening verzekeringen, die in dit boek op meerdere plekken aan bod is gekomen, is dat de verzekeringssector zoekt naar rechtszekerheid. De voorheen geldende groepsvrijstellingsverordening gaf in zekere zin steun en zekerheid wat betreft de marktaandeeltoets voor verzekeraars die partij zijn bij een pool. Hoewel de algemene richtsnoeren van de Europese Commissie op het gebied van horizontale samenwerking en de (schaarse) jurisprudentie aanknopingspunten bieden voor de beoordeling van samenwerking via coassurantie of in een pool in de verzekeringssector, geven zij niet een heel duidelijk overzicht. Hoewel dit boek hierin een bijdrage heeft willen leveren, zou het ook aanbeveling verdienen

ONDER EMBARGO

als de richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten, waarin nu weinig voor de verzekeringssector specifieke beoordelingsmaatstaven worden toegereikt, worden uitgebreid of nader gespecificeerd. In deze richtsnoeren van de Europese Commissie (of daarvan afgeleide richtsnoeren voor samenwerking tussen ondernemingen, opgesteld door nationale mededingingsautoriteiten) zou aandacht kunnen worden besteed aan de vraag hoe samenwerking in coassurantie(pools) mededingingsrechtelijk wordt gezien en wat daarbij wel en niet is toegestaan. Dit biedt de sector meer zekerheid. De Europese Commissie zou hier, in vervolg op de onderzoeksrapporten die zijn verschenen in het kader van de evaluatie van de groepsvrijstellingsverordening, aandacht aan kunnen besteden. Daarbij geldt dat de marktafbakening in de verzekeringssector waarbij vraag- en aanbodsubstitutie tot wisselende uitkomsten leiden, nog niet is uitgekristalliseerd. Mededingingsautoriteiten zouden zich, bijvoorbeeld in een concentratiebesluit dat zich daartoe leent, meer uit kunnen spreken of onderzoek kunnen doen naar de marktafbakening in het beurskanaal. Een andere manier is het opstellen van een visiedocument. Dit is een manier om een standpunt van de toezichthouder uit te dragen en uit te leggen. In het kader van de discussies over de implicaties van big data, wat ook in de verzekeringssector een belangrijke rol speelt zou een visiedocument waarin ook coassurantie wordt besproken in ieder geval bijdragen aan het creeeren van rechtszekerheid. In dat kader kan het voeren van een dialoog met de zakelijke verzekeringsmarkt helpen. De (praktijk) bevindingen van dit proefschrift kunnen daarbij als handvat worden gebruikt.

Dit proefschrift heeft zich beperkt tot het in kaart brengen van de punten waarbij spanning bestaat tussen de verzekering in coassurantie of pools en het mededingingsrecht. Inzichtelijk is gemaakt op welke manier de zakelijke verzekeringsmarkt werkt en in welke mate dat risico's oplevert vanuit mededingingsrechtelijk perspectief. Een van de bevindingen is dat de procedures die in de verzekeringspraktijk worden gebruikt om risico's te plaatsen, spanning kunnen geven met het mededingingsrecht. Hoewel een zekere spanning met mededingingsrecht inherent zal zijn aan coassurantie en poolvorming, zou vervolgonderzoek kunnen worden gedaan naar alternatieven waarop grootzakelijke risico's verzekerd kunnen worden. Een suggestie voor vervolgonderzoek zou daarom zijn om de diverse mogelijkheden waarop grootzakelijke risico's (ook buiten verzekeren om) gespreid kunnen worden in kaart te brengen en te onderzoeken op welke wijze de competitiviteit van de contractvoorwaarden het beste kan worden gewaarborgd. Denkbaar is dat een veilingsysteem, waarbij een makelaar de biedingen rangschikt, een optie kan zijn om een risico in coassurantie te verzekeren.

vi. Belang van de (grensoverschrijdende) context bij onderzoek naar coassurantie

Ten slotte, een mededingingsonderzoek kan uiteraard niet worden losgezien van de context van een bepaalde gedraging. Dit geldt voor alle mededingingsrechtelijke onderzoeken, maar is zeker van belang bij de zakelijke verzekeringsmarkt. Bovendien is coassurantie sterk grensoverschrijdend van aard. Ook met die context zal, gelet op de concurrentie door buitenlandse verzekeraars en makelaars in de Nederlandse markt, rekening moeten worden gehouden. Zoals in dit boek

UNDER EMBARGO

is beschreven, kenmerkt de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland zich door (historisch gegroeide) gewoonten en gebruiken. De markt heeft de afgelopen jaren een enorme transitie doormaakt van het verzekeren 'op de beursvloer', naar het elektronisch verzekeren van de risico's. Dit element van digitalisering en het gebruik van digitale platformen zal in de toekomst waarschijnlijk alleen maar groter worden. Het is mijns inziens van belang dat ook bij toekomstig onderzoek naar coassurantie of regelgeving voor deze markt deze geheel eigen context niet uit het oog wordt verloren.

ONDER EMBARGO

Samenvatting

Dit proefschrift gaat over het onderwerp mededinging en verzekering. Er is onderzoek gedaan naar de toepassing van het mededingingsrecht in de zakelijke verzekeringsmarkt. In deze markt worden (groot) zakelijke risico's vaak door meerdere verzekeraars in coassurantie of via poolconstructies verzekerd. De reden daarvoor is dat de te verzekeren risico's vaak te groot of te complex zijn om individueel te verzekeren of dat het efficiënt is om risico's in een pool onder te brengen. Coassurantie is een vorm van risicospreiding die is gebaseerd op het als verzekeraar dragen van (niet meer dan) een deel van een risico. De tussenpersoon – binnen de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt is dat de beursmakelaar – brengt het (groot) zakelijk risico dat de klant wil verzekeren onder bij een aantal verzekeraars die ieder voor een deel tekenen. Bij een pool is sprake van een afspraak tussen een groep verzekeraars en eventueel een assurantiemakelaar en/of gevolmachtigde op basis waarvan meerdere polissen voor eenzelfde categorie risico's kunnen worden afgegeven. Iedere verzekeraar draagt in de pool, net als bij coassurantie, een gedeelte van het risico. Het doel van dit proefschrift is om te onderzoeken hoe de verzekering in coassurantie of in pools zich verhoudt tot het mededingingsrecht. Daarmee brengt dit onderzoek in kaart hoe twee vrij gescheiden 'werelden' – de verzekeringspraktijk en het mededingingsrecht – zich tot elkaar verhouden. Het onderzoek is vooral juridisch van aard, maar omdat mededinging een economisch verschijnsel is, wordt ook gebruik gemaakt van economisch onderzoek. Om na te gaan hoezeer bevindingen uit eerdere onderzoeken gelden voor de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt, is een praktijkonderzoek gedaan in de vorm van een enquête onder verzekeraars, makelaars en gevolmachtigden die actief zijn op de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt.

Het boek bestaat uit drie delen. In deel I wordt de juridische en economische achtergrond van het mededingingsrecht beschreven. Ook wordt een overzicht gegeven van de organisatie van de zakelijke verzekeringsmarkt. In deel II is onderzocht hoe het mededingingsrecht wordt toegepast op een drietal terreinen in de zakelijke verzekeringsmarkt te weten, de fase van het sluiten van een verzekering in coassurantie of in een pool, de inhoud van een coassurantiecontract en de fase van de afwikkeling van schades bij coassurantie. Deel III bevat de conclusie en een aantal aanbevelingen.

Deel I start met een beschrijving van de inhoud van het mededingingsrecht (hoofdstuk twee). In dit hoofdstuk wordt in hoofdlijnen de inhoud van het kartelverbod, het verbod op misbruik van een machtspositie, het verbod op staatsteun en het concentratietoezicht behandeld. Doel van dit hoofdstuk is

ONDER EMBARGO

om een juridisch toetsingskader te geven voor de verdere analyse. In de kern draait het mededingingsrecht om de bescherming van de mededinging of de concurrentie op markten. Gedrag van ondernemingen dat de mededinging beperkt, in de vorm van kartelafspraken of het misbruik van een machtspositie, zijn daarom verboden. In de analyse in het proefschrift speelt het kartelverbod de belangrijkste rol. Het kartelverbod (artikel 101 van het Werkingsverdrag en artikel 6 van de Mededingingswet) houdt in dat afspraken tussen ondernemingen, al dan niet gemaakt via een ondernemersvereniging, die het doel of het gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, zijn verboden.

In hoofdstuk drie is het mededingingsrecht belicht vanuit een economisch perspectief. Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag welke rol economische factoren spelen bij de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector. Enkele kernbegrippen die van belang zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector, zijn in dit hoofdstuk uitgelegd. Afbakening (het bepalen van de relevante markt) en de vaststelling van het marktaandeel zijn nodig om te weten of verzekeraars een dominante positie op een markt hebben en bijvoorbeeld door verminderde concurrentiedruk invloed (marktmacht) kunnen uitoefenen ten nadele van de afnemer. Geconcludeerd is dat de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt niet eenduidig is omdat vraagsubstitutie (in welke mate zijn verzekeringsdiensten vervangbaar voor gebruikers?) en aanbodsubstitutie (in welke mate kunnen verzekeraars zonder aanzienlijke kosten hun productenaanbod uitbreiden?) bij de afbakening van de verzekeringsmarkt tot wisselende uitkomsten leiden. Uit eerdere onderzoeken en beschikkingen van de Europese Commissie is afgeleid dat aanbodsubstitutie pleit voor een ruimere afbakening van de relevante verzekeringsmarkt. Dit hangt wel af van de kennis en ervaring die verzekeraars hebben in de verzekering van groot zakelijke risico's en de beschikbare financiële capaciteit.

In hoofdstuk vier is een beschrijving gegeven van de zakelijke verzekeringsmarkt in Nederland. Dit hoofdstuk biedt de context waarbinnen de toepassing van het mededingingsrecht primair moet worden geplaatst. In het hoofdstuk wordt eerst de historische achtergrond van coassurantie uiteengezet. Coassurantie is een oude verzekeringsvorm. Een belangrijke rol in de geschiedenis van coassurantie hebben de assurantiebeurzen waar de makelaars en verzekeraars elkaar ontmoeten en zaken deden. Assurantiebeurzen faciliteerden het sluiten van verzekeringscontracten en de afwikkeling van schades. Lange tijd heeft de fysieke assurantiebeurs bestaan, maar tegenwoordig vindt het verzekeren in coassurantie alsmede de afwikkeling van schades voornamelijk elektronisch plaats op een digitaal platform (e-ABS). Kort worden de verschillen geduid tussen het horizontaal spreiden van risico's (coassurantie en pools), en het verticaal spreiden (verzekeringslagen en herverzekering). Bij het bespreken van de organisatie van de zakelijke verzekeringsmarkt wordt stilgestaan bij de spelers (verzekeraars, makelaars en brancheorganisaties) en hun positie in de markt.

Kenmerkend voor de werking van coassurantie(pools) is het onderscheid tussen leidende en volgende verzekeraars. Een leidende verzekeraar (in een pool aangeduid als de poolleader) treedt op als spreekbuis voor de volgende

ONDER EMBARGO

verzekeraars. Een makelaar zal met de leidende verzekeraars het meest uitvoerig onderhandelen over de voorwaarden waartegen het risico wordt verzekerd. De gedachte is dat een leidende verzekeraar de meeste kennis heeft van het te verzekeren risico en dat het daarom efficiënt is als een makelaar met hem de voorwaarden uit-onderhandelt. Ook bij de verzekering van risico's in een pool heeft een poolleader een belangrijke rol: het acceptatiebeleid, de schadebehandeling of aanpassingen in de premie worden met hem afgestemd. Deze volgende verzekeraars hebben een bescheidener rol; zij stellen verzekeringscapaciteit ter beschikking en laten de schadebehandeling over aan de leidende verzekeraar. In hoofdstuk vier is ten slotte een beknopte beschrijving gegeven van de verzekeringsmarkten in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk.

In deel II van het boek wordt de toepassing van het mededingingsrecht onderzocht op een drietal terreinen. In onderdeel A wordt in een tweetal hoofdstukken (hoofdstukken vijf en zes) stilgestaan bij de fase van het sluiten van een verzekering.

In hoofdstuk 5 wordt beschreven hoe het sluiten van een verzekering in coassurantie verloopt en op welke punten daarbij spanning kan ontstaan met het mededingingsrecht. Twee type totstandkomingsprocedures zijn besproken: de (meest gebruikelijke) onderhandelingsprocedure en de (minder gebruikelijke) aanbestedingsprocedure. Kort samengevat komt de onderhandelingsprocedure erop neer dat een makelaar een aantal verzekeraars voorziet van informatie over het te verzekeren risico en hun vraagt om een bod uit te brengen. Over het bod (dat in ieder geval zal bestaan uit het gewenste aandeel en een bijbehorende premie) dat verzekeraars uitbrengen zal een makelaar gaan onderhandelen. In eerste instantie zal een makelaar onderhandelen met een leidende verzekeraar met wie hij de basis legt voor de verzekeringsovereenkomst. Met die verzekeraar worden de belangrijkste voorwaarden besproken en/of uit-onderhandeld. Indien er nog capaciteit tekort komt (dat is het geval als een verzekeraar niet voor 100% dekking wil bieden), wordt de offerte van de leidende verzekeraar voorgelegd aan een aantal volgverzekeraars (dat kunnen ook afgevallen leiders zijn) die, zo leert het praktijkonderzoek, doorgaans wordt gevraagd tegen dezelfde voorwaarden als de leider mee te tekenen. Wanneer het niet lukt om een polis tegen een met de verzekeraars uit-onderhandelde prijs rond te krijgen, dan kan volgverzekeraars worden gevraagd om tegen een zelfstandig te bieden premie mee te tekenen (ook wel aangeduid als 'Bipar-polis'). Ook wanneer iedere verzekeraar conform de Bipar procedure een eigen offerte/ prijsstelling indient, kan een makelaar besluiten de premie te harmoniseren op een bepaald niveau (dit kan voor de klant de gunstigste, de gemiddelde of - bij gebrek aan capaciteit - de hoogste prijs zijn). Uit het praktijkonderzoek komt naar voren dat 64% van de respondenten (verzekeraars, makelaars en volmacht bedrijven) aangeven dat een makelaar niet meer onderhandelt over de premie met de volgende verzekeraars. Deze bevinding is in lijn met eerdere onderzoeken van de Europese Commissie naar coassurantie, pools en mededinging in de Europese Unie. Deze praktijk van premieharmonisatie is getoetst aan de voorwaarden van het kartelverbod. Als de verzekeraars in coassurantie dezelfde premie ontvangen, roept dat de vraag op of sprake is van een mededingingsbeperkende afspraak. Ondanks dat premieharmonisatie kan leiden tot snelle acceptatie van risico's en

ONDER EMBARGO

besparing van kosten bij de volgverzekeraars, kan niet worden uitgesloten dat premieharmonisatie een 'kartelafspraak' oplevert. Verzekeraars ontvangen immers dezelfde premie, terwijl daar gelet op het verschil in positie en werkzaamheden van een leidende en een volgende verzekeraar, geen goede rechtvaardiging voor bestaat. Bovendien is geconstateerd dat premieharmonisatie in het biedproces dat aan de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bij coassurantie ten grondslag ligt, kan leiden tot ongewenste prikkels, strategisch marktgedrag en/of collusie tussen verzekeraars.

In hoofdstuk 6 is onderzocht welke spanning het verzekeren van risico's in coassurantiepools geeft met het mededingingsrecht. In dit hoofdstuk is eerst een algemene beschrijving gegeven van het verzekeren van risico's in pools en de verschillen in pools. Pools kunnen worden onderscheiden in enerzijds de verzekeraarspools, die meestal worden gevormd voor het verzekeren van moeilijk te verzekeren risico's, en anderzijds de makelaarspools die worden gevormd om eenvoudige risico's te accepteren die ook zonder coassurantie(pools) verzekerd hadden kunnen worden. In het kader van de mededingingsrechtelijke beoordeling van pools is de zelfregulering besproken die in Nederland bestaat in de vorm van het Protocol voor intermediaire pools. Dit protocol bevat een self assessment waarbij het marktaandeel van de pool leidend is. Pools zijn mededingingsrechtelijk te beschouwen als horizontale vormen van samenwerking, waarbij afhankelijk van de gemaakte poolafspraken, de pool de strekking of het gevolg kan hebben dat de mededinging wordt beperkt. Uit het onderzoek blijkt dat de pools voor de moeilijk of anders onverzekerbare risico's, zoals voor de verzekering van terrorisme- of nucleaire schade, meestal geen mededingingsproblemen zullen geven omdat zij een risico verzekeren dat anders niet verzekerd had kunnen worden. Daarentegen zullen de makelaarspools waarin risico's worden ondergebracht die ook zonder de pool goed verzekerd kunnen worden, eerder op mededingingsbezwaren stuiten. Toch geldt ook daarbij dat het afhankelijk is van de gemaakte poolafspraken. Uit het praktijkonderzoek blijkt dat de premiebepaling in intermediaire pools sterk verschilt. Marktpartijen geven aan dat de premie lang niet altijd van tevoren vaststaat. Afhankelijk van de overeengekomen volmacht vinden er nog onderhandelingen plaats over de premie of wordt de premie bepaald in samenspraak tussen de leidende verzekeraar en de (gevolmachtigde) makelaar. Uit het onderzoek blijkt dat efficiëntie het kernargument is voor het bestaan van makelaarspools: het is goedkoper om risico's in een pool onder te brengen dan deze op individuele basis te verzekeren. Wanneer een dergelijke pool echter een te groot marktaandeel krijgt, zoals het geval was bij de notarispool, en daardoor de concurrentie sterk wordt verminderd, stuitten ook intermediaire pools op mededingingsbezwaren. In het boek is uiteengezet dat voor dit type pools een zelfregulerend protocol bestaat dat voor de beoordeling aansluiting zoekt bij de eerder geldende groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector en de daarin genoemde marktaandeeldrempels (20%). Intermediaire pools met een aandeel onder deze drempel worden geacht te voldoen aan de vrijstellingsvoorwaarden van het kartelverbod. Evenwel is geconstateerd dat niet geheel duidelijk is hoe de relevante verzekeringsmarkt moet worden afgebakend en welk gewicht daarbij toekomt aan aanbod- en vraagsubstitutie. Wanneer wordt uitgegaan van vraagsubstitutie zal de relevante verzekeringsmarkt nauwer uitpakken dan wanneer rekening wordt gehouden met aanbodsubstitutie.

UNDER EMBARGO

In dit boek is het standpunt ingenomen dat er in principe moet uitgegaan worden de smalst mogelijke marktafbakening op basis van vraagsubstitituie maar dat de branche indeling een bruikbaar handvat biedt voor de zelfbeoordeling. Afhankelijk van het marktaandeel van een pool, kan ook het verbod op misbruik van een machtspositie een rol spelen.

In de verzekeringsmarkt wordt veel gebruikt gemaakt van standaardpolis-voorwaarden. Daarom heb ik in onderdeel B, hoofdstuk 7, onderzocht op welke punten de inhoud van een verzekeringscontract spanning geeft met het mededingingsrecht. In het hoofdstuk is allereerst verduidelijkt welke soorten standaardvoorwaarden in de zakelijke verzekeringsmarkt worden gebruikt. Samenwerking over de inhoud van de standaardpolissen vindt plaats binnen het verenigingsverband van de VNAB. De standaardpolisvoorwaarden die door samenwerking tussen verzekeraars en makelaar binnen de VNAB worden vastgesteld zijn (niet-bindende) modelvoorwaarden waarvan het de leden vrijstaat om daar in individuele gevallen van af te wijken.

Het vaststellen en verspreiden van gemeenschappelijke polisvoorwaarden door een brancheorganisatie is een vorm van horizontale samenwerking tussen ondernemingen. Ook al worden standaardvoorwaarden bij coassurantie niet bindend vastgesteld, dan kan toch sprake zijn van een besluit van een ondernemersvereniging dat onder het kartelverbod valt als de polisvoorwaarden ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt. Hoewel een niet-bindende polisvoorwaarde minder snel leidt tot mededingingsbezwaren kan deze wel een negatief effect hebben op de mededinging als zij betrekking heeft op de vaststelling of berekening (via een korting) van de premie of anderszins gevolgen heeft op de prijs of concurrentiedruk. Ook moet voor de beoordeling onder het kartelverbod de invloed op de productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie worden nagegaan. Standaardpolisvoorwaarden die onder het toepassingsbereik vallen van het kartelverbod, kunnen in aanmerking komen voor een vrijstelling van het kartelverbod als voldaan is aan vier (cumulatieve) vrijstellingscriteria. Kortweg gaat het dan om de vraag of de mededingingsvoordelen de mededingingsbezwaren in voldoende mate compenseren. Het gebruik van standaardpolissen brengt verschillende voordelen voor de mededinging mee. Gedacht kan worden aan (efficiëntie)verbeteringen zoals lagere transactiekosten, betere vergelijkbaarheid, snellere acceptatie van polissen en gemakkelijkere toetreding tot de markt (lagere toetredingsdrempels). Voor een beroep op de vrijstelling van het kartelverbod blijkt eveneens van belang dat kan worden aangetoond dat de voordelen worden doorgegeven aan de klant, dat de beperking onmisbaar is en dat voldoende concurrentie resteert. Ten aanzien van bindende clausules is het standpunt ingenomen dat een beroep op een uitzondering van het kartelverbod strandt op de eis van onmisbaarheid. Samenvattend lijkt het onderzoek in dit boek minder aanleiding te geven tot mededingingsbezwaren dan de fase van het sluiten van een verzekering.

In de verzekeringsketen is de schadebehandeling een belangrijk onderdeel. Daarom heb ik in deel C van dit boek (hoofdstuk 8) onderzocht hoe de schadeafwikkeling bij coassurantie verloopt en welke mededingingsaspecten

ONDER EMBARGO

daarbij een rol spelen. De toegevoegde waarde van dit onderdeel is vooral de verduidelijking van het proces van de schadeafwikkeling bij de verzekering in coassurantie. De bestaande praktijken geven in het gedane onderzoek geen of althans in veel mindere mate aanleiding tot spanning met het mededingingsrecht. In het kader van de bespreking van de schadeafwikkeling is aandacht geschonken aan de werking van volgclausules en het mededingingsrecht, de beoordeling van de verhoudingen bij schade-expertise vanuit mededingingsperspectief, en verticale samenwerking in de distributieketen. Ook speelt het elektronische beurssysteem e-ABS hierbij een belangrijke rol. Het gaat dan om een elektronisch beursplatform waar schades worden geaccordeerd en onderliggende (expertise) rapporten worden uitgewisseld. Uit de bespreking in dit deel van het boek komt naar voren dat samenwerking bij de fase van de regeling van schades de concurrentie op het gebied van de uitkering van schades kan beïnvloeden. Kenmerkend voor de fase van het afwikkelen van schades bij coassurantie is het opnemen van een volgclausule ('to follow clause') in de verzekeringspolis. In het gebruik van deze clausule bedoeld om de schadeafwikkeling door meerdere verzekeraars te stroomlijnen komt het eerder besproken onderscheid tussen de positie van leider en volger bij coassurantie duidelijk naar voren. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan het gebruik van een dergelijke clausule als nadeel hebben dat de concurrentie op het gebied van de schade-uitkering wordt verminderd, maar in het boek is de stelling ingenomen dat het aannemelijk lijkt dat de voordelen de nadelen ervan in voldoende mate compenseren. Samenvattend geeft het onderzoek naar de fase van de afwikkeling van schades in dit boek minder aanleiding tot mededingingsbezwaren dan bij de fase van het sluiten van een verzekering.

Het onderzoek wordt afgerond in deel III. In hoofdstuk 9 worden enkele beleidsaanbevelingen gepresenteerd. Deze richten zich tot de spelers in de verzekeringsmarkt (verzekeraars, maar ook de brancheorganisaties), de mededingingsautoriteiten en de wetgever. Geconcludeerd wordt dat in de verhouding tussen verzekering in coassurantie en pools en het mededingingsrecht een zekere spanning inherent zal zijn, maar dat op verschillende manieren hier goed mee kan worden omgegaan. Enerzijds kan meer aandacht en bewustzijn van de competitiviteit van het sluitingsproces bij coassurantie spanning wegnemen. Het verdient aanbeveling dat de bekendheid met de mededingingsregels op de 'beursvloer' wordt vergroot of anderszins door toezichthouders of brancheorganisaties wordt toegezien op de juiste naleving van de mededingingsregels of in lijn daarmee opgesteld zelfregulering. Anderzijds kan sectorspecifieke regulering of het bieden van extra handvatten in richtsnoeren of beleidsdocumenten de spanning met het mededingingsrecht verminderen. Daarbij is het ten slotte goed om op te merken dat het mededingingsrecht in beginsel positief staat tegenover samenwerking tussen ondernemingen, mits daardoor de concurrentie niet wordt beperkt.

UNDER EMBARGO

Summary

The central topic of this dissertation is 'competition and insurance'. Research has been conducted to the application of competition law in the business insurance market. In this market, (large) business risks are often insured by several insurers in coinsurance or through pool constructions. The reason why these risks are insured through coinsurance or pools is that they are often too large and/or complex to insure on an individual basis. Furthermore, the pooling of risks would be more efficient. In essence, coinsurance is a form of risk spreading that is based on the fact that an insurer carries (no more than) a part of a risk. The intermediary – within the Dutch business insurance market this is the broker – places the (large) business risk that the client wishes to insure, to a number of insurers who each sign for a part of the risk. A pool is an agreement between a group of insurers and possibly an insurance broker and / or authorized representative on the basis of which multiple insurance policies can be issued for the same risk category. As with coinsurance, every insurer carries a part of the risk in the pool. The aim of this dissertation is to investigate the relationship between competition law and insurance. With that in mind, this research investigates how two different 'worlds' – insurance practice and competition law – relate to each other. The research is mainly legal-doctrinal, but because competition is of course an economic phenomenon, economic research is also used. To investigate the extent to which findings from previous researches also apply to the Dutch business insurance market, a (empirical) practical study was conducted in the form of a survey among insurers, brokers and authorized agents that are active in the Dutch business insurance market.

The book consists of three parts. Part I describes the legal and economic background of competition law. In that part also an overview is given of the organization of the business insurance market. Part II examines how competition law is applied in three main areas in the business insurance market: the phase of taking out insurance in a coinsurance or in a pool, the content of a coinsurance contract and the phase of the settlement of claims under coinsurance. Part III contains the conclusion and a number of recommendations.

Part I starts with a description of the content of competition law (chapter two). This chapter deals in general with the content of the cartel prohibition, the prohibition of abuse of a dominant position, the prohibition of state aid and the supervision on concentrations. The aim of this chapter is to provide a legal framework to conduct the further analysis. In essence, competition law aims to protect the competition or competition process in markets. Conduct of undertakings that has as their object or effect to restrict competition, in the form of cartel agreements or

ONDER EMBARGO

the abuse of a dominant position, are therefore prohibited. The cartel prohibition plays the most important role in the further analysis in the dissertation. The cartel prohibition (Article 101 TFEU and Article 6 Mw.) means that agreements between companies, whether or not made through an association of undertakings, that have the object or effect of restricting competition are prohibited.

In chapter three competition law is discussed from an economic perspective. The central question in this chapter is what role economic factors play in the application of competition law in the insurance sector. Some key concepts that are important for the application of competition law in the insurance sector are explained in this chapter. Defining (determining the relevant market) and determining the market shares of undertakings are necessary to know whether insurers have a dominant position in a market and can exert influence (market power) to the detriment of the buyer through, for example, reduced competitive pressure. It is concluded that the definition of the relevant insurance market is unclear because demand substitution (to what extent are insurance services replaceable for users?) and supply substitution (to what extent can insurers extend their product range without significant costs?) when defining the insurance market leads to different outcomes. From previous investigations and decisions of the European Commission it has been deduced that supply substitution calls for a broader definition of the relevant insurance market. This does depend on the knowledge and experience that insurers have in the insurance of major business risks and the available financial capacity.

Chapter four describes the business insurance market in the Netherlands. This chapter provides the context in which the application of competition law must primarily be placed. The chapter first explains the historical background of coinsurance. Coinsurance is an ancient form of insurance. The insurance exchange market, where brokers and insurers meet and do business with each other, have played an important role in the history of coinsurance. Insurance exchange markets facilitated the conclusion of insurance contracts and the settlement of claims. The physical insurance exchange market has existed for a long time, but nowadays insurance in coinsurance as well as the settlement of claims mainly takes place electronically on a digital platform (e-ABS). The differences between the horizontal spreading of risks (co-insurance and pools) and the vertical spreading (insurance layers and reinsurance) are briefly explained. In the discussion of the organization of the business insurance market, attention has been paid to the players (insurers, brokers and business associations) and their position in the market.

A special characteristic of the operation of coinsurance (pools) is the distinction between leading and following insurers. A leading insurer (referred to as the pool leader in a pool) acts as a mouthpiece for the following insurers. A broker will negotiate most extensively with the leading insurers on the conditions on which the risk is insured. The idea behind this distinction is that a leading insurer has the most knowledge of the risk to be insured and that it is therefore efficient for a broker to negotiate the terms and conditions with this insurer. A pool leader also plays an important role in the insurance of risks in a pool: the acceptance policy,

UNDER EMBARGO

the claims handling or adjustments to the premium are dealed with him. These following insurers play a more modest role; they provide insurance capacity and leave the claim handling to the leading insurer. Finally, chapter 4 provides a brief description of the insurance markets in Germany, the United Kingdom, Belgium and France.

Part II of the book examines the application of competition law in three areas. In part A, two chapters (chapters five and six) deal with the phase of underwriting an insurance contract.

Chapter 5 describes how the conclusion of an insurance policy takes place in coinsurance and on which points tension can arise with competition law. Two types of subscription-procedures were discussed: the (most used) negotiation procedure and the (less used) procurement procedure. In short, the negotiation procedure means that a broker provides a number of insurers with information about the risk to be insured and asks them to make an offer. A broker will negotiate the offer (which will in any case consist of the desired share and an associated premium) that insurers make. Initially, a broker will negotiate with a leading insurer with whom he lays the foundation for the insurance contract. The most important conditions are discussed and/or negotiated with that insurer. If there is still a shortage of capacity (this is the case if an insurer does not want to offer 100% coverage), the quotation from the leading insurer is submitted to a number of following insurers (which can also be insurers who lose for the position of leader). The practical survey evidences that in most cases the broker submits the risks for acceptance to the following insurers, after having negotiated the risk with the leading insurer. The following insurers are usually asked to sign on the same terms as discussed with the leading insurer. When it is not possible for the broker to sign the insurance policy for 100% against an out-negotiated price with the invited insurers, follow insurers may be asked/invited to sign at an independently offered premium (this is the so called" Bipar -policy). Even if every insurer submits its own quotation / pricing in accordance with the Bipar procedure, a broker may decide to harmonize the premium at a certain level (this may be the most favorable, the average or – in the absence of capacity – the highest price) for the customer. In essence, the practical research shows that 64% of the respondents (insurers, brokers) indicate that a broker no longer decides to negotiate about the premium with the following insurers.

This result is in line with previous investigations by the European Commission to coinsurance , pools and competition in the European Union. As such this premium alignment could fall within the scope of article 101 TFEU. However, premium harmonization can speed up the acceptance of risks and save costs for the group of following insurers. These efficiency gains for parties could make this practise permissible under 101 (3). After all, insurers receive the same premium, while given the difference in position and activities of a leading and a following insurer, there is not always good justification for this. In addition, premium harmonization in the bidding process that underlies the conclusion of a coinsurance contract can lead to undesirable incentives such as strategic market behaviour and/or (tacit) collusion.

UNDER EMBARGO

Chapter 6 investigates the tension that can exist between insuring risks in pools and competition law. This chapter first gives a general description of insuring risks in pools and the different types of pools. Pools can be distinguished in insurer pools, which are usually formed to insure risks that are difficult to insure individually, and the broker pools that are formed by a broker to accept simple risks that could also have been insured without coinsurance (pools). In this context of the assessment of pools, the self-regulation that exists in the Netherlands in the form of the Protocol for intermediate pools is discussed. This protocol contains a self-assessment in which the market share of the pool is crucial. From a competition law perspective, pools can be seen as horizontal forms of cooperation, whereby depending on the specific pool agreements that are made, the pool may have the object or effect of restricting competition. The research shows that pools that are formed to insure risks that are otherwise difficult or probably uninsurable, such as for the insurance of terrorism or nuclear damage, will in general not give rise to competition problems because they insure a risk that otherwise could not have been insured. On the other hand, the broker pools that are formed to insure risks that can be insured in an alternative way, without the pool, are more likely to give raise to competition concerns. Nevertheless, it depends on the pool agreements that are made in specific circumstances. The practical survey shows that the determination of premiums in intermediary pools is different. Market parties indicate that the premium is not always fixed in advance. Depending the agreed mandate between the intermediary and the insurers, still negotiations about the premium are possible or it is possible that the premium is determined in consultation between the leading insurer and the broker. The survey evidences that intermediary pools exist for the sake of efficiency: it is cheaper to place risks in a pool, than to insure these risks on an individual or coinsurance basis. However, if such a pool gains a big market share, as was the case with the notary pool, the result can be that competition is greatly reduced. In that case intermediary pools leads to competition concerns. The book explains the self-regulatory protocol that exist for this types of pools, which for its assessment is in line with the previously applicable insurance block exemption regulation and the market share thresholds stated therein (20%). Intermediary pools with a share below this threshold are assumed to meet the exemption conditions of the cartel prohibition. However, it has been concluded that it is not entirely clear how the relevant insurance market must be defined and what weight is thereby assigned to the instruments of supply and demand substitution. When demand substitution is assumed, the relevant insurance market will turn out more closely than when supply substitution is taken into account. This book takes the position that the narrowest possible market definition based on demand substitution should be assumed, but that the sector classification provides a useful tool for self-assessment. Depending on the market share of a pool, the prohibition of abuse of a dominant position may also play a role.

In the insurance market there is a high degree of standardization of policy conditions. Therefore the book investigates in chapter 7 the competition law aspects of standard policy conditions in the business insurance market. The chapter first clarifies which types of standard conditions are used in the business insurance market. Cooperation on the content of the standard policies takes

UNDER EMBARGO

mainly place within the association of the VNAB. The standard policy conditions that are established through cooperation between insurers and broker within the VNAB are non-binding model conditions for which members are free to deviate in individual cases.

The establishment and distribution of common policy conditions by an association is a form of horizontal cooperation between companies. Even though the standard conditions use in the business insurance market are non-binding, they can be a decision of an association in terms of the cartel prohibition if the policy conditions have the object or effect to restrict competition. Although a non-binding policy condition is less likely to lead to competition concerns, it may have a negative effect on competition if it relates to the determination or calculation (via a discount) of the premium or otherwise affects the premium or distort competitive pressure. The assessment under the cartel prohibition must also examine the influence on product quality, product diversity and innovation. Standard policy conditions that fall within the scope of the cartel prohibition can qualify for an exemption from the cartel prohibition if four (cumulative) exemption criteria are met. In short, the question is whether the competitive advantages sufficiently compensate for competition concerns. The use of standard policies entails various advantages for competition. Consideration can be given to (efficiency) improvements such as lower transaction costs, better comparability, faster acceptance of policies and easier entry to the market (lower entry barriers). In relying on the exemption from the cartel prohibition it also appears to be important that it can be demonstrated that the benefits are passed on to the customer, that the restriction is indispensable and that there is sufficient competition. With regard to binding clauses, the position has been taken that invoking an exception to the cartel prohibition is based on the indispensability requirement. In short, the research evidences that the content of an insurance contract gives less competition concerns than the phase of the insurance conclusion.

Claims handling is an important part of the insurance chain. That is the reason why I investigated in part C of this book (chapter 8) how claims settlement in coinsurance actually works and what tension arises with competition law. The added value of this part of the book is in particular the clarification of the process of claims settlement with the insurance in coinsurance. Existing practices do not, or at least to a much lesser extent, give rise to tension with competition law. In the context of the discussion of the settlement of claims, attention was paid to the operation of to-follow clauses and competition law, the assessment of the relation between damage assessment and competition law, and vertical cooperation in the insurance distribution chain. The e-ABS electronic platform also plays an important role in this phase. This is an electronic exchange platform where claims are approved and underlying (expertise) reports are exchanged. The discussion in this part of the book shows that cooperation in the claim settlement phase can have an impact on the competition on the claim compensation. A special characteristic of the claims handling in coinsurance is the use of the to follow clause in the insurance policy. This clause has the purpose to streamline the settlement of claims by multiple insurers. It relates to the previously discussed distinction between the position of leader and follower in co-insurance. From a

ONDER EMBARGO

competition law perspective, the use of such a clause may have the disadvantage of reducing competition in the area of compensation, but the book takes the position that it seems plausible that the benefits sufficiently outweigh the disadvantages. In short, the research evidences that the claims settlement gives less cause for competition than in the insurance conclusion phase.

The book concludes the research in part III. Chapter 9 presents some policy recommendations. These address the players in the insurance market (insurers, but also the trade associations), the competition authorities and the legislator. It is concluded that a certain tension will be inherent in the relationship between insurance in coinsurance and pools, and competition law, but that this can be dealt with in various ways. On the one hand, more attention and awareness of the competitiveness of the closing/underwriting process in the case of coinsurance can delight the tension. It is recommended that the familiarity with the competition rules on the 'trading floor' is increased or that supervisors or trade associations otherwise ensure proper compliance with the competition rules or self-regulation. On the other hand, sector-specific regulation or the provision of additional guidelines or policy documents can reduce the tension or conflicts with competition law. It is finally worth noting that competition law is in principle positive about cooperation between companies, provided that it does not restrict competition.

ONDER EMBARGO

Appendix

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

I. Toelichting verwerking gegevens van het praktijkonderzoek 2018 en de gebruikte vragenlijst

ONDER EMBARGO

In deze bijlage zal ik kort uiteenzetten hoe ik de gegevens van het praktijkonderzoek heb verwerkt. Voor het praktijkonderzoek is gebruik gemaakt van de vragenlijst die is opgenomen in bijlage II van de appendix. De vragenlijst is op 20 maart 2018 verstuurd naar 1481 mailadressen die bekend waren bij de Vereniging Nederlandse Assurantiebeurs (VNAB). Daarop hebben 175 personen gereageerd. Op 3 april 2018 is een herinnering gestuurd naar de personen die de eerdere uitnodiging wel hadden ontvangen maar de enquête nog niet hadden ingevuld. Nadien hebben nog 64 personen de enquête ingevuld. De enquête is gesloten op 16 april 2018. Voor een uitvoerige beschrijving van de verdeling van het aantal respondenten over de verschillende organisaties verwijs ik naar hoofdstuk 1 van dit boek, paragraaf 1.3.2.

In het begeleidende bericht bij het uitsturen van de enquête is meegedeeld dat de antwoorden zoals die worden gegeven alsook de resultaten zoals die daaruit naar voren komen niet worden ingezien en/of opgeslagen door de VNAB. Met de VNAB is afgesproken dat de gegevens rechtstreeks aan de Erasmus Universiteit werden overgedragen en dat zij ook enkel voor het promotieonderzoek worden gebruikt. Daarmee is de enquête volledig anoniem (zowel persoons- als bedrijfsniveau). De respondenten hoefden niet hun naam in te vullen om de enquête in te vullen. Ook is niet gevraagd naar de naam van de organisatie waar zij werkzaam waren. Na de eerste respons ontving ik van de VNAB de resultaten in de vorm van een excelbestand. Ook na de tweede respons is een excelbestand ontvangen met daarin alle resultaten van het onderzoek.

De gegevens zijn verwerkt in het programma excel. Als eerste stap is bepaald welke gegevens als geldige resultaten mee konden worden genomen in het onderzoek. Daarbij zijn alleen de resultaten meegenomen van de personen die de vragenlijst op de onderdelen A, B en C (nagenoeg) volledig hadden ingevuld. Ik heb daarbij ook de personen meegenomen die wel de onderdelen A en B hadden ingevuld maar niet onderdeel C. Het kan immers zo zijn dat een persoon wel risico's in coassurantie verzekert, maar niet bekend is met intermediaire pools. Daarbij hebben 106 respondenten onderdeel C van de enquête ingevuld, terwijl 96 respondenten aangaven niet bekend te zijn met intermediaire pools. Ook wanneer

een respondent de vragen 13 tot en met 19, die zagen op het verzekeringen via een aanbestedingsprocedure, niet had beantwoord maar de overige vragen van onderdeel A en B wel, is deze meegenomen bij het verwerken van de resultaten. Ook hier kan het immers goed zijn dat een respondent wel risico's in coassurantie verzekerd, maar dat niet via aanbestedingsprocedures doet. Daarbij hadden 133 respondenten deze vragen over aanbestedingsprocedures niet beantwoord, terwijl 93 respondenten dat wel hadden gedaan. Al de figuren die in het boek zijn opgenomen, zijn afkomstig door het analyseren van de gegevens in excel (zoals het ranken van de data, het creëren van tabellen en figuren). Daarbij is op geen enkele manier gebruik gemaakt van andere data. Uitsluitend de van de VNAB ontvangen data is gebruikt als input voor de resultaten van het praktijkonderzoek. Deze gegevens zijn vertrouwelijk behandeld en zijn niet gedeeld met andere personen of bedrijven. De gegevens staan ter beschikking van de auteur van dit boek.

ONDER EMBARGO

Vragenlijst onder de leden VNAB

ONDER EMBARGO

20-03-2018

(3-04-2018 reminder verstuurd)

[Emailbericht]

Geachte heer/mevrouw,

Graag breng ik onderstaande enquête van mr.drs. Gerard Baak onder uw aandacht. De heer Baak doet in het kader van een promotietraject aan de Erasmus Universiteit Rotterdam onderzoek naar het onderwerp mededinging in het verzekeringsrecht. Het promotieonderzoek vindt plaats onder toezicht van zijn promotor, prof.mr. Mop van Tiggele-van der Velde. Ter afronding van zijn onderzoek heeft de heer Baak een enquête ontwikkelt om zijn bevindingen tot nu toe te toetsen aan de praktijk. Omdat het promotieonderzoek van de heer Baak zeer relevant is voor onze markt, faciliteert de VNAB dit onderzoek door zijn enquête langs deze weg onder uw aandacht te brengen.

Deze enquête is bedoeld voor diegene die werkzaam zijn bij een makelaar, verzekeraar of volmacht bedrijf als sluiter of acceptant. Indien u dit bent en u dit wetenschappelijk onderzoek verder wilt helpen, vragen wij u vriendelijk om via onderstaande link de enquête in te vullen.

Ik hecht er aan u te laten weten dat de antwoorden zoals u die geeft alsook dat de resultaten zoals die daaruit naar voren komen niet worden ingezien en/of opgeslagen door de VNAB. De input die u geeft wordt rechtstreeks aan de Erasmus Universiteit overgedragen en zij wordt ook enkel voor het hierboven genoemde onderzoek gebruikt. De enquête is daarmee volledig anoniem en zal circa 10 minuten van uw tijd in beslag nemen.

Alvast bedankt voor uw medewerking, namens mr.drs. Baak en prof.mr. Van Tiggele,

Met vriendelijke groet,

P.A. (Paula) du Pont MSc

Kennismanagement

ONDER EMBARGO

Introductie

Het doel van deze vragenlijst is om te weten te komen op welke mogelijke manieren risico's in coassurantie in de Nederlandse praktijk verzekerd worden (waarom en wanneer wordt de keuze gemaakt voor coassurantie of het onderbrengen in een pool?) en hoe dat precies in zijn werk gaat.

Zoals uit de begeleidende mail van de VNAB al naar voren komt, is deze vragenlijst opgesteld in het kader van een promotieonderzoek aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (Verzekeringsinstituut). Het gaat daarbij om een onderzoek dat zich richt op mededinging in het verzekeringsrecht en dat plaats vindt onder begeleiding van prof. mr. N. (Mop) van Tiggele-van der Velde.

Vanwege de wezenlijke rol die voor het sluiten van posten in coassurantie is weggelegd, wordt de uitvoering van deze vragenlijst gefaciliteerd door de VNAB. De bevraagde informatie zal op geen enkele manier door de VNAB worden ingezien en/of gebruikt.

De vragenlijst is daarmee geanonimiseerd, zowel op bedrijfs- als op persoonsniveau. De gegeven antwoorden zullen vertrouwelijk worden behandeld.

De vragenlijst bestaat uit drie onderdelen:
A. Algemeen
B. Sluiting in coassurantie
C. Sluiting in een intermediaire pool

Veel dank voor uw medewerking.

Met vriendelijke groet,

Mr.drs. Gerard Baak

Prof.mr. Mop van Tiggele-van der Velde

ONDER EMBARGO

A. Algemeen

1. Voor wat voor soort organisatie bent u werkzaam?
   A. Verzekeraar
   B. Volmacht
   C. Makelaar

2. Wat is uw functietitel?

3. In welke branche bent u werkzaam? (Bent u werkzaam in meerdere branches? Kies dan de branche waar u de meeste ervaring in heeft, alle hierna volgende vragen vult u in voor de branche die u hier kiest).
   A. Brand
   B. Transport
   C. Technische verzekeringen
   D. Varia

In het vervolg van deze vragenlijst kunt u bij de beantwoording uitgaan van uw branche. Bent u in meerdere branches werkzaam dan kunt u bij de beantwoording van de vragen aangeven op welke branche(s) uw antwoord ziet.

4. Hoeveel jaar bent u werkzaam in de zakelijke verzekeringsmarkt?

<5 jaar	5 -10 jaar	> 10 jaar

ONDER EMBARGO

B. Sluiting in coassurantie

1. Voor sluiting in coassurantie wordt vaak gekozen vanwege de volgende redenen.
   A. De coassurantiemarkt biedt toegang tot (her)verzekering tegen lage(re) kosten
   B. De coassurantiemarkt biedt goede service
   C. De coassurantiemarkt is de enige manier waarop bepaalde risico's (her-) verzekerd kunnen worden

Hebt u nog aanvullende redenen voor verzekeren in coassurantie?
   A. Ja
   B. Nee
   Zo ja, kunt u aangeven welke redenen?

2. Hieronder is in 5 stappen een beschrijving opgenomen – gebaseerd op de literatuur en eerdere onderzoeken – in welke volgorde een verzekeringsovereenkomst in coassurantie tot stand komt.
   i. De makelaar stelt eerst vast, veelal in overleg met de verzekerde, wat er verzekerd moet worden.
   ii. Met die informatie gaat de makelaar onderhandelen met enkele (potentiële) leidende verzekeraars.
   iii. Als de makelaar voldoende zekerheid heeft gekregen tegen welke premie en voorwaarden hij het risico bij de leidende verzekeraar(s) kan onderbrengen, stelt hij een of meerdere offerte(s) op voor de klant.
   iv. Als de offerte ertoe leidt dat de klant de makelaar de opdracht geeft om het risico onder te brengen, stelt de makelaar een sluitnota op of maakt hij direct een polis op.
   v. De makelaar (de sluiter) vraagt aan de leidende verzekeraar(s) om voor een bepaald aandeel te tekenen. Daarna benadert hij de volgende verzekeraars om mee te tekenen. De volgers zijn vaak niet bij de vooronderhandelingen betrokken geweest, maar vernemen wel wie de leider zal zijn.

Geeft deze volgorde volgens u het totstandkomingsproces goed weer?
   A. Ja
   B. Nee

Indien u de vraag met 'Nee' hebt beantwoord, wat is in uw ervaring de juiste volgorde? (U kunt de gegeven nummering 1 t/m 5 in de door u geziene volgorde weergeven en/of eventuele toevoegingen omschrijven)volgens u de manier waarop de overeenkomst tot stand komt? (U kunt de gegeven nummering i t/m v in de door u geziene volgorde weergeven)

De vragen (3 t/m 7) gaan over de positie en de selectie van de leidende verzekeraar.

ONDER EMBARGO

3. Welke ranking zou u geven aan de onderstaande factoren die een rol kunnen spelen bij de keuze welke verzekeraar de leider mag zijn?

Factoren	1 = Hoogste ranking 7 = Laagste ranking (Elk cijfer is één keer te geven)						
	1	2	3	4	5	6	7
Kennis aanwezig bij de verzekeraar							
Reputatie van de verzekeraar							
Het bod (premie) van de verzekeraar							
Financiële kredietwaardigheid/solvabiliteit van de verzekeraar							
De wens van de verzekeringnemer/klant							
De relatie/verhouding tussen de leider en de makelaar							
Ervaringen uit het verleden							

4. Hoeveel verzekeraars (leider en volgers) staan er gemiddeld genomen op een polis?
U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	1	2 t/m 5	6 t/m 9	10 of meer
Brand				
Transport				
Technische verzekeringen				
Varia				

5. Hoeveel verzekeraars komen gemiddeld genomen in aanmerking voor de positie van leider?
U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	<5 verzekeraars	5-10 verzekeraars	>10 verzekeraars
Brand			
Transport			
Technische verzekeringen			
Varia			

6. Indien u terugblikt op de afgelopen 5 jaar: Daalt de groep leidende verzekeraars, blijft deze groep ongeveer gelijk of wordt de groep groter?
U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	Daalt	Blijft ongeveer gelijk	Stijgt	Weet ik niet
Brand				
Transport				
Technische verzekeringen				
Varia				

ONDER EMBARGO

7. Kunt u een verklaring geven voor uw antwoord onder vraag 6? (Denk aan fusies/overnames tussen verzekeraars of toetreding buitenlandse spelers).

Branche	*Verklaring*
Brand	
Transport	
Technische verzekeringen	
Varia	

De vragen (8 t/m 11) gaan over de positie van de volgende verzekeraars en de premiebepaling

8. Welke ranking zou u geven aan de onderstaande factoren die een rol kunnen spelen bij de beslissing van de volgers om de leider te volgen?

Factoren	**1 = Hoogste ranking 7 = Laagste ranking**				
	1	**2**	**3**	**4**	**5**
Het vertrouwen in de kennis en ervaring aanwezig bij de leidende verzekeraar					
De risicobeoordeling van de leidende verzekeraar					
De voorwaarden en premie van de leidende verzekeraar					
De reputatie van de leidende verzekeraar					
Ervaring uit het verleden bij het volgen van de leidende verzekeraar					

9. De volgende verzekeraars zouden door de makelaar en/of de leidende verzekeraar benaderd kunnen worden om mee te tekenen:
   A. Welke(n) van deze mogelijkheden doen zich in de praktijk volgens u voor?
      A. De makelaar
      B. De leidende verzekeraar
      C. De makelaar en leidende verzekeraar samen
      D. Anders, namelijk
   B. Beantwoordt met uw ervaring per aangegeven mogelijkheid hoe de volgende verzekeraars worden benaderd.

   Ad. A: Op welke manier benadert de makelaar de volgers om mee te tekenen?
      A. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen tegen dezelfde premie en voorwaarden als bedongen met de leider. Hij gaat niet meer afzonderlijk onderhandelen met de volgers.
      B. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen en hij onderhandelt met hen afzonderlijk over de premie en de voorwaarden waartegen zij het risico wensen te verzekeren.
      C. Anders, namelijk

ONDER EMBARGO

Ad B: Op welke manier benadert de leidende verzekeraar de volgers (wanneer komt dit volgens u voor)?

Ad C: Op welke manier benaderen de makelaar en de leidende verzekeraar de volgers?

A. De makelaar en de leider onderhandelen niet meer afzonderlijk met de volgers over de premie en de voorwaarden; zij nodigen de volgverzekeraars uit om in te schrijven tegen dezelfde premie en voorwaarden als de leider.
B. De makelaar en de leider onderhandelen met de volgers over de premie en de voorwaarden waartegen zij het risico verzekeren.
C. Anders, namelijk

10. Wie bepaalt bij het verzekeren in coassurantie de premie?
    A. De makelaar bepaalt de (maximale) premie
    B. De leidende verzekeraar bepaalt de premie
    C. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de makelaar doet het eerste premievoorstel, de leidende verzekeraar(s) reageert/reageren daar weer op
    D. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de leidende verzekeraar(s) doen het eerste premievoorstel, de makelaar reageert daar weer op

11. Indien u als sluiter werkzaam bent, wat doet u als blijkt dat een risico niet voor 100% kan worden ondergebracht? (meerdere antwoorden zijn mogelijk)
    A. Dit komt in de praktijk nauwelijks voor
    B. Er wordt in zo'n situatie een nieuwe tender uitgeschreven
    C. Met de klant wordt een andere oplossing besproken (graag aangeven welke dat is)
    D. Er wordt gekeken of de verzekeraars die al wel getekend hebben, hun aandeel willen verhogen, eventueel tegen een hogere premie

De Bipar principes

12. Bent u bekend met de Bipar principes?
    A. Ja
    B. Nee

ONDER EMBARGO

Vervolgvraag bij optie A: worden de Bipar principes toegepast binnen uw branche(s)?

Bipar principes	Niet toegepast	Soms toegepast	Vaak toegepast	Altijd toegepast	Weet ik niet
Principe 1: De makelaar dient de verzekeringsnoodzaak/behoefte van de klant te inventariseren					
Principe 2: Voor het plaatsen van een risico informeert de makelaar de klant over de werkwijze op de coassurantiemarkt, in het bijzonder de relatieve voordelen van het plaatsen van een risico bij een verzekeraar of bij meerdere verzekeraars					
Principe 3: Indien de klant op advies van de makelaar deze instrueert om het risico bij meerdere verzekeraars te plaatsen, wordt overeengekomen welke plaatsingsstrategie wordt gevolgd. De makelaar verwacht van de verzekeraars dat deze onafhankelijk het risico beoordelen					
Principe 4: Als het risico wordt geplaatst bij een leidende verzekeraar en volgverzekeraars op dezelfde voorwaarden zal de premie van de leider niet worden opgehoogd als bij het voltekenen van het risico blijkt dat een volgverzekeraar een hogere premie wenst. De makelaar mag geen conditie accepteren die een verzekeraar het recht geeft om zijn premie in die omstandigheden op te hogen.					
Principe 5: Gedurende het plaatsingsproces houdt de makelaar de klant daarvan op de hoogte					

ONDER EMBARGO

De vragen 13 t/m 20 hoeft u alleen te beantwoorden als u bekend bent met de aanbestedingsprocedure(s) voor verzekeringsdiensten. De aanbestedingsprocedure ziet op de wettelijke verplichting op grond van het Nederlandse of Europese Aanbestedingsrecht om de verzekering voor bepaalde verzekeringnemers (provincies, gemeenten en andere overheidsinstellingen) aan te besteden. Daaronder kan ook de makelaarsdienst vallen.

Procedures voor het plaatsen van opdrachten

In het Aanbestedingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de procedure van gunning via onderhandelingen.

13. Kunt u aangeven met welke procedure u in de praktijk het meest te maken heeft?
    A. Openbare procedure (bestaat uit 1 ronde)
    B. Niet-openbare procedure (bestaat uit 2 rondes)
    C. Procedure van gunning via onderhandelingen
    D. Anders, namelijk

14. Hoeveel inschrijvers zijn er gemiddeld bij een aanbesteding?
    A. 1-5
    B. 5-10
    C. >10
    D. Weet ik niet

15. Zijn er vaak dezelfde inschrijvers betrokken bij aanbestedingsprocedures?
    A. Ja
    B. Nee

16. Hebt u weleens meegemaakt dat er sprake was van een ongeldige inschrijving/aanbesteding?
    A. Ja
    B. Nee
    C. Weet ik niet
    Zo ja, kunt u de reden(en) aangeven waarom de inschrijving/aanbesteding ongeldig was (en hoe vaak is dit voorgevallen?)

17. Hoe wordt in een aanbestedingsprocedure het onderscheid tussen leider en volgers duidelijk gemaakt?
    A. Inschrijvers kunnen opteren voor een positie van leider of volger en voor die positie een bieding uitbrengen
    B. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen leider of volgers
    C. Er is een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de leider en een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de volgers
    D. Anders, namelijk

18. Hoe ervaart u het gebruik van aanbestedingsprocedures voor het verzekeren van risico's in coassurantie?
    A. Aanbesteding bemoeilijkt en vertraagt het totstandkomingsproces van het sluiten in coassurantie
    B. Aanbesteding werkt goed bij coassurantie
    C. Aanbesteding is niet geschikt voor het verzekeren in coassurantie
    D. Anders, namelijk
19. Worden de Bipar principes toegepast bij de aanbestedingsprocedure?

ONDER EMBARGO

Bipar principes	Niet toegepast	Soms toegepast	Vaak toegepast	Altijd toegepast	Weet ik niet
Principe 1: **De makelaar dient de verzekeringsnoodzaak/ behoefte van de klant te inventariseren**					
Principe 2: **Voor het plaatsen van een risico informeert de makelaar de klant over de werkwijze op de coassurantiemarkt, in het bijzonder de relatieve voordelen van het plaatsen van een risico bij een verzekeraar of bij meerdere verzekeraars**					
Principe 3: **Indien de klant op advies van de makelaar deze instrueert om het risico bij meerdere verzekeraars te plaatsen, wordt overeengekomen welke plaatsingsstrategie wordt gevolgd. De makelaar verwacht van de verzekeraars dat deze onafhankelijk het risico beoordelen**					
Principe 4: **Als het risico wordt geplaatst bij een leidende verzekeraar en volgverzekeraars op dezelfde voorwaarden zal de premie van de leider niet worden opgehoogd als bij het voltekenen van het risico blijkt dat een volgverzekeraar een hogere premie wenst. De makelaar mag geen conditie accepteren die een verzekeraar het recht geeft om zijn premie in die omstandigheden op te hogen.**					
Principe 5: **Gedurende het plaatsingsproces houdt de makelaar de klant daarvan op de hoogte**					

ONDER EMBARGO

C. Sluiting in een intermediaire pool

De volgende vragen gaan over het sluiten van een verzekering bij een intermediaire pool. Daaronder vallen de makelaars en/of volmacht pools. U hoeft dit deel van de vragenlijst alleen te beantwoorden indien u hiermee bekend bent. Ook voor dit gedeelte van de vragenlijst geldt dat uw antwoorden vertrouwelijk zullen worden behandeld.

1. Voor het verzekeren van risico's in pools wordt vaak gekozen vanwege de hieronder opgenomen gronden. Gelden deze gronden volgens u ook voor het verzekeren van risico's in *intermediaire pools*?
   (Graag aankruisen welke gronden van toepassing zijn voor het verzekeren in een intermediaire pool, meerdere antwoorden zijn mogelijk)
   A. De pool maakt efficiënte plaatsing van risico's mogelijk doordat er niet meer afzonderlijk onderhandeld hoeft te worden over de premie en de voorwaarden
   B. Door de pool wordt de verzekeringscapaciteit vergroot
   C. Verzekeren in de pool is goedkoper dan het verzekeren bij coassurantie of 100% onderbrengen bij een verzekeraar
   D. De pool maakt het gemakkelijker risico's te herverzekeren
   E. Andere redenen, namelijk

2. Wat zijn volgens u de alternatieven voor het verzekeren in een intermediaire pool? (meerdere antw. mogelijk)
   A. Verzekeren door middel van coassurantie bij meerdere verzekeraars
   B. Verzekeren voor 100% door 1 verzekeraar
   C. Verzekeren voor 100% door 1 verzekeraar gekoppeld aan herverzekering
   D. Anders, namelijk

3. Indien u als makelaar of verzekeraar betrokken bent bij een of meerdere intermediaire pool(s), kunt u – teneinde de in de branche voorkomende intermediaire pools in kaart te brengen – aangeven welke pools dat betreft en welk risico daarin wordt ondergebracht?

#	*Naam intermediaire pool*	*Soort risico*
1		
2		
3		

ONDER EMBARGO

4. Worden in de hierboven door u genoemde intermediaire pools ook risico's herverzekerd?
   A. Nee
   B. Ja, (graag noemen in welke pools dat het geval is)

5. Kunt u hieronder aangeven binnen welke dekking (onder- en bovendrempel) risico's in de intermediaire pools worden ondergebracht?

	Onderdrempel	Bovendrempel
1		
2		
3		

6. In hoeveel landen zijn de intermediaire pools actief? Welke zijn dat?

#	Hoeveel landen?	Welke landen?
1		
2		
3		

7. Hoe schat u de marktpositie in van de intermediaire pools? Het gaat om uw inschatting van het percentage van de risico's die in de branche(s) in de intermediaire pools worden ondergebracht.

#	0-5%	5-20%	20-50%	>50%	Weet ik niet
1					
2					
3					

8. Hoe worden premies bepaald voor de risico's die in de intermediaire pool worden ondergebracht?
   A. De premies zijn vooraf in gezamenlijk overleg tussen de verzekeraars (de poolleden) en het intermediair vastgesteld
   B. De verzekeraars (de poolleden) en het intermediair hebben afgesproken tegen welke voorwaarden zij het risico verzekeren, maar de premie ligt nog niet vast
   C. Anders, namelijk

ONDER EMBARGO

9. Zijn er standaardvoorwaarden voor de verzekering van risico's in de intermediaire pools?
   A. Ja
   B. Nee

   Indien ja, is het gebruik van deze voorwaarden voor het verzekeren van de risico's binnen de intermediaire pool verplicht?
   A. Ja
   B. Nee

10. Kunnen in uw branche de risico's die verzekerd worden in de intermediaire pools ook buiten deze pool om, zonder gedeelde dekking, worden verzekerd?
   A. Ja
   B. Nee

11. Hoe wordt een risico geplaatst in de intermediaire pools?
   A. Het intermediair is gevolmachtigd door de verzekeraars om de risico's die binnen de pool vallen voor de verzekeraars te accepteren.
   B. De plaatsing in de pool wordt verzorgd door een speciaal daarvoor opgericht orgaan/onderneming
   C. Als een risico binnen de pool geplaatst kan worden, wordt de acceptatie door het intermediair eerst aan de poolleader voorgelegd die beslist of het risico geaccepteerd wordt of niet
   D. Anders, namelijk

12. Staat het de leden van de pool vrij om risico's die in de poolomschrijving vallen, ook buiten de pool om te accepteren?
   A. Ja
   B. Nee

13. Zijn er in uw branche(s) meerdere intermediaire pools die dezelfde risico's verzekeren?
   A. Ja
   B. Nee

   Zo ja, concurreren deze intermediaire pools met elkaar?
   A. Ja
   B. Nee

ONDER EMBARGO

Relevante markt

Volgens het protocol voor intermediaire pools van het Verbond van Verzekeraars dienen pools zichzelf in twee gevallen te onderwerpen aan een self assessment:

I. intermediaire pools voor andere dan standaardrisico's,[9] en

II. intermediaire pools voor standaardrisico's met een marktaandeel in de relevante markt van meer dan 5 procent

14. Van welke productmarkten gaat u uit bij de beoordeling van de positie van een intermediaire pool op de markt?
    A. 1 productmarkt van alle verzekeringen tezamen
    B. 3 productmarkten: Brandverzekeringen, Transportverzekeringen en Varia
    C. Meer dan 3 productmarkten: ieder verzekeringsproduct is een afzonderlijke productmarkt
    D. Anders, namelijk:

15. Kunt u aangeven of de intermediaire pools waarbij u bent betrokken (zie Onderdeel C/vr. 3) in de afgelopen 5 jaar verplicht zijn (geweest) tot een self assessment?
    Zo ja, heeft dat tot maatregelen geleid (en welke waren dat?)

#		Getroffen maatregelen
1	Ja/Nee	- - -
2	Ja/Nee	- - -
3	Ja/Nee	- - -

ONDER EMBARGO

9 Standaardrisico's: risico's die een doorsnee intermediair op de relevante markt ook zonder gedeelde dekking zonder problemen kan onderbrengen bij een andere verzekeraar dan een van de deelnemers aan de intermediaire pool.

ONDER EMBARGO

II. Overzicht van alle resultaten van het praktijkonderzoek

ONDER EMBARGO

A. Algemeen

1. Voor wat voor soort organisatie bent u werkzaam?
   A. Verzekeraar
   B. Volmacht
   C. Makelaar

		Branche				
		Brand	Technische verzekeringen	Transport	Varia	*Totaal*
Organisatie	A. Verzekeraars	29	17	34	36	111
	B. Makelaars	39	19	34	29	116
	C. Gevolmachtigd agenten	2	1	3	3	9
	Totaal	70	27	71	68	

2. Wat is uw functietitel?

   Het is lastig om hiervan een overzicht te geven, omdat aan de functies veel verschillende benamingen werden gegeven. Om een beeld te geven, de antwoorden varieerden van (senior) sluiter/broker, voor personen werkzaam bij een makelaar tot (senior) acceptant/underwriter of 'lead' underwriter voor personen werkzaam bij een verzekeraar. Ook kwam het voor dat een persoon de functie had van specialist, adviseur of manager.

3. In welke branche bent u werkzaam? (Bent u werkzaam in meerdere branches? Kies dan de branche waar u de meeste ervaring in heeft, alle hierna volgende vragen vult u in voor de branche die u hier kiest).
   A. Brand
   B. Transport
   C. Technische verzekeringen
   D. Varia

   In het vervolg van deze vragenlijst kunt u bij de beantwoording uitgaan van uw branche. Bent u in meerdere branches werkzaam dan kunt u bij de beantwoording van de vragen aangeven op welke branche(s) uw antwoord ziet.

Zie het antwoord op vraag 1 voor de verdeling van de respondenten over de verschillende branches.

4. Hoeveel jaar bent u werkzaam in de zakelijke verzekeringsmarkt?

		Aantal jaar ervaring			
		Minder dan vijf jaar	Tussen de vijf en tien jaar	Meer dan tien jaar	*Totaal*
Organisatie	Verzekeraars	8	13	95	111
	Makelaars	9	10	92	116
	Gevolmachtigd agenten	1	0	8	9
	Totaal	18	23	195	

B. Sluiting in coassurantie

1. Voor sluiting in coassurantie wordt vaak gekozen vanwege de volgende redenen.
   A. De coassurantiemarkt biedt toegang tot (her)verzekering tegen lage(re) kosten
   B. De coassurantiemarkt biedt goede service
   C. De coassurantiemarkt is de enige manier waarop bepaalde risico's (her) verzekerd kunnen worden

Hebt u nog aanvullende redenen voor verzekeren in coassurantie?
   A. Ja
   B. Nee

Zo ja, kunt u aangeven welke redenen?

Nee	103
Ja, namelijk	136
totaal	139

De aanvullende redenen kwamen in de kern neer op de specialistische kennis die aanwezig is op de coassurantiemarkt, het spreiden van risico's (goede verdeling), het maatwerk (specifieke voorwaarden) en de betere voorwaarden die kunnen worden geboden bij de verzekering in coassurantie.

2. Hieronder is in 5 stappen een beschrijving opgenomen – gebaseerd op de literatuur en eerdere onderzoeken – in welke volgorde een verzekeringsovereenkomst in coassurantie tot stand komt.
   i. De makelaar stelt eerst vast, veelal in overleg met de verzekerde, wat er verzekerd moet worden.
   ii. Met die informatie gaat de makelaar onderhandelen met enkele (potentiële) leidende verzekeraars.
   iii. Als de makelaar voldoende zekerheid heeft gekregen tegen welke premie en voorwaarden hij het risico bij de leidende verzekeraar(s) kan onderbrengen, stelt hij een of meerdere offerte(s) op voor de klant.

ONDER EMBARGO

iv. Als de offerte ertoe leidt dat de klant de makelaar de opdracht geeft om het risico onder te brengen, stelt de makelaar een sluitnota op of maakt hij direct een polis op.
v. De makelaar (de sluiter) vraagt aan de leidende verzekeraar(s) om voor een bepaald aandeel te tekenen. Daarna benadert hij de volgende verzekeraars om mee te tekenen. De volgers zijn vaak niet bij de vooronderhandelingen betrokken geweest, maar vernemen wel wie de leider zal zijn.

Geeft deze volgorde volgens u het totstandkomingsproces goed weer?
A. Ja
B. Nee

Indien u de vraag met 'Nee' hebt beantwoord, wat is in uw ervaring de juiste volgorde? (U kunt de gegeven nummering 1 t/m 5 in de door u geziene volgorde weergeven en/of eventuele toevoegingen omschrijven)volgens u de manier waarop de overeenkomst tot stand komt? (U kunt de gegeven nummering i t/m v in de door u geziene volgorde weergeven)

Ja	68
Nee	71
totaal	139

Aangedragen opties voor een andere volgorde:

Volgorde totstandkoming verzekering in coassurantie	**Aantal keer gekozen**
i,ii,iii,v,iv	13
i,ii,v,iii,iv	3
i,iii,ii,v,iv	1
Overige (toelichting bij de in de vraag genoemde volgorde)	54

De vragen (3 t/m 7) gaan over de positie en de selectie van de leidende verzekeraar.

ONDER EMBARGO

3. Welke ranking zou u geven aan de onderstaande factoren die een rol kunnen spelen bij de keuze welke verzekeraar de leider mag zijn?

		Keuzefactoren						
		Kennis	**Reputatie**	**Het bod (premie)**	**Solvabiliteit**	**Wens klant**	**Verhouding met makelaar**	**Ervaringen uit het verleden**
Ranking (10 = de hoogste score)	**10**	62	32	46	31	54	18	20
	9	70	51	72	36	32	45	55
	8	72	84	73	72	38	81	99
	7	26	44	29	48	46	55	34
	6	5	21	12	25	30	14	10
	5	4	5	6	19	22	17	9
	4	1	3	2	5	10	7	13
	3	1	0	0	4	5	2	1
	2	0	2	2	2	5	3	1
	1	2	1	1	1	1	1	1
		2067	1927	2010	1828	1810	1828	1888

4. Hoeveel verzekeraars (leider en volgers) staan er gemiddeld genomen op een polis?
U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	1	2 t/m 5	6 t/m 9	10 of meer
Branche: Brand (73 respondenten)	4	66	3	0
Branche: Transport (71 respondenten)	3	64	3	1
Branche: Varia (68 respondenten)	21	46	1	0
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	1	26	0	0
Totaal (242 respondenten)	29 (12%)	205 (84,7%)	7 (2,9%)	1 (0,4%)

5. Hoeveel verzekeraars komen gemiddeld genomen in aanmerking voor de positie van leider?
U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	Minder dan 5 verzekeraars	5 – 10 verzekeraars	Meer dan 10 verzekeraars
Branche: Brand (73 respondenten)	38	35	0
Branche: Transport (71 respondenten)	50	18	3
Branche: Varia (68 respondenten)	39	28	1
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	21	5	1
Totaal (242 respondenten)	150 (62%)	87 (36%)	5 (2%)

ONDER EMBARGO

6. Indien u terugblikt op de afgelopen 5 jaar: Daalt de groep leidende verzekeraars, blijft deze groep ongeveer gelijk of wordt de groep groter?
   U hoeft alleen voor uw branche(s) in te vullen

	Daalt	Blijft ongeveer gelijk	Stijgt	Weet ik niet
Branche: Brand (73 respondenten)	30	38	1	4
Branche: Transport (71 respondenten)	37	25	4	5
Branche: Varia (68 respondenten)	23	31	7	7
Branche: Technische verzekeringen (27 respondenten)	22	4	0	1
Totaal (242 respondenten)	113 (46,7%)	100 (41,3%)	12 (5%)	17 (7%)

7. Kunt u een verklaring geven voor uw antwoord onder vraag 6? (Denk aan fusies/overnames tussen verzekeraars of toetreding buitenlandse spelers).

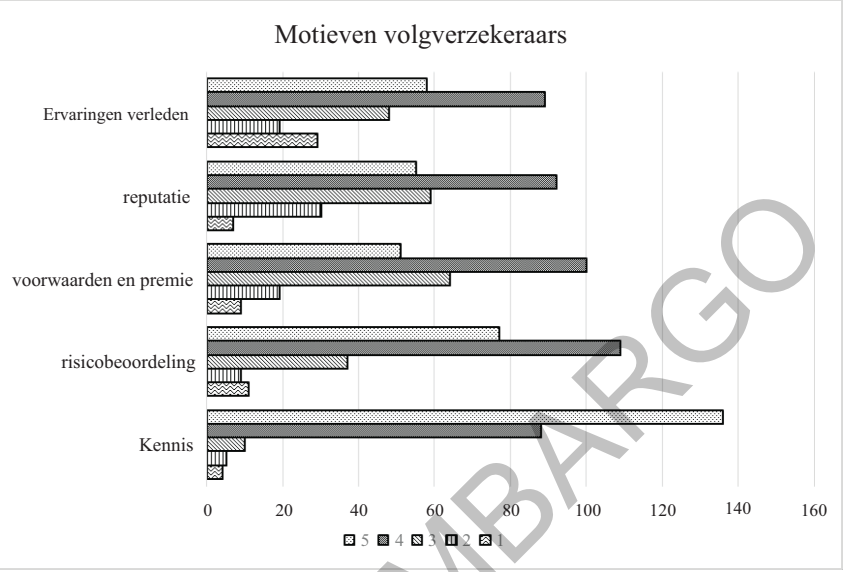
De antwoorden van de respondenten kwamen neer op de consolidatie in de markt en concurrentie vanuit het buitenland. De onderstaande tabel geeft – voor de beeldvorming – enkele citaten weer:

Verzekeraar, underwriter property	*"Door overnames van verzekeraars daalt het aantal partijen in de markt. De ruime beschikbaarheid van kapitaal zorgt er echter weer voor dat er nieuwe partijen bijkomen en dat bestaande partijen sneller geïnteresseerd zijn in een wat groter leadaandeel."*
Verzekeraar, Senior Underwriting Manager	*"Het aantal verzekeraars neemt sterk af, ook het aantal van de voorheen van oudsher leidende verzekeraars wordt minder door fusies en overnames"*
Makelaar, Senior Broker	*"De kennis en capaciteit zit momenteel bij één grote verzekeraar in de markt. Bovendien geeft het soort klanten ons weinig keuze om naar een andere Nederlandse verzekeraar te gaan voor een leidend aandeel, het 'enige' alternatief voor de echt grote risico's is het buitenland."*
Makelaar, senior sluiter	*"Meerdere verzekeraars zijn gestopt met het (beursmatig) aanbieden van technische verzekeringen. Het totaal aantal beschikbare verzekeraars is daarmee gedaald en ook het aantal verzekeraars die als lead kunnen fungeren."*
Makelaar, specialist broking	*"De groep leidende verzekeraars daalt iets door fusies e.d. De nieuwe toetreders op de markt zijn veelal klein, vaak onervaren en beschikken meestal niet over een schadeafdeling. Daarom zijn nieuwe toetreders meestal niet geschikt als leider (ondanks dat ze vaak wel met lage premies de markt naar zich toe proberen te trekken)."*
Verzekeraar, senior underwriter	*"Er is meer kapitaal in de markt beschikbaar, waardoor nieuwe partijen toe treden tot de markt of bestaande verzekeraars hun lines of business uitbreiden. Deze 'nieuwkomers' hebben voldoende capaciteit om ook een leaders rol te vervullen."*

De vragen (8 t/m 11) gaan over de positie van de volgende verzekeraars en de premiebepaling

ONDER EMBARGO

8. Welke ranking zou u geven aan de onderstaande factoren die een rol kunnen spelen bij de beslissing van de volgers om de leider te volgen?



9. De volgende verzekeraars zouden door de makelaar en/of de leidende verzekeraar benaderd kunnen worden om mee te tekenen:
   A. Welke(n) van deze mogelijkheden doen zich in de praktijk volgens u voor?
      A. De makelaar
      B. De leidende verzekeraar
      C. De makelaar en leidende verzekeraar samen
      D. Anders, namelijk

A	238 (94%)
B	2 (1%)
C	3 (1%)
D	9 (4%)

   B. Beantwoordt met uw ervaring per aangegeven mogelijkheid hoe de volgende verzekeraars worden benaderd.

   Ad. A: Op welke manier benadert de makelaar de volgers om mee te tekenen?
      A. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen tegen dezelfde premie en voorwaarden als bedongen met de leider. Hij gaat niet meer afzonderlijk onderhandelen met de volgers.

ONDER EMBARGO

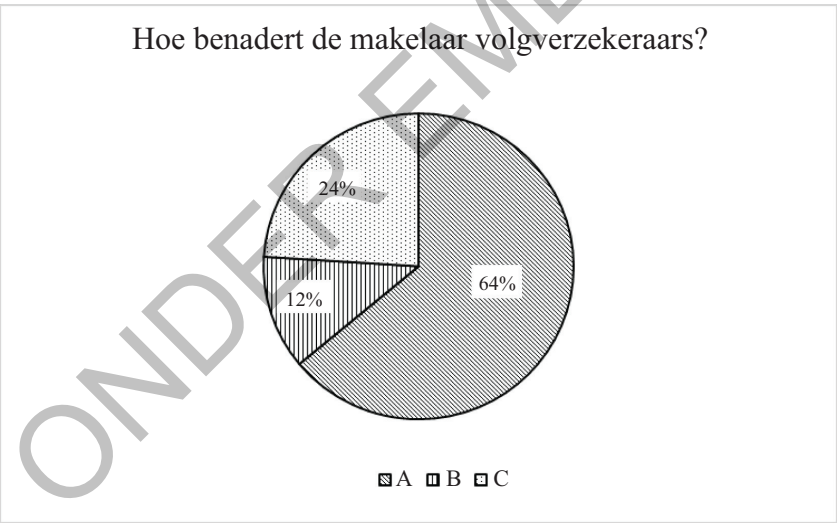
B. De makelaar nodigt de volgverzekeraars uit om mee te tekenen en hij onderhandelt met hen afzonderlijk over de premie en de voorwaarden waartegen zij het risico wensen te verzekeren.
C. Anders, namelijk

Ad B: Op welke manier benadert de leidende verzekeraar de volgers (wanneer komt dit volgens u voor)?

Ad C: Op welke manier benaderen de makelaar en de leidende verzekeraar de volgers?

A. De makelaar en de leider onderhandelen niet meer afzonderlijk met de volgers over de premie en de voorwaarden; zij nodigen de volgverzekeraars uit om in te schrijven tegen dezelfde premie en voorwaarden als de leider.
B. De makelaar en de leider onderhandelen met de volgers over de premie en de voorwaarden waartegen zij het risico verzekeren.
C. Anders, namelijk

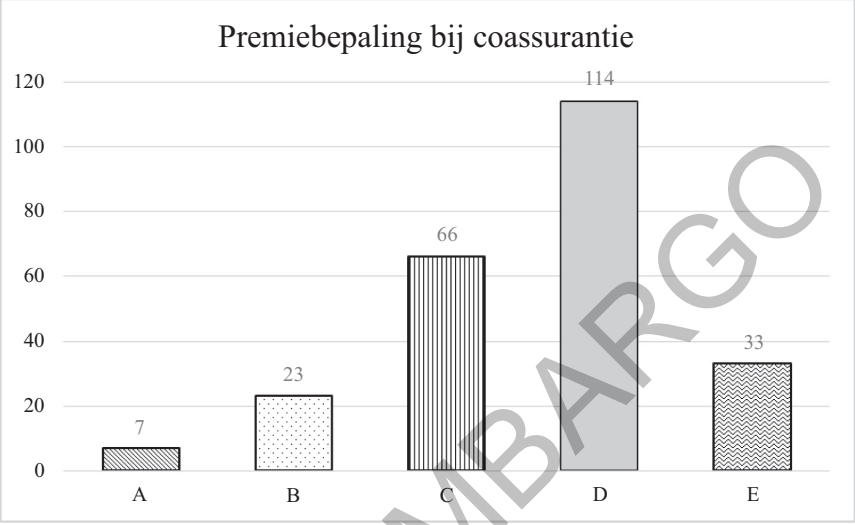
Op de mogelijkheden B en C is door de respondenten geen toelichting gegeven. Hieronder geef ik daarom het antwoord bij optie A weer:



10. Wie bepaalt bij het verzekeren in coassurantie de premie?
A. De makelaar bepaalt de (maximale) premie
B. De leidende verzekeraar bepaalt de premie
C. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de makelaar doet het eerste premievoorstel, de leidende verzekeraar(s) reageert/ reageren daar weer op

ONDER EMBARGO

D. De premie wordt bepaald door middel van onderhandelen: de leidende verzekeraar(s) doen het eerste premievoorstel, de makelaar reageert daar weer op
E. Anders, namelijk



11. Indien u als sluiter werkzaam bent, wat doet u als blijkt dat een risico niet voor 100% kan worden ondergebracht? (meerdere antwoorden zijn mogelijk)
A. Dit komt in de praktijk nauwelijks voor
B. Er wordt in zo'n situatie een nieuwe tender uitgeschreven
C. Met de klant wordt een andere oplossing besproken (graag aangeven welke dat is)
D. Er wordt gekeken of de verzekeraars die al wel getekend hebben, hun aandeel willen verhogen, eventueel tegen een hogere premie

Keuze opties	**Frequentie**
A	29
A, B	21
A,C,D	19
A,B,C,D	2
A,C	3
D	62
C,D	25
B,C,D	3
B,D	1
B,C	1
C	11

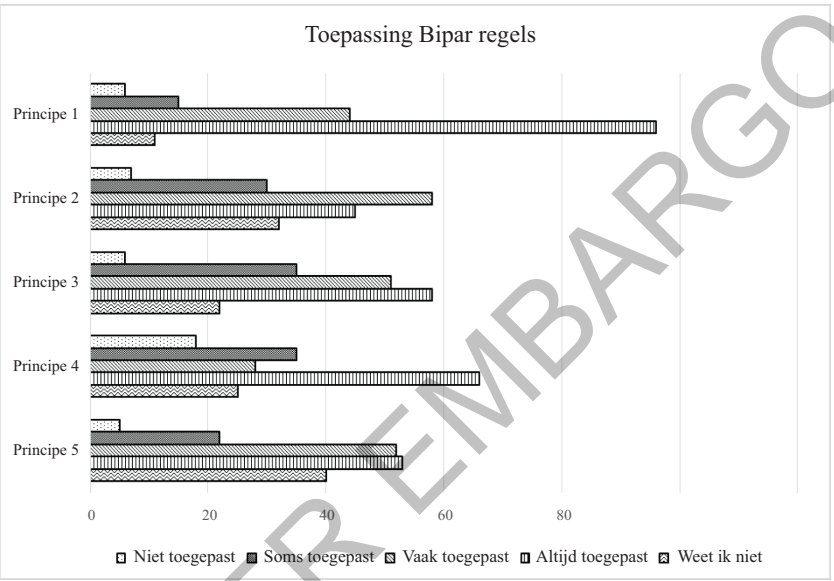
ONDER EMBARGO

De Bipar principes

12. Bent u bekend met de Bipar principes?

Ja	172
Nee	58

Vervolgvraag bij optie A: worden de Bipar principes toegepast binnen uw branche(s)?



De vragen 13 t/m 20 hoeft u alleen te beantwoorden als u bekend bent met de aanbestedingsprocedure(s) voor verzekeringsdiensten. De aanbestedingsproce-dure ziet op de wettelijke verplichting op grond van het Nederlandse of Europese Aanbestedingsrecht om de verzekering voor bepaalde verzekeringnemers (provincies, gemeenten en andere overheidsinstellingen) aan te besteden. Daaronder kan ook de makelaarsdienst vallen.

Procedures voor het plaatsen van opdrachten

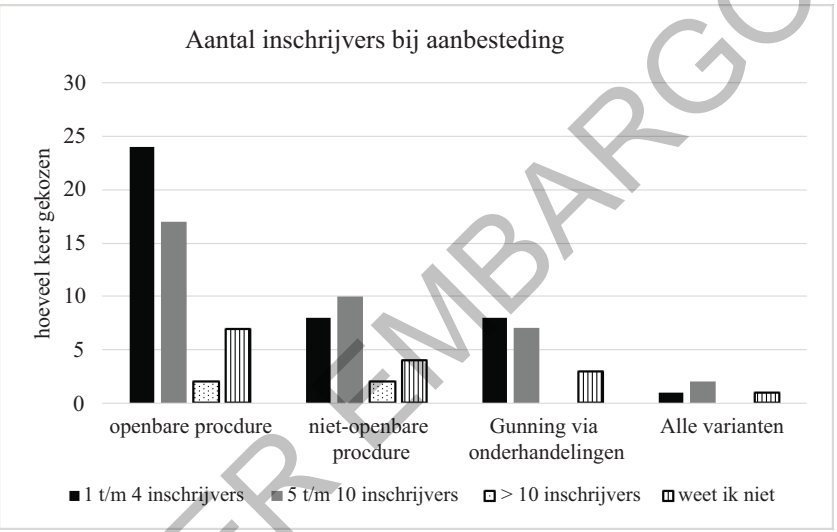
In het Aanbestedingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen de openbare procedure, de niet-openbare procedure en de procedure van gunning via onderhandelingen.

ONDER EMBARGO

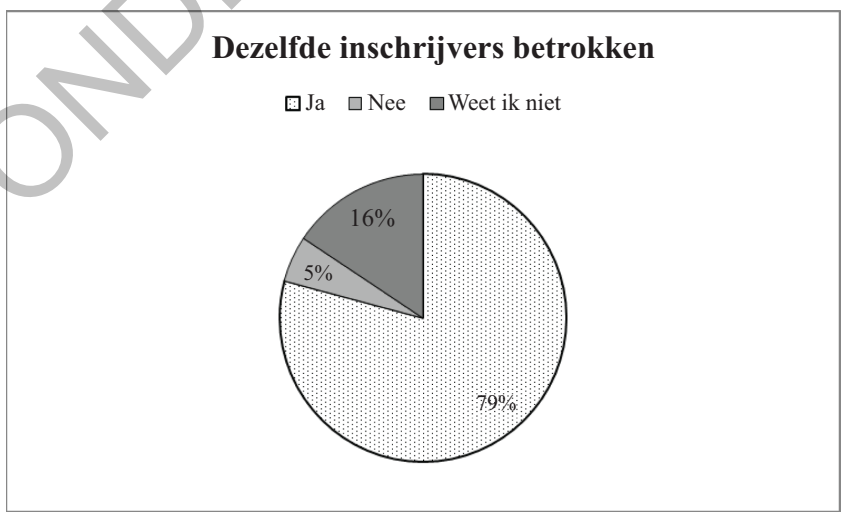
13. Kunt u aangeven met welke procedure u in de praktijk het meest te maken heeft?

Type procedures	*Frequentie*
A. Openbare procedure (bestaat uit 1 ronde)	50
B. Niet-openbare procedure (bestaat uit 2 rondes)	24
C. Procedure van gunning via onderhandelingen	18
D. Anders, namelijk	4
Totaal	96

14. Hoeveel inschrijvers zijn er gemiddeld bij een aanbesteding?



15. Zijn er vaak dezelfde inschrijvers betrokken bij aanbestedingsprocedures?



ONDER EMBARGO

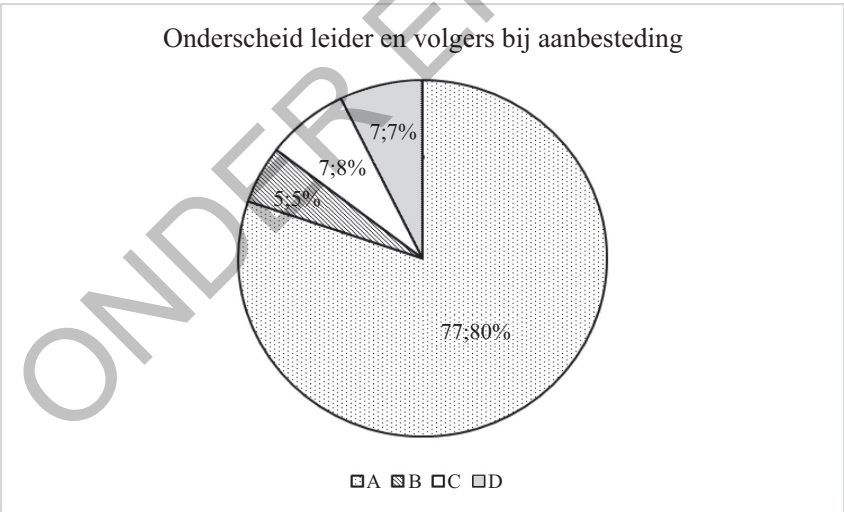
16. Hebt u weleens meegemaakt dat er sprake was van een ongeldige inschrijving/aanbesteding?

Ja	38
Nee	40
Weet ik niet	18

Zo ja, kunt u de reden(en) aangeven waarom de inschrijving/aanbesteding ongeldig was (en hoe vaak is dit voorgevallen?)

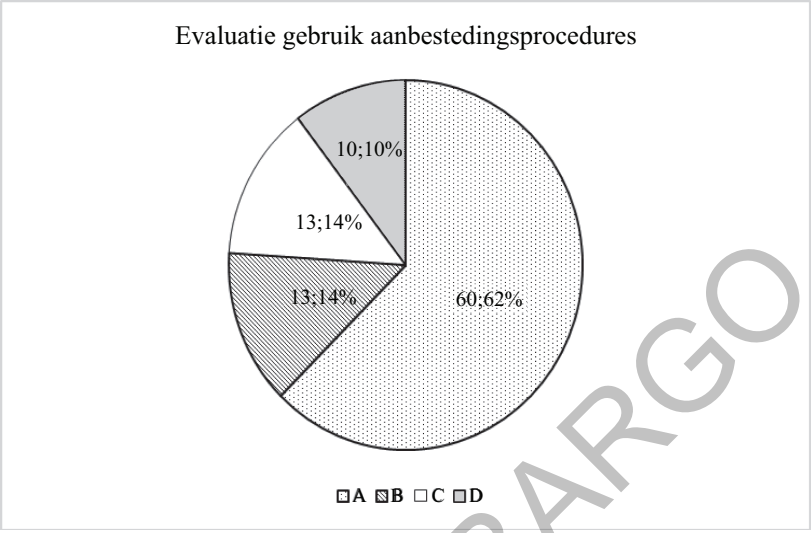
Hier werd onder meer aangegeven dat fouten waren gemaakt bij de inschrijving, fouten van procedurele aard, het niet voldoen aan de gestelde voorwaarden, het gebruik van verkeerde formulieren en/of te weinig inschrijvers.

17. Hoe wordt in een aanbestedingsprocedure het onderscheid tussen leider en volgers duidelijk gemaakt?
    A. Inschrijvers kunnen opteren voor een positie van leider of volger en voor die positie een bieding uitbrengen
    B. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen leider of volgers
    C. Er is een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de leider en een afzonderlijke inschrijvingsronde voor de volgers
    D. Anders, namelijk

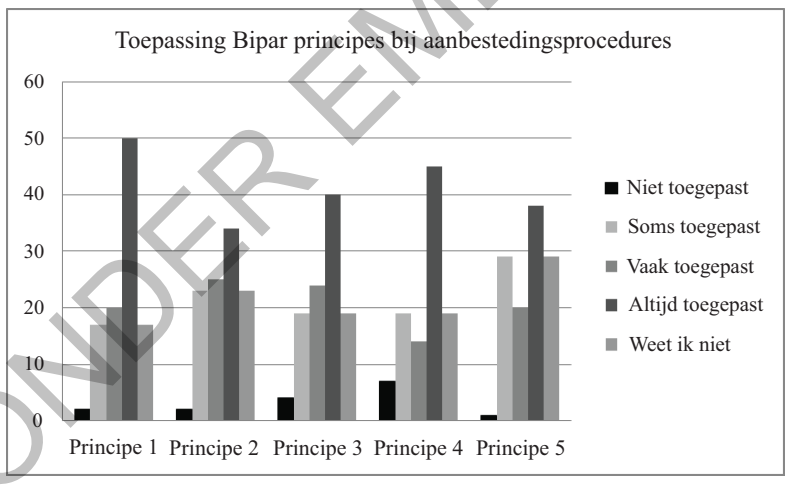


18. Hoe ervaart u het gebruik van aanbestedingsprocedures voor het verzekeren van risico's in coassurantie?
    A. Aanbesteding bemoeilijkt en vertraagt het totstandkomingsproces van het sluiten in coassurantie
    B. Aanbesteding werkt goed bij coassurantie
    C. Aanbesteding is niet geschikt voor het verzekeren in coassurantie
    D. Anders, namelijk

ONDER EMBARGO



19. Worden de Bipar principes toegepast bij de aanbestedingsprocedure?



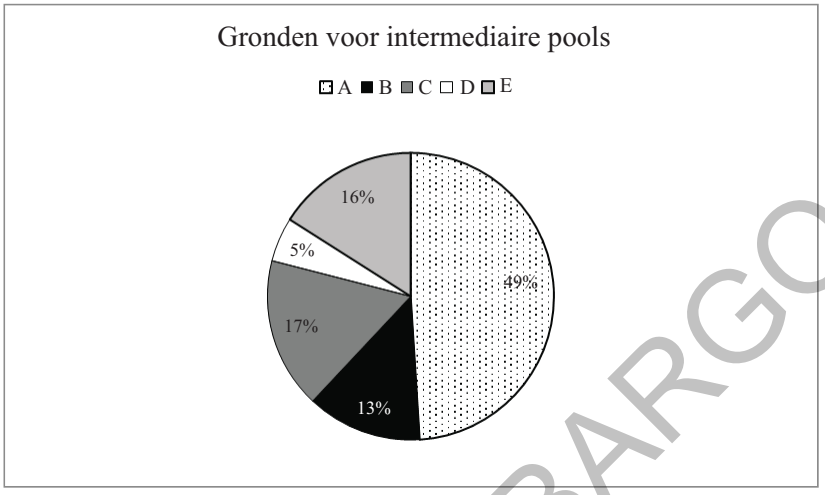
ONDER EMBARGO

C. Sluiting in een intermediaire pool

De volgende vragen gaan over het sluiten van een verzekering bij een intermediaire pool. Daaronder vallen de makelaars en/of volmacht pools. U hoeft dit deel van de vragenlijst alleen te beantwoorden indien u hiermee bekend bent. Ook voor dit gedeelte van de vragenlijst geldt dat uw antwoorden vertrouwelijk zullen worden behandeld.

1. Voor het verzekeren van risico's in pools wordt vaak gekozen vanwege de hieronder opgenomen gronden. Gelden deze gronden volgens u ook voor het verzekeren van risico's in *intermediaire pools*?

(Graag aankruisen welke gronden van toepassing zijn voor het verzekeren in een intermediaire pool, meerdere antwoorden zijn mogelijk)



2. Wat zijn volgens u de alternatieven voor het verzekeren in een intermediaire pool? (meerdere antw. mogelijk)
   A. Verzekeren door middel van coassurantie bij meerdere verzekeraars
   B. Verzekeren voor 100% door 1 verzekeraar
   C. Verzekeren voor 100% door 1 verzekeraar gekoppeld aan herverzekering
   D. Anders, namelijk

Keuzeopties	**Frequentie**
A	17
B	8
C	1
D	5
A,B,C	22
A,B,C,D	2
A,B	28
B,D	1
B,C	1

3. Indien u als makelaar of verzekeraar betrokken bent bij een of meerdere intermediaire pool(s), kunt u – teneinde de in de branche voorkomende intermediaire pools in kaart te brengen – aangeven welke pools dat betreft en welk risico daarin wordt ondergebracht?

Hier werden verschillende voorbeelden genoemd van pools. Ik noem deze hier niet omdat zij bedrijfsnamen bevatten.

ONDER EMBARGO

4. Worden in de hierboven door u genoemde intermediaire pools ook risico's herverzekerd?

Nee	45
Ja, (graag noemen in welke pools dat het geval is)	6
Niet van toepassing	34

5. Kunt u hieronder aangeven binnen welke dekking (onder- en bovendrempel) risico's in de intermediaire pools worden ondergebracht?

Het antwoord op deze vraag behandel ik vertrouwelijk, omdat de drempels van de pools bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat.

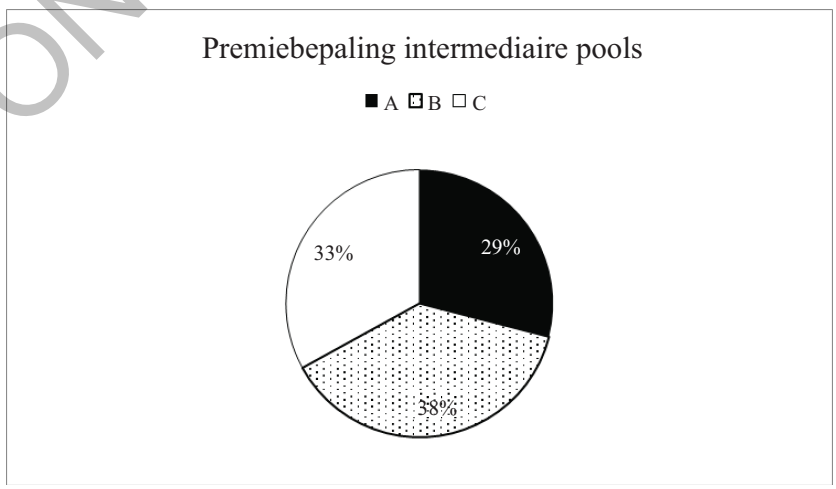
6. In hoeveel landen zijn de intermediaire pools actief? Welke zijn dat?

Het antwoord op deze vraag behandel ik vertrouwelijk, omdat de drempels van de pools bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat.

7. Hoe schat u de marktpositie in van de intermediaire pools? Het gaat om uw inschatting van het percentage van de risico's die in de branche(s) in de intermediaire pools worden ondergebracht.

Het antwoord op deze vraag behandel ik vertrouwelijk, omdat de drempels van de pools bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat.

8. Hoe worden premies bepaald voor de risico's die in de intermediaire pool worden ondergebracht?
   A. De premies zijn vooraf in gezamenlijk overleg tussen de verzekeraars (de poolleden) en het intermediair vastgesteld
   B. De verzekeraars (de poolleden) en het intermediair hebben afgesproken tegen welke voorwaarden zij het risico verzekeren, maar de premie ligt nog niet vast
   C. Anders, namelijk



ONDER EMBARGO

9. Zijn er standaardvoorwaarden voor de verzekering van risico's in de intermediaire pools?

Ja	66
Nee	13
Weet ik niet	6

Indien ja, is het gebruik van deze voorwaarden voor het verzekeren van de risico's binnen de intermediaire pool verplicht?

Ja	51
Ik had nee geantwoord	17
Nee	17

10. Kunnen in uw branche de risico's die verzekerd worden in de intermediaire pools ook buiten deze pool om, zonder gedeelde dekking, worden verzekerd?

Ja	78
Nee	3
Weet ik niet	4

11. Hoe wordt een risico geplaatst in de intermediaire pools?

A. Het intermediair is gevolmachtigd door de verzekeraars om de risico's die binnen de pool vallen voor de verzekeraars te accepteren.	15
B. De plaatsing in de pool wordt verzorgd door een speciaal daarvoor opgericht orgaan/onderneming	9
C. Als een risico binnen de pool geplaatst kan worden, wordt de acceptatie door het intermediair eerst aan de poolleader voorgelegd die beslist of het risico geaccepteerd wordt of niet	42
D. Anders, namelijk	19
Totaal	85

12. Staat het de leden van de pool vrij om risico's die in de poolomschrijving vallen, ook buiten de pool om te accepteren?

Ja	67
Nee	6
Weet ik niet	12
Totaal	85

13. Zijn er in uw branche(s) meerdere intermediaire pools die dezelfde risico's verzekeren?

Ja	75
Nee	5

ONDER EMBARGO

Weet ik niet	5

Zo ja, concurreren deze intermediaire pools met elkaar?

Ja	70
Nee	5

Relevante markt

Volgens het protocol voor intermediaire pools van het Verbond van Verzekeraars dienen pools zichzelf in twee gevallen te onderwerpen aan een self assessment:

I. intermediaire pools voor andere dan standaardrisico's,[10] en

II. intermediaire pools voor standaardrisico's met een marktaandeel in de relevante markt van meer dan 5 procent

14. Van welke productmarkten gaat u uit bij de beoordeling van de positie van een intermediaire pool op de markt?

A: 1 productmarkt van alle verzekeringen tezamen	9
B: 3 productmarkten: Brandverzekeringen, Transportverzekeringen en Varia	16
C: Meer dan 3 productmarkten: ieder verzekeringsproduct is een afzonderlijke productmarkt	42
D: Anders, namelijk	13

15. Kunt u aangeven of de intermediaire pools waarbij u bent betrokken (zie Onderdeel C/vr. 3) in de afgelopen 5 jaar verplicht zijn (geweest) tot een self assessment?

ONDER EMBARGO

10 Standaardrisico's: risico's die een doorsnee intermediair op de relevante markt ook zonder gedeelde dekking zonder problemen kan onderbrengen bij een andere verzekeraar dan een van de deelnemers aan de intermediaire pool.

Zo ja, heeft dat tot maatregelen geleid (en welke waren dat?)

Categorieen	**Aantal keer gekozen**	**Getroffen maatregelen ("voorbeelden")**
Ja	24	"Periodieke controle door de volmachtgevende verzekeraars. Accepatierichtlijnen, premieverhogingen, naselectie, preventieve maatregelen" "Periodiek wordt er gekeken naar de omvang in verhouding tot de productmarkt. Bij mijn vorige werkgever is er wel eens een pool opgezegd vanwege het overschrijden van de 5 % grens." "na self assessement aanpassing voorwaarden en premie" "Ja en er is regelmatig bijgestuurd in premie en voorwaarden" "Ja, dat zijn alle pools. Diversen pools zijn aangepast met name v.w.b. positive lead en volger (het kwam voor dat je zowel lead in 1 pool en volger in een andere pool kon zijn en op die manier het risico altijd tekende; dat is voorbij)."
Nee	4	
Niet bekend	10	
Niet van toepassing	42	

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

III. Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht

De Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht is in 2017 opgesteld door de Werkgroep VSV en Pools onder de governance van het Bestuurlijk Overleg tussen Verbond van Verzekeraars – NVGA. De Werkgroep heeft daarbij de tekst opgesteld in samenhang met de Voorbeeld Samenwerkingsovereenkomst Volmacht 2017.

De Werkgroep wijst erop, dat alle in dit document opgenomen teksten voorbeeldteksten met een indicatief karakter zijn. Het staat partijen geheel vrij hiervan af te wijken. Afwijkingen van de Voorbeeld Poolovereenkomst Volmacht dienen te worden weergegeven in de overeenkomst.

Het gaat om een niet-bindend, louter indicatief model. Het staat partijen geheel vrij van het model af te wijken.

Deze overeenkomst wijkt op de volgende punten af van de Voorbeeld Poolovereenkomst • …… • …… • …… Deze opsomming is uitdrukkelijk limitatief. Aan andere niet opgesomde maar wel in de overeenkomst opgenomen afwijkingen is de Gevolmachtigde niet gebonden.

De ondergetekenden,

<<naam gevolmachtigde>> gevestigd en kantoorhoudende te <<woonplaats>> aan <<straat en nummer>>, te dezer zake rechtsgeldig vertegenwoordigd door <<aanhef>> <<voorletters>> <<achternaam>>, hierna te noemen "de Gevolmachtigde"
en

1. <<naam Maatschappij - Poolleader>> gevestigd en kantoorhoudende te <<woonplaats>> te dezer zake vertegenwoordigd door <<aanhef>> <<voorletters>> <<achternaam>>;
2. <<naam Maatschappij >> gevestigd en kantoorhoudende te <<woonplaats>> te dezer zake vertegenwoordigd door <<aanhef>> <<voorletters>> <<achternaam>>;
3. Etc.

ONDER EMBARGO

hierna te noemen ieder voor zich "de Maatschappij" en gezamenlijk "de Maatschappijen", de Gevolmachtigde en de Maatschappijen hierna gezamenlijk ook te noemen "Partijen".

Overwegende:

a. Dat ieder van de Maatschappijen voor zich aan de Gevolmachtigde een volmacht heeft verleend en daartoe met de Gevolmachtigde een samenwerkingsovereenkomst is aangegaan;
b. Dat ieder van de Maatschappijen, na daartoe afzonderlijk door de Gevolmachtigde te zijn benaderd, zich uitsluitend tegenover de Gevolmachtigde bereid heeft verklaard tot gedeeld risicodragerschap, zodat Gevolmachtigde in staat is een intermediaire pool te vormen;
c. Dat Partijen de rechten en verplichtingen met betrekking tot de Pool in deze overeenkomst wensen vast te leggen;
d. Dat de rechtsverhouding tussen de Gevolmachtigde en ieder van de Maatschappijen mede wordt bepaald door de tussen hen gesloten Samenwerkingsovereenkomst Volmacht voor zover daarvan in deze overeenkomst niet uitdrukkelijk wordt afgeweken;
e. Dat echter deze (specifieke) Poolovereenkomst prevaleert indien en voorzover een bepaling in de Samenwerkingsovereenkomst Volmacht in strijd is met deze Poolovereenkomst;
f. Dat de vorming van de Pool geen afbreuk doet aan de eigen onafhankelijke en zelfstandige positie van de Gevolmachtigde in de bedrijfskolom met betrekking tot de afzet en distributie van verzekeringen, die met zich meebrengt dat de Gevolmachtigde nimmer verplicht is verzekeringen in de Pool onder te brengen;
g. Dat deze overeenkomst valt onder de werking van het Protocol Intermediaire Pools (PIP). Zijn als volgt overeengekomen:

1. Risicoverdeling, verzekeringsvormen en limieten, Poolleader, overleg

1.1. De Maatschappijen participeren in de baten en lasten van de Pool die in de administratie van Gevolmachtigde staat geregistreerd onder PID-nummer <<XXXX>> voor de navolgende percentages
- <<Naam Maatschappij>> voor XX%
- <<Naam Maatschappij>>voor XX%
- Etc.

1.2. <<Naam Maatschappij>> treedt namens de Maatschappijen op als Poolleader. Poolleader en de Gevolmachtigde kunnen, ook bij wijziging van de risicoverdeling, gezamenlijk besluiten nemen ten aanzien van de verdeling van de werkzaamheden van de Gevolmachtigde en de Poolleader, alsmede over de administratie en de financiële afwikkeling. De Maatschappijen vrijwaren, ieder naar rato van hun aandeel, de Poolleader voor aanspraken van derden in het kader van de Poolovereenkomst. De Poolleader heeft de volgende verantwoordelijkheden en bevoegdheden:
   a. Hij fungeert als aanspreekpunt voor de Gevolmachtigde voor alle dagelijkse werkzaamheden;

ONDER EMBARGO

b. Indien de in de Pool geadministreerde risico's daartoe aanleiding geven, treedt de Poolleader ter zake van de Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen (WAM), het Waarborgfonds, de hulpverleningsorganisaties en de klachteninstituten op als ware hij volledig risicodrager en handelt overeenkomstig;
c. De Poolleader heeft het recht ten minste éénmaal per jaar de administratie van de Pool te (laten) controleren conform het bepaalde omtrent controle in de gesloten samenwerkingsovereenkomst volmacht en informeert de andere Maatschappijen over het resultaat van die controle;
d. De Poolleader waarborgt dat de financiële afwikkeling van alle zaken verloopt via de administratie van de Gevolmachtigde.

1.3. De Gevolmachtigde verstrekt uitsluitend informatie die voor de Maatschappijen in het kader van de (beoogde) deelname aan de Pool noodzakelijk is. De Gevolmachtigde verstrekt de informatie rechtstreeks aan iedere Maatschappij afzonderlijk. Uiteraard staat het iedere Maatschappij vrij om te verzoeken tot het houden van een informatiebijeenkomst.

1.4.
a. De Gevolmachtigde bepaalt elk jaar op basis van de ontwikkelingen in de pool of in breder verband of, en zo ja welke, aanpassingen in de premie en/of de voorwaarden voor gedurende de looptijd te sluiten en te continueren verzekeringen moeten worden aangepast, naar zijn opvatting moeten worden doorgevoerd.
b. Indien één van de Maatschappijen van mening is dat de premie en/of de voorwaarden voor gedurende de looptijd te sluiten en te continueren verzekeringen moeten worden aangepast, brengt de betreffende Maatschappij een voorstel daartoe uitsluitend uit aan de Gevolmachtigde.
c. De Gevolmachtigde brengt alle voorstellen samen en stemt het overkoepelende voorstel af met de Poolleader.
d. Na de afstemming legt de Gevolmachtigde de uitkomst hiervan voor aan ieder van de deelnemende Maatschappijen afzonderlijk.
e. Vanaf de datum dat de Gevolmachtigde met ieder van de Maatschappijen overeenstemming heeft bereikt, gelden de aangepaste premies en/of voorwaarden voor te sluiten en te continueren verzekeringen.

2. Acceptatie

2.1. De Gevolmachtigde accepteert in de Pool uitsluitend verzekeringen op de door de Maatschappijen voor de Pool goedgekeurde verzekeringsvoorwaarden en tarieven.

2.2. De Gevolmachtigde stemt het acceptatiebeleid af met de Poolleader.

2.3. De Gevolmachtigde is bij acceptatie gebonden aan de in Bijlage 1 bij deze Poolovereenkomst opgenomen verzekeringsvormen en risico's alsmede aan de daar vermelde limieten. Andere risico's of overschrijding van limieten zijn niet toegestaan, tenzij voor acceptatie door de Maatschappijen vooraf

ONDER EMBARGO

schriftelijk toestemming is verleend. Het is Gevolmachtigde niet toegestaan om in de Pool onder te brengen:

a. enige vorm van co-assurantie met niet in de Pool deelnemende Maatschappijen;
b. herverzekeringen;
c. verzekeringen van belangen buiten Nederland (hieronder vallen niet risico's van niet Nederlands ingezeten gelegen in Nederland);
d. verzekeringen waarbij uitsluitend het molest- en/of stakingsrisico wordt gedekt.

2.4. De Gevolmachtigde administreert de risico's waarvoor apart toestemming is gevraagd en verkregen separaat en kan een overzicht van deze risico's op eerste verzoek aan de Maatschappij(en) overleggen.

3. Schadebehandeling

3.1. De Gevolmachtigde stemt het schaderegeling beleid af met de Poolleader.

3.2. De Gevolmachtigde behandelt de voorkomende schadegevallen, met uitzondering van:

a. schade met betrekking tot dood en/of lichamelijk letsel, inclusief de direct daarmee gepaard gaande materiele schade aan derden;
b. diefstal of verduistering van volledige motorrijtuigen;
c. schade op aansprakelijkheidsverzekeringen en aan motorrijtuigen die niet in Nederland is voorgevallen;
d. schade waarbij niet in Nederland woonachtig personen betrokken zijn;
e. schade waarbij een vermoeden van fraude is, ongeacht het stadium waarin de schadebehandeling zich bevindt;
f. schade waarbij de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorisme (NHT) betrokken kan raken;
g. milieuschade;

Deze schadegevallen zullen onverwijld door de Gevolmachtigde aan de Poolleader ter behandeling worden gegeven, De Poolleader zal de Gevolmachtigde volledig informeren over de aan te houden schadereserves, alsmede over de afwikkeling inclusief betaling.

3.3. De Gevolmachtigde waarborgt dat de uitbetaling van letselschades plaatsvindt binnen vijf werkdagen nadat hij hiertoe de betaalopdracht van de Poolleader heeft ontvangen.

3.4. De Gevolmachtigde verbindt zich de navolgende schadegevallen onverwijld te melden aan de Poolleader:

a. schade die de € ……. te boven gaat dan wel dreigt te gaan;
b. schade waarbij een klachteninstituut betrokken dreigt te raken;
c. schade die kan leiden tot aandacht van de publieksmedia;
d. schade waarbij de Maatschappijen mogelijk in een rechtsgeding kunnen worden betrokken.

ONDER EMBARGO

De Poolleader bepaalt in overleg met de Gevolmachtigde wie de behandeling van deze schadegevallen op zich neemt. De Poolleader bepaalt voorts in overleg met de Gevolmachtigde welke expert wordt ingeschakeld. De Gevolmachtigde informeert de andere deelnemende Maatschappijen over de besluiten van de Poolleader.

3.5. De Gevolmachtigde is bevoegd tot het doen van coulance-uitkeringen tot een maximum bedrag van € ……. per schadegeval. Op eerste verzoek van de Poolleader of deelnemende Maatschappij zal de Gevolmachtigde een overzicht met toelichting verstrekken van de verleende coulance-uitkeringen aan elke deelnemende maatschappij van de pool.

4. Product Approval en Review Process (PARP)

4.1. De Poolleader en de Gevolmachtigde zorgen samen voor het tijdig en juist uitvoeren van het periodieke PAR en PAR-proces en het opstellen van een PARP-verklaring.

4.2. Hierbij stellen Partijen het klantbelang centraal en zorgen voor producten die voldoen aan de zgn. K.N.V.B.-normen.

4.3. De Gevolmachtigde zorgt voor het verspreiden van een PARP-verklaring aan de overige Maatschappijen.

4.4. De Gevolmachtigde draagt zorg voor tijdige en juiste opvolging van de in deze PARP-verklaring benoemde verbeterpunten en rapporteert hierover aan de Poolleader.

4.5. De Poolleader is eindverantwoordelijk voor de tijdige en juiste uitvoering van het PARP-proces rondom de betreffende Pool.

5. Duur, einde en eventueel voortzetting van de overeenkomst

5.1. De poolovereenkomst wordt door de Gevolmachtigde met ieder van de Maatschappijen afzonderlijk aangegaan en gaat in op 1 januari jjjj (ingangsdatum) en loopt tot en met 31 december jjjj (afloopdatum).

5.2. De bij de poolovereenkomst behorende bijlagen maken een onverbrekelijk deel uit van de poolovereenkomst.

5.3. Indien de Gevolmachtigde na de in 5.1. bedoelde afloopdatum de Pool voor de duur van opnieuw maximaal één jaar wil voortzetten met één of meer van de Maatschappijen, al dan niet met een gewijzigd Poolaandeel, een nieuwe Poolleader of op aangepaste voorwaarden, zal hij ieder van hen afzonderlijk benaderen met een daartoe strekkend voorstel, uiterlijk 4 maanden voor de in 5.1. bedoelde afloopdatum. Ieder van de Maatschappijen dient uiterlijk drie maanden voor de in artikel 5.1 bedoelde afloopdatum het voorstel van de Gevolmachtigde te accepteren, een tegenvoorstel te doen of het

ONDER EMBARGO

voorstel af te wijzen. Is er geen reactie van een Maatschappij uiterlijk drie maanden voor de in artikel 5.1 bedoelde afloopdatum, dan dient de Gevolmachtigde dit te zien als een afwijzing van het voorstel. Ieder overleg of informatie-uitwisseling anderszins tussen Maatschappijen dat betrekking heeft op het voorstel van de Gevolmachtigde is verboden.

5.4. Indien Partijen met in achtneming van het in artikel 5.3 bepaalde overeenstemming bereiken over voortzetting van de Poolovereenkomst, al dan niet in gewijzigde vorm, dan wordt de Pool op de dag na de afloopdatum (hierna te noemen: poolverlengingsdatum) voortgezet voor de afgesproken termijn. Indien Partijen hierover geen overeenstemming bereiken, dan wordt de Pool ontbonden met in achtneming van artikel 6.

6. Ontbinding en afwikkeling van de overeenkomst

6.1. Indien de Pool ten aanzien van een Maatschappij om wat voor reden dan ook niet wordt voortgezet, ontslaat dat die Maatschappij niet van haar verplichtingen terzake verzekeringen die na de voor haar geldende afloopdatum nog doorlopen. De Gevolmachtigde zal in dat geval het risicodragerschap van de betrokken Maatschappij zo mogelijk per eerstvolgende (hoofd)premievervaldatum doch uiterlijk per eerstkomende contractvervaldatum van iedere verzekering beëindigen.

6.2. De Poolovereenkomst eindigt met onmiddellijke ingang wanneer de Gevolmachtigde:
a. zijn vergunning om als gevolmachtigd agent op te treden verliest;
b. in staat van faillissement of surseance van betaling dreigt of komt te verkeren;
c. onder curatele wordt gesteld.
In deze gevallen wordt de Pool ontbonden. De Poolleader zorgt in deze gevallen voor een correcte afwikkeling, waarbij de klantbelangen centraal gesteld worden.

6.3. Wanneer een Maatschappij haar vergunning(en) tot uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf verliest of wanneer de noodregeling als bedoel in Hoofdstuk 3.5 van de Wft van toepassing wordt verklaard op de Maatschappij, eindigt de Poolovereenkomst met onmiddellijke ingang en wordt de Pool ontbonden, tenzij de Gevolmachtigde met de overige Maatschappijen en eventueel met één of meer nieuwe maatschappijen afzonderlijk voortzetting van de Pool overeenkomt.

6.4. Indien, ongeacht de aanleiding, de Pool wordt ontbonden, stellen Partijen in gezamenlijk overleg een procedure tot afwikkeling vast. De afwikkeling van nog lopende verzekeringen vindt waar mogelijk plaats per hoofdpremievervaldatum. De Poolovereenkomst blijft dan van kracht met betrekking tot de op de beëindigingsdatum nog lopende verzekeringen. Bij de ontbinding worden de belangen van de klant centraal gesteld en dient de

ONDER EMBARGO

communicatie met de klant door Gevolmachtigde tijdig en juist te worden uitgevoerd.

6.5. Indien de afwikkeling inhoudt dat de tot de Pool behorende verzekeringen op een ander moment worden overgedragen dan de hoofdpremievervaldatum, stellen Partijen in gezamenlijk overleg de aan de overdracht verbonden financiële consequenties vast, zoals de methode van berekening van de verdiende en gereserveerde premies en de bepaling van de schadereserves. Partijen zullen bij de tussentijdse overdracht waarborgen dat het belang van de klant centraal gesteld wordt.

6.6. Indien Partijen uiterlijk binnen zes maanden na ontbinding geen overeenstemming bereiken over het gestelde in artikel 6.4 of 6.5 is Poolleader bevoegd om de procedure tot afwikkeling vast te stellen.

6.7. In geval van ontbinding blijft ieder van de Maatschappijen aansprakelijk voor haar aandeel in de risicoverdeling tot het tijdstip waarop de Pool is afgewikkeld.

7. Toetreding, uittreding, wijziging risicoverdeling en Poolleader

7.1. Toetreding, uittreding en wijziging van de risicoverdeling kan alleen per poolverlengingsdatum van de Poolovereenkomst geschieden en dient, voor zover het om uittreding of wijziging van het aandeel in de risicoverdeling gaat en onverminderd het bepaalde in artikel 5.3, minimaal 3 maanden voor de afloopdatum van de poolovereenkomst schriftelijk te worden medegedeeld door de betreffende Maatschappij aan de Gevolmachtigde.

7.2. De Gevolmachtigde is bevoegd een voorstel tot wijziging van de Poolleader te doen. Zij doet daarvan minimaal 4 maanden voor de afloopdatum van de poolovereenkomst schriftelijk bericht aan de maatschappijen. Hiervoor is afzonderlijke overeenstemming van alle partijen nodig. Een maatschappij die niet instemt met deze wijziging is bevoegd haar deelname aan de Pool schriftelijk te beëindigen per de datum dat de nieuwe Poolleader aantreedt (de poolverlengingsdatum). Deze beëindiging moet uiterlijk drie maanden voor de in artikel 5.1 bedoelde afloopdatum bekend zijn. Wanneer dit ertoe leidt dat de Gevolmachtigde niet in staat is om 100% dekking te verkrijgen, dan leidt dit tot ontbinding van de Pool conform artikel 6.

7.3. De Gevolmachtigde is zelfstandig bevoegd één of meer nieuwe risicodragers tot de Pool toe te laten en een daarmee samenhangende nieuwe risicoverdeling tot stand te brengen en doet hiervan schriftelijk mededeling aan de Maatschappijen. Toetreding van (een) nieuwe risicodrager(s) vindt niet eerder plaats dan per poolverlengingsdatum van de Poolovereenkomst. De nieuwe risicoverdeling geldt voor nieuwe verzekeringen per verlengingsdatum en voor lopende verzekeringen per eerstvolgende hoofdpremievervaldatum na de afloopdatum.

ONDER EMBARGO

b. Indien een Maatschappij niet akkoord gaat met de toetreding van één of meer risicodragers en/of de daarmee samenhangende risicoverdeling zoals vermeld in artikel 7.3.a, dan heeft de Maatschappij het recht haar deelname aan de Pool te beëindigen per poolverlengingsdatum. De mededeling dat de Maatschappij niet akkoord gaat dient middels aangetekende brief aan de Gevolmachtigde te geschieden binnen één maand na de dagtekening van de in artikel 7.3.a vermelde schriftelijke mededeling van de Gevolmachtigde.

7.4. Ieder van de Maatschappijen is met inachtneming van artikel 7.1 bevoegd aan de Gevolmachtigde te kennen te geven tot beëindiging of vermindering van haar aandeel in de risicoverdeling over te gaan. Indien de Gevolmachtigde er in slaagt hiervoor een alternatieve risicoverdeling tot stand te brengen, geldt de nieuwe risicoverdeling voor nieuwe verzekeringen per poolverlengingsdatum en voor lopende verzekeringen per eerstvolgende hoofdpremievervaldatum na de afloopdatum. Indien de Gevolmachtigde er niet in slaagt om een alternatieve risicoverdeling tot stand te brengen, dan leidt dit tot ontbinding van de Pool conform artikel 6.

7.5 a. Indien een Maatschappij haar deelname aan de Pool opzegt zonder dat daarmee de Pool wordt ontbonden, zal Gevolmachtigde gerechtigd zijn te handelen conform artikel 7.3a.

b. Indien de Gevolmachtigde in geval van (een) uittredende Maatschappij(en) geen gebruik maakt van haar recht zoals vermeld in artikel 7.3a heeft de Gevolmachtigde het recht voor te stellen de Pool voort te zetten met een gewijzigde risicoverdeling door het aandeel van de uittredende Maatschappij(en) te verdelen over de andere Maatschappijen. De Gevolmachtigde treedt vervolgens in overleg met iedere overblijvende Maatschappij afzonderlijk. De nieuwe risicoverdeling behoeft de instemming van alle overblijvende Maatschappijen. Na het bereiken van volledige instemming gaat de nieuwe risicoverdeling in per poolverlengingsdatum.

c. In geval Gevolmachtigde niet tot overeenstemming kan komen bij toetreding, uittreding of wijziging van de risicoverdeling, dan wordt de Pool ontbonden conform artikel 6.

7.6. De toetredende of aandeel verhogende Maatschappij(en) is/zijn per poolverlengingsdatum niet langer verplicht om dekking te verlenen voor de tot de Pool behorende bedrijfsmatige aansprakelijkheidsverzekeringen op basis van de nieuwe risicoverdeling. Deze verplichting vangt echter aan drie maanden na eerstvolgende hoofdpremievervaldatum van de individuele verzekeringen. Deze verplichting geldt voor aanspraken tot vergoeding van schade en voor omstandigheden die bij de Gevolmachtigde na die termijn van drie maanden worden gemeld, ongeacht wanneer de schade is ontstaan of wanneer de feiten die tot de aanspraak leiden zich hebben voorgedaan.

ONDER EMBARGO

7.7. De uittredende of aandeel verlagende Maatschappij(en) is/zijn per poolverlengingsdatum - niet langer verplicht om dekking te verlenen voor de tot de Pool behorende bedrijfsmatige aansprakelijkheidsverzekeringen. Deze verplichting eindigt echter eerst drie maanden na eerstvolgende hoofdpremievervaldatum van de individuele verzekeringen. Dit geldt uitsluitend voor aansprakentot vergoeding van schade en voor omstandigheden die hebben plaatsgevonden voor de hoofdpremievervaldatum en die binnen deze termijn van drie maanden worden gemeld.

8. Protocol Intermediaire Pools

8.1. De Pool is tot stand gekomen met inachtneming van de bepalingen van het Protocol Intermediaire Pools.

8.2. De in de Pool te sluiten of gesloten risico's worden gekwalificeerd als standaard risico's in de zin van het Protocol.

8.3. Voorafgaand aan iedere overeenkomst tot aangaan én voortzetting van de Pool, maar in ieder geval jaarlijks voor 1 oktober, zal Gevolmachtigde toetsen of het aandeel van de Pool meer bedraagt dan 5% van de relevante markt (PIP-toets). De laatst gepubliceerde cijfers zijn de te vinden op www.verzekeraars.nl. Voor de bepaling van de relevante markt is de toelichting bij het Protocol leidend. Het marktaandeel wordt berekend in overeenstemming met het bepaalde in artikel 6.2 en 6.3. van de verordening (EG)267/2010 van de Europese Commissie.

8.4. Wanneer er geen sprake is van een aandeel van meer dan 5% in de relevante markt, zijn geen nadere maatregelen nodig en zal de Gevolmachtigde de deelnemende Maatschappijen hierover schriftelijk informeren.

8.5. Wanneer er sprake is van een aandeel van meer dan 5% in de relevante markt, zal Gevolmachtigde toetsen of het gezamenlijk marktaandeel van de deelnemende Maatschappijen hoger is dan 20% in de relevante markt.

Indien het aandeel van de Pool deze grenzen overschrijdt zal de Gevolmachtigde de deelnemende Maatschappijen hierover schriftelijk informeren. Gevolmachtigde zal maatregelen nemen die ertoe leiden dat de Pool bij de eerstvolgende PIP-toetst voldoet aan de eisen van het Protocol. Indien dit niet lukt, wordt de Pool ontbonden.

8.6. De Gevolmachtigde zal zorgdragen dat alle gegevens betrokken bij de PIP-toets vertrouwelijk worden behandeld en uitsluitend worden toegepast voor de toetsing.

8.7. Indien één van de deelnemende Maatschappijen dat wenst zal Gevolmachtigde een onafhankelijke derde inschakelen om de toets binnen één maand uit te laten voeren. De kosten hiervan zullen pro rata door de deelnemende Maatschappijen worden gedragen. Deze derde zal door

ONDER EMBARGO

Gevolmachtigde contractueel worden gebonden aan geheimhouding met betrekking tot de uitgewisselde gegevens. De derde mag het resultaat van de PIP-toets alleen openbaar maken aan de Gevolmachtigde.

9. Kosten

9.1. De Poolleader is gerechtigd zijn kosten ten laste van de Pool te brengen. Onder kosten van de Poolleader worden verstaan (indien van toepassing):

a. de bijdrage die door de Maatschappijen in het Waarborgfonds Motorverkeer moet worden gestort, onderscheiden naar gekentekende en niet-gekentekende voertuigen;
b. de regie- en abonnementskosten t.b.v. hulpverleningsinstanties;
c. overige kosten gerelateerd aan motorrijtuigen die per object verrekend worden;
d. de kosten voor de behandeling van materiële schade, als omschreven in artikel 3.2.;
e. de kosten voor de behandeling van schade met betrekking tot dood en/of lichamelijk letsel, als omschreven in artikel 3.2.;
f. algemene kosten van de Poolleader gemaakt in het kader van de Poolovereenkomst.

Uitdrukkelijk wordt bepaald dat er geen kosten van schaderegeling anders dan opgenomen in artikel 9.1. mogen worden opgenomen in de poolkostenverrekening.

9.2. De onder artikel 9.1d. en 9.1f. vermelde kosten zijn bij het in werking treden van de Poolovereenkomst als volgt vastgesteld:
…….% berekend over de bruto geboekte premie met een minimum van € …… en een maximum van € …….. per boekjaar.

Met betrekking tot de onder artikel 9.1.e vermelde kosten belast de Poolleader per schade een vast tarief (eenmalig per dossier) van € …….. ongeacht de aard van het letsel en de duur van de behandeling van de schade. De Gevolmachtigde verstrekt jaarlijks in de maand januari een opgave van de in het vorige kalenderjaar overgedragen en door de Poolleader in behandeling genomen personenschaden, waarna de Poolleader deze kosten ten laste van de Pool zal brengen.

Het bedrag per dossier zal jaarlijks worden geïndexeerd o.b.v. het CBS prijsindexcijfer consumentenprijzen CPI (2015 = 100). Uiterlijk bij de poolverlenging zal de Maatschappij het tarief voor het daaropvolgende jaar vaststellen en bekend maken.

9.3. De Poolleader brengt zijn kosten als omschreven in artikel 9.1a. in rekening bij de Gevolmachtigde nadat hij deze heeft betaald aan het Waarborgfonds Motorverkeer. De Gevolmachtigde zal deze kosten in de daarop volgende rekening-courant verantwoorden en boeken, zodat iedere Maatschappij – naar rato van de risicoverdeling – hierin zal bijdragen. Zijn overige kosten als omschreven in artikel 9.1.b. t/m f. brengt de Poolleader bij de

ONDER EMBARGO

Gevolmachtigde in rekening. Deze kosten worden door de Gevolmachtigde in de daarop volgende rekening-courant verantwoord en geboekt, zodat iedere Maatschappij – naar rato van de risicoverdeling - hierin bijdraagt.

9.4. De Poolleader zorgt voor een adequate administratie van haar kosten en zorgt ervoor dat deze tijdig, maar uiterlijk binnen twee jaar na afsluiten van het betreffende boekjaar in rekening zijn gebracht bij de Gevolmachtigde. Slaagt de Poolleader er niet in om dit binnen deze termijn te doen, dan is zij verplicht de Gevolmachtigde hiervan tijdig op de hoogte te brengen, inclusief de termijn die wel gehaald wordt. De Gevolmachtigde is verplicht dit door te geven aan alle deelnemers. Indien de Poolleader er niet is geslaagd om binnen deze termijn de betreffende kosten in rekening te brengen en ook niet tijdig hierover te hebben gecommuniceerd, dan verliest zij het recht op vergoeding van de kosten die genoemd staan onder 9.1.d, e en f.

10. Beloning

10.1. De Gevolmachtigde heeft recht op volmachtbeloning zoals en voor zover tussen hem en ieder der Maatschappijen overeengekomen in de Samenwerkingsovereenkomst Volmacht.

10.2. De Gevolmachtigde heeft ten behoeve van de Bemiddelaars waarmee hij samenwerkt, recht op de voor de Bemiddelaar gangbare provisie zoals en voor zover vastgele8.467 mmgd in de separaat met ieder van de Maatschappijen overeengekomen provisieregelingen.

11. Administratie

11.1. De Gevolmachtigde zendt telkens binnen de termijn en conform de vereisten zoals is vastgelegd in de met ieder van de Maatschappijen gesloten Samenwerkingsovereenkomst Volmacht een afrekening aan de maatschappijen waarin is vermeld de in de desbetreffende overeengekomen boekings- periode geboekte totale bruto premie, betaalde en verhaalde schade, alsmede provisie en volmachtbeloning en eventueel ten laste van de Pool gemaakte kosten, zowel voor het geheel van de Pool als voor het aandeel van iedere Maatschappij in de risicoverdeling.

12. Geschillen

12.1. Op de Poolovereenkomst is het Nederlands Recht van toepassing.

12.2. Partijen streven ernaar alle geschillen voortvloeiend uit dan wel verband houdend met deze Poolovereenkomst in der minne op te lossen. In het geval een minnelijke oplossing niet mogelijk blijkt, zal het geschil worden voorgelegd aan de bevoegde rechter in Nederland.

ONDER EMBARGO

12.3. Van een geschil in de zin van dit artikel is sprake indien een Partij de wederpartij daarvan schriftelijk mededeling doet.

13. Ondertekening.

Aldus in <<XXX>>-voud opgemaakt en getekend, te <<plaats>>, d.d. <<dd-maand-jjjj>>

De Maatschappijen:

De Gevolmachtigde:

ONDER EMBARGO

Curriculum Vitae

De auteur van dit boek heeft, voordat hij startte aan zijn promotietraject, in Rotterdam Economie & Rechten gestudeerd. Hij rondde zijn master Rechtsgeleerdheid met specialisatie Aansprakelijkheid & Verzekeringsrecht af in 2014. Direct daarna is hij gestart met het schrijven van een proefschrift bij het Verzekeringsinstituut van de Erasmus Universiteit. Ten tijde van het schrijven van het proefschrift is hij voor een periode van bijna 4 jaar redactiesecretaris geweest van het tijdschrift Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade (AV&S). Bovendien heeft hij in die periode een drietal artikelen gepubliceerd die relateerden zijn aan het promotieonderwerp:

- G.T. Baak, 'Verzekering & mededinging: de gevolgen van het einde van de Groepsvrijstellingsverordening', Markt en Mededinging 2017/20, afl. 3, p. 98-104.
- G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', AV&S 2016/4, afl. 1, p. 28-36.
- G.T. Baak, 'Het einde in zicht van de groepsvrijstelling van het kartelverbod voor de verzekeringssector?', Het Verzekeringsarchief 2016/4, afl. 1, p. 29-34.

De auteur maakte onderdeel uit van het docententeam van de master Aansprakelijkheid & Verzekering. In dat kader heeft hij onderwijs verzorgd en tal van masterscripties begeleid. In de afrondende fase van het promotietraject is de auteur gaan werken bij de Directie Mededinging van de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

ONDER EMBARGO

ONDER EMBARGO

Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK

Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht
Onder redactie van prof.mr. R.P.J.L Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6e druk
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
CA8. B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen
CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 6e druk
CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk
CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2e druk
CA17. R. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichthouders CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruikerCA19. J.M. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken
CA20. J.E. Brink-van der Meer, Accountantsaansprakelijkheid
CA21. D.A. van der Kooij, Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade

Recht en Praktijk Financieel Recht
Onder redactie van prof.mr. D. Busch, dr.mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière
FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
FR2. G.R. Boshuizen, B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2e druk
FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7e druk
FR5. K. Frielink, M. van Eersel, Toezicht trustkantoren in Nederland – 2e druk
FR6. L.J. Silverentand, F.W.J. van der Eerden (red.), Hoofdlijnen Wft, – 4e druk
FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer – 4e druk
FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 2e druk
FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht
FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector
FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?
FR14. R.E. van Esch, De financiëledienstverlener online
FR15. J.P. Franx, Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract
FR16. R. Knopper, Toegankelijkheid, ADR en effectendienstverlening
FR17. C.A. Oudshoorn, Grensoverschrijdend bankbeslag op geldvorderingen
FR18. R.M.I. Lamp, M. Nelemans (red.), Handboek Handel met voorwetenschap

ONDER EMBARGO

Recht en Praktijk – Informatie en Communicatietechnologie
ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
ICT4. S. van der Hof, A.R. Lodder, G.J. Zwenne (red.), Recht en computer
ICT5. A.G. Awesta, De Grondslagen van de Cyberspace

Recht en Praktijk – Insolventierecht
Onder redactie van prof.mr. B. Wessels, mr.dr. R.J. de Weijs en mr.drs. C.M. Harmsen
InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 2e druk
InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren, J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos, J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventieadvocaten
InsR10. K.A. Messelink, R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen
InsR11. A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen
InsR12. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler modernisering
InsR13. M.J.M. Franken, Het Insolventiepassief

Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom
IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht
IE2. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht – 4e druk

Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht
Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg
ONR1.W.J.M. van Veen, J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)
ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 5e druk
ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2e druk
ONR4. F.K. Buijn, P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
ONR7. W.J.M. van Veen, M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen
ONR8. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht
ONR9. R. Abma, D.P. van Kleef, N. Lemmers, M. Olaerts, De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen
ONR10. K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht

Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht
PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding – 3e druk
PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
PFR3. Th.M. de Boer, F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht Wegwijzer voor de rechtspraktijk – 2e druk
PFR4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding
PRF5. P.A.W. Kuijper, Een nieuwe visie op afstamming
PFR6. F. Ibili, A.C. Olland (red.), Internationale kinderontvoering

ONDER EMBARGO

Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht
SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure – 6e druk
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht
SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak – 6e druk
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

Recht en Praktijk – Vastgoedrecht
VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht – 8e druk
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten – 2e druk
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting – 2e druk
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures
VG8. E.H.M. Swaneveld-Bakelaar, De huur van ongebouwde onroerende zaken: een leemte in de wet
VG9. S.J.L.M. van Bergen, Zekerheid voor de vastgoedfinancier
VG10. J. Broese van Groenou, De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter
VG11 J.Ph. van Lochem, Open normen in het huurrecht

Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)
Onder redactie van prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde, prof.mr. J.H. Wansink, mr. S.Y.Th. Meijer en mr. N. Vloemans
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht – 5e druk
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering – 3e druk
VR4. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht
VR5. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering – 3e druk
VR6. S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans, J.H. Wansink (red.), Zicht op toezicht in de verzekeringssector
VR7a. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering
VR7b. T.J. Dorhout Mees, De CAR-verzekering. Besloten CAR-rechtspraak geopenbaard
VR8. G.T. Baak, Mededinging en verzekering

Recht en Praktijk - Verschenen delen onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht
6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
6b. Huurrecht bedrijfsruimten
6c. Huurprijzenwet woonruimten
7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)
8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag

ONDER EMBARGO

16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van produkten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derdenbescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten

ONDER EMBARGO

92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw

ONDER EMBARGO

161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovername en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

ONDER EMBARGO