

Marktafbakening in de verzekeringssector

AV&S 2016/4

Dit artikel gaat over de vraag hoe in het licht van het mededingingsrecht de afbakening van de relevante markt in de verzekeringssector dient plaats te vinden. Marktafbakening speelt een belangrijke rol bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerkingsvormen in de verzekeringssector. In deze bijdrage worden de problematische aspecten van de afbakening van verzekeringsmarkten onder het mededingingsrecht in kaart gebracht en worden in verband daarmee oplossingen en aanbevelingen gegeven.

1. Inleiding

Op het gebied van mededingingsrecht en verzekering zijn belangrijke ontwikkelingen gaande. Op Europees niveau zijn te noemen: het door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) gelaste onderzoek in de zakelijke verzekeringssector in 2005², de gedeeltelijke verlenging van de Groepsvrijstellingsverordening (GVO) waarin bepaalde vormen van samenwerking in de verzekeringssector wordt vrijgesteld van het kartelverbod in 2010³ en de huidige herziening daarvan in verband waarmee Ernst & Young recentelijk onderzoek deed naar de Europese zakelijke verzekeringsmarkt.⁴ In Nederland veroorzaakt(e) het verscherpte toezicht enige onrust in de verzekeringspraktijk.⁵ Zo gaf de Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs (VNAB), de brancheorganisatie van de zakelijke verzekeringsmarkt, de opdracht tot het in kaart brengen van de concurrentie op de Nederlandse zakelijke verzekeringsmarkt.⁶ Ook de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa), thans: de Autoriteit Consument en Markt (ACM), heeft enkele belangrijke beslissingen gegeven op het gebied van samenwerking van verzekeraars bij beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen⁷ en de

door het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Verbond) voorgestane verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen.⁸

Deze ontwikkelingen zijn in de literatuur niet onopgemerkt gebleven. Vooral de vraag hoe verschillende vormen van samenwerking in de verzekeringssector mededingingsrechtelijk moeten worden beoordeeld, heeft van enige auteurs aandacht gekregen.⁹ Onderbelicht is daarbij gebleven het aspect van de bepaling van de relevante markt in de verzekeringssector, dat niet alleen bij de toepassing van het kartelverbod op samenwerkingsvormen tussen verzekeraars en/of assurantietussenpersonen, maar ook bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van voorgenomen concentraties of misbruik van machtsposities een belangrijke rol speelt. Het begrip 'markt' en de omschrijving van de 'relevante markt' – zijnde: dat (afgebakende) gedeelte van de markt waarop de macht van ondernemingen zich uitstrekt – is voor de toepassing van het mededingingsrecht in de verzekeringssector van essentieel belang. Zo worden marktaandelen, die gebruikt worden bij het vaststellen van een economische machtspositie, berekend op grond van het aandeel van de onderneming op de relevante markt.¹⁰ Tevens wordt onder het concentratietoezicht, dat toetst of een voorgenomen fusie of overname de mededinging beperkt, marktafbakening steeds als eerste stap in het beoordelingskader gehanteerd. Wezenlijk is marktafbakening ook voor de toepassing van het kartelverbod en de daarop aangebrachte uitzonderingen.¹¹ Zo geldt dat bepaalde overeenkomsten tussen concurrenten de mededinging *niet merkbaar* beperken indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen niet groter is dan 10% op de relevante markt(en).¹² Meer specifiek voor de verzekeringssector komt marktafbakening aan bod bij de toepassing van de voor de verzekeringssector geldende groepsvrijstelling van het kartelverbod waarin poolovereenkomsten zijn toegestaan onder de voorwaarde dat

1 Mr. Drs. G.T. (Gerard) Baak is als promovendus verbonden aan het Verzekeringeninstituut (EUR). Zijn promotieonderzoek gaat over mededinging en verzekering. Citeerwijze: G.T. Baak, 'Marktafbakening in de verzekeringssector', *AV&S* 2016/4, afl. 1.
 2 Persbericht van de Commissie van 13 juni 2005, (*PbEU* 2005, C144/13). Gevolgd door het eindrapport in 2007, COM(2007)556 def.
 3 De Verordening (EU) 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) en de bijbehorende 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).
 4 *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, (new edition July 2014, written by Ernst & Young), Brussel: European Commission 2014.
 5 *Verzekerd!* van 17 november 2004, Dossier Mededinging en Nota Assurantie Beurs jaargang 14. Vgl. 'VNAB blijft waken voor mededingingsregelgeving', *Assurantiemagazine* 2005, nr. 10.
 6 *Information on the Dutch coinsurance market, reaction on the EC DG Competition sectoral inquiry on business insurance* (rapport van februari 2008), Amsterdam: SEO 2008-11.
 7 NMa, het toezeggingsbesluit verzekeringspools, zaak: 5998/546BT55.

8 ACM, verplichte private verzekeringsconstructie voor overstromingsdekkingen, zaak: 7571 waarin het door het Verbond van Verzekeraars voorgestelde verzekeringsproduct om een verplichte overstromingsdekking in Nederland te introduceren in strijd werd bevonden met de mededingingsregels.
 9 J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, afl. 3, p. 107-120; 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: Kluwer 2011, p. 185-224; F. Stancke, 'EU Competition Rules in the Insurance Sector: Be Assured that it is a Different World', *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, Vol. 5, No. 9, p. 656-665.
 10 Dit betreft artikel 102 van het Werkingsverdrag van de Europese Unie (VWEU) alsmede artikel 24 van de Nederlandse Mededingingswet (Mw.). Uitgebreider: J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht, Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. 95-96.
 11 Artikel 101 lid 1 (hoofddregel) en lid 3 (uitzondering) VWEU.
 12 Dit volgt uit de de-minimisbepaling van de Commissie: zie artikel 8 van de Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Werkingsverdrag (*PbEU* 2014, C 291/01).

het marktaandeel van een dergelijke pool blijft binnen de perken van een bepaald percentage op de relevante markt.¹³

In dit artikel zal ik op dit aspect van marktafbakening ingaan, waarbij de opbouw van deze bijdrage is dat eerst (onder 2) de problematiek aan de hand van een voorbeeld wordt verduidelijkt. Vervolgens zal onder 3 het Europese kader voor marktafbakening worden geschetst. Onder 4 wordt de toepassing daarvan in de verzekeringssector besproken. Vervolgens zal onder 5 worden stilgestaan bij de beschikingspraktijk van de Commissie en de marktafbakening in de (groot-zakelijke) schadeverzekeringsmarkt. Paragraaf 6 bevat de conclusie en enige aanbevelingen.

2. De concentratie tussen Miller en Willis

In 2015 vond de overname plaats van Miller Insurance Services LLP (hierna: Miller) door makelaarskantoor Willis waarbij Willis 85% van de zeggenschap verkreeg in Miller.¹⁴ De overname werd vooraf ter goedkeuring voorgelegd aan de Engelse mededingingsautoriteit, de Competition & Markets Authority (hierna: CMA), die onder het toepasselijke Engelse concentratietoezicht de gevolgen van de overname voor de concurrentie op de Engelse markt voor de diensten van assurantietussenpersonen in kaart bracht. De centrale toets daarbij is of de overname de mededinging substantieel beperkt (*Substantial Lessening of Competition*). Richtinggevend daarbij is de mate van marktmacht waarvan de marktaandelen van de partijen op de markt indicatoren zijn. Van belang is dat de CMA eerst de relevante markt af diende te bakenen waarop de macht van de ondernemingen zich uitstrekt. Een drietal aspecten daarvan bespreek ik.

Partijen handelen als makelaars op de Engelse verzekeringsbemiddelingsmarkt. Zij adviseren klanten met betrekking tot diverse risico's/diensten als maritiem, energie, brand, ongeval en beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen en kennen in hun bedrijfsvoering ook het onderscheid tussen deze risicosegmenten. Een van de vraagstukken waar de CMA mee werd geconfronteerd was of de dienstverlening bij de plaatsing van die verschillende risico's tezamen tot een markt moesten worden gerekend of juist niet.¹⁵ Deze keuze voor een samenvoeging dan wel scheiding van diensten bepaalt de berekening van de marktaandelen van partijen en daarmee het oordeel over de toelaatbaarheid van de concentratie. Het instrument dat de CMA hanteert bij de beantwoording van de vraag of de verschillende makelaarsdiensten tot één markt behoren, is de mate waarin deze diensten

voor consument en aanbieder vervangbaar/substutueerbaar zijn. Dit instrument wordt hierna onder 3.1 meer uitgebreid besproken. De ratio erachter is dat wordt bepaald in hoeverre de diensten in een concurrerende verhouding staan tot elkaar, wat de macht van ondernemingen ten aanzien van die diensten begrenst. Stel: – voor de gedachtevorming – dat bananen voor consumenten vervangbaar zijn door appels, dan zal de relevante markt zowel appels als bananen omvatten en zal de marktmacht die wordt gecreëerd door een prijsskartel bij bananen op de markt van fruit worden beperkt door de overstap naar de consumptie van appels.¹⁶ In dit geval stelde de CMA vast dat de diverse risico's waarover een makelaar adviseert en bemiddelt vanwege het specifieke karakter voor de klant niet vervangbaar zijn, zodat op de markt voor makelaarsdiensten een onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende verzekeringsproducten die een makelaar adviseert en waarin hij bemiddelt. Daaraan doet niet af dat makelaars relatief gemakkelijk in meerdere risicosoorten actief kunnen zijn, waardoor zij kunnen concurreren met andere aanbieders op meerdere productsegmenten.¹⁷ De CMA beoordeelde de gevolgen van de concentratie dus afzonderlijk voor de makelaarsdiensten ten aanzien van de risico's maritiem, energie, brand, ongeval en beroepsaansprakelijkheid; de risico's waarin partijen elkaar het meeste overlaptten. Vanwege het feit dat deze aldus beperkte marktafbakening, gelet op het marktaandeel, de uiteindelijke beoordeling van de concentratie niet beïnvloedde, hoefde de CMA overigens de markt niet nauwkeurig te definiëren.¹⁸

Een tweede aspect dat aandacht verdient, betreft de vraag of 'direct writing' – het zonder tussenpersoon afsluiten van een verzekering – als afzonderlijke markt moet worden gezien vergeleken met de distributie van een verzekering via het intermediair van makelaars en andere tussenpersonen. Concreet houdt dit de vraag in of bij de beoordeling van de marktmacht van Willis en Miller op de markt voor verzekeringsbemiddeling, die markt tevens de spelers omvat die als risicodragers direct een verzekeringsovereenkomst met de klant sluiten. Partijen menen dat de relevante markt ruim moet worden gezien en dus beide verzekeringsvormen omvat. De CMA stelt daarentegen dat klanten bewust ervoor kiezen hun risico door tussenkomst van een makelaar te verzekeren in plaats van zelf direct een verzekeringsovereenkomst te sluiten. De CMA beoordeelt de concentratie

13 De Verordening (EU) 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); artikel 5-7 van deze Verordening duiden specifiek de drempels aan voor het marktaandeel van de pool op de relevante markt. De vraag in hoeverre pools toelaatbaar zijn onder het mededingingsrecht laat ik in deze bijdrage rusten.

14 CMA beslissing van 21 mei 2015, Anticipated Acquisition of Willis Group Holdings of Miller Insurance Services LLP, ME/6512-15.

15 CMA beslissing van 21 mei 2015, Anticipated Acquisition of Willis Group Holdings of Miller Insurance Services LLP, ME/6512-15, punten 53-64.

16 In het arrest HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, *Jur.* 1978, blz. 207, p.274-275 (*United Brands*) kwam het Hof tot de conclusie dat bananen een aparte relevante markt vormen ten opzichte van ander fruit zoals appels.

17 Op dit punt van aanbodsstitutie zal later in deze bijdrage uitvoeriger worden ingegaan. Vgl. op dit punt: OFT decision in ME/4424/10, *Anticipated acquisition by March and McLennan Companies Inc of HSBC Insurance Brokers Limited (2012)* (Marsh/HSBC) en OFT's decision in case ME/3884/08, *Anticipated acquisition by Aon Corporation of Benfield Group Limited (Aon/Benfield)*.

18 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.

daarom alleen op de markt voor verzekeringsdistributie via het intermediair met uitsluiting van directe verkoop aan klanten door verzekeraars.¹⁹

Ten slotte sta ik stil bij het onderscheid dat de CMA maakt tussen de verzekeringsmarkt Lloyds (hierna: Lloyds) en de reguliere Londense verzekeringsmarkt (de London Company Market genoemd). De CMA overweegt dat voor het opereren op Lloyds een makelaar aan een aantal registratievereisten moet voldoen, waarmee automatisch ook toegang wordt verleend tot de London Company Market. Willis en Miller menen dat de markt ruim moet worden gezien en dus zowel Lloyds als de London Company Market omvat. De CMA stelt daarentegen op grond van klantenonderzoek vast dat klanten een duidelijk onderscheid maken tussen beide markten wat rechtvaardigt Lloyds als afzonderlijke markt te beschouwen. Het feit dat makelaars veelal actief zijn op beide verzekeringsmarkten of gemakkelijk tot Lloyds (zouden) kunnen toetreden, doet daaraan geen afbreuk. Ook hier geldt overigens dat vanwege het feit dat zelfs de nauwste marktafbakening, gelet op het marktaandeel, de uiteindelijke beoordeling van de concentratie niet beïnvloedt, de CMA de markt niet nauwkeurig hoefde te definiëren.²⁰

Deze drie aspecten waarmee de CMA bij de marktafbakening in dit concrete geval werd geconfronteerd illustreren welk soort (casuïstische) vraagstukken bij marktafbakening naar voren komen. Zij laten tevens zien dat de bepaling van de relevante markt in een concreet geval niet eenvoudig is en steeds afhankelijk kan zijn van factoren zoals substituëerbaarheid, consumentenvoorkeur en bepaalde toetredingsdrempels. De CMA concludeerde in deze zaak dat het gecombineerde marktaandeel van de partijen door de voorgenomen overname relatief klein bleef, en dat er voldoende concurrenten op de markt overbleven, waardoor er geen substantiële belemmering was van de mededinging op de relevante markt als gevolg van de concentratie. Hoewel dit een zaak is die werd beoordeeld onder het Engelse concentratietoezicht, is deze eveneens van belang voor de bepaling van de relevante verzekeringsmarkt in Nederland, omdat zowel het Engelse als het Nederlandse mededingingsrecht op dit punt op dezelfde Europeesrechtelijke regels geënt is.²¹

3. Theoretisch kader voor marktafbakening

De Europeesrechtelijke handvatten voor marktafbakening zijn te vinden in de Bekendmaking inzake de relevante markt van de Commissie.²² Deze beleidsregels vormen het algemene kader voor de marktafbakening en zullen, gelet op de nauwe aansluiting van het nationale mededingingsrecht bij de Europese mededingingsregels²³, ook voor de Nederlandse praktijk van belang zijn. Bij de bepaling van de relevante markt wordt in de bekendmaking een onderscheid gemaakt tussen de relevante product- en geografische markt.²⁴ Bij beide elementen van de marktafbakening zal hieronder worden stilgestaan.

3.1 De relevante productmarkt

De Commissie omschrijft de relevante productmarkt als de markt die alle producten en diensten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substituëerbaar worden beschouwd.²⁵ Bij de vaststelling van de relevante productmarkt is de centrale vraag daarmee welke producten, gelet op prijzen, productkenmerken- en gebruik, ten opzichte van elkaar in een concurrerende verhouding staan. Daarbij dient het vertrekpunt altijd te liggen bij het product of de dienst ten aanzien waarvan mededingingsproblemen worden geconstateerd.²⁶ Stel: – voor de gedachtevorming – dat verzekeraar X wordt beschuldigd van het vragen van een onbillijke premie voor een opstalverzekering dan dient bij dat verzekeringsproduct het vertrekpunt te liggen bij de vaststelling van de relevante productmarkt. Is er sprake van een productmarkt voor opstalverzekeringen of behoort een aanverwante dienst als een inboedelverzekering tot dezelfde relevante productmarkt?

Het kernelement dat een rol speelt bij de bepaling van de relevante productmarkt, maar ook aan bod komt bij de bepaling van de (hierna te bespreken) relevante geografische markt, is de mate van vervangbaarheid van een product of dienst. Indien producten vervangbaar zijn, behoren zij in beginsel tot dezelfde relevante markt. Producten of diensten kunnen voor zowel vragers als aanbieders vervangbaar zijn. Er wordt daarom gesproken van vraag- en aanbodsubstitutie. De Commissie hecht in haar bekendmaking de meeste waarde aan de vraagsubstitutie aangezien die het meest disciplinerend werkt voor ondernemingen.²⁷

19 Ook hier vermeldt de CMA dat vanwege het feit dat zelfs de nauwste marktafbakening de uiteindelijke beoordeling van de concentratie niet beïnvloedt, de markt niet nauwkeurig hoeft te worden gedefinieerd. Zie CMA beslissing van 21 mei 2015, Anticipated Acquisition of Willis Group Holdings of Miller Insurance Services LLP, ME/6512-15, punt 38.

20 CMA beslissing van 21 mei 2015, Anticipated Acquisition of Willis Group Holdings of Miller Insurance Services LLP, ME/6512-15, punt 52.

21 De beslissing is van belang voor de Nederlandse praktijk omdat het mededingingsrecht van de lidstaten van de Europese Unie dat afgeleid is van het Europese mededingingsrecht in beginsel niet strenger of soepeler dan dat zal worden toegepast. Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24707, nr. 3, p. 10 (MVT). Dit volgt ook uit het systeem van Verordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels. Vgl. R. Whish & B. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2010, p. 27.

22 Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*PbEG* 1997, C 372), par. 2. Hierna: bekendmaking inzake de relevante markt. Kritisch ten aanzien van deze bekendmaking toont zich Van den Bergh in zijn bijdrage aan de 29^e zitting van het Asser Colloquium Europees Recht, zie R.J. Van den Bergh, 'Hoe relevant is de relevante markt? Een rechtseconomische visie op methoden en technieken van marktafbakening in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht', in: *Europees kartelrecht. Gedecentraliseerd? – het witboek* –. Den Haag, T.C.M. Asser Instituut 2000, p. 27-54.

23 Zie noot 21.

24 Bekendmaking relevante markt, paragraaf 7.

25 Bekendmaking relevante markt, paragraaf 7.

26 J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht, Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. 9.

27 Bekendmaking inzake de relevante markt, r.n. 13.

Bij de substitueerbaarheid aan de vraagzijde wordt beoordeeld of een product of dienst voor de consument vervangbaar is. Om deze vervangbaarheid vast te stellen wordt een economische test gebruikt. De *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP)-test. Deze werkt als volgt: stel dat een producent een geringe maar duurzame prijsverhoging doorvoert (doorgaans tussen de 5-10%). Leidt dit ertoe dat consumenten hun koopgedrag aanpassen en switchen naar een ander product, zodat de prijsverhoging onrendabel wordt gemaakt? Wanneer het antwoord bevestigend is, zullen die producten worden opgenomen in de relevante markt. De SSNIP-test wordt ook wel de hypothetische monopolietest genoemd omdat het feit dat een onderneming zijn prijs winstgevend kan verhogen, betekent dat er geen concurrentiebelemmering bestaat.²⁸

Hoewel de substitueerbaarheid aan de vraagzijde bij de marktafbakening voorop staat, kan volgens de Commissie eveneens rekening worden gehouden met de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde wanneer de gevolgen ervan in doelmatigheid en directheid vergelijkbaar zijn met die van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde.²⁹ Het gaat bij de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde om het gemak waarmee aanbieders hun productieproces kunnen uitbreiden tot andere producten. Indien een aanbieder zonder aanzienlijke bijkomende kosten te maken of een risico te lopen door een eventuele prijsverhoging, zijn productieproces kan uitbreiden met andere producten, dan kunnen die producten worden opgenomen in de relevante productmarkt.³⁰ Of, anders geformuleerd, indien concurrenten gemakkelijk kunnen toetreden tot de markt waarop een dominante onderneming of een kartel van ondernemingen opereert, zal een prijsverhoging van die dominante speler(s) ten aanzien van een bepaald product sneller onrendabel worden gemaakt. Factoren aan de aanbodzijde kunnen daarmee, naast vraagfactoren, het mededingings-beperkende gedrag van een onderneming begrenzen.

Een voorbeeld: verzekeraars, met name van standaardproducten, zullen in veel gevallen ook buiten de segmenten waarin zij actief zijn aanverwante producten kunnen aanbieden zonder grote investeringen. Zo zal een verzekeraar die beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen voor advocaten aanbiedt, gemakkelijk zijn dienstenpakket kunnen uitbreiden met verzekeringsproducten voor notarissen, makelaars en accountants. Verdedigbaar kan daarom zijn, zeker indien het standaardrisico's betreft, dat de relevante verzekeringsproductmarkt op grond van de aanbodsubstitutie ruim moet worden afgebakend.³¹

3.2 De relevante geografische markt

Ook in geografisch opzicht dient de markt afgebakend te worden. In haar bekendmaking stelt de Commissie dat de relevante geografische markt het gebied is 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.³² Het gaat dus om het definiëren van een geografisch gebied waarbinnen de voorwaarden waaronder de concurrentie plaatsvindt, gelijk zijn, terwijl in het gebied daarbuiten de voorwaarden duidelijk anders zijn.³³ De toets is daarmee dat bepaald moet worden welke locaties met elkaar concurreren. 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. Praktische, juridische en technische factoren zijn dus van belang bij het bepalen van de relevante geografische markt. Evenals bij de bepaling van de relevante productmarkt geldt dat bij de relevante geografische markt gebruik kan worden gemaakt van de substitutie aan de vraag- en aanbodzijde. 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 moeten worden tot de relevante geografische markt. Illustratief is in dit kader de onder 2 genoemde concentratie tussen Willis en Miller waarbij de CMA op grond van de klantenvoorkeur de geografische markt beperkte tot het Verenigd Koninkrijk.³⁴

4. Toepassing in de verzekeringssector

4.1 Wisselende uitkomsten

Zoals de onder 2 geschetste overname van Miller door Willis reeds illustreerde, roept marktafbakening in verzekeringszaken de nodige vragen op. De oorzaak daarvan is naar mijn mening vooral gelegen in de onduidelijke toepassing van de instrumenten voor marktafbakening die de Commissie aanreikt. Bij de bepaling van de relevante markt in de verzekeringssector geldt dat in beginsel zowel de door de Commissie aangehaalde vraag- als aanbodsubstitutie van belang zijn. Toepassing van deze instrumenten leidt echter op het eerste gezicht tot wisselende uitkomsten. Op grond van de vraagsubstitutie kan de verzekeringssector immers worden

28 R. Whish & B. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2010, p. 31-32.

29 Bekendmaking inzake de relevante markt, r.n. 20.

30 J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht, Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. 10.

31 Vgl. 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, p. 13; J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, p. 113.

32 Bekendmaking relevante markt, paragraaf 8.

33 J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht, Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. 11.

34 CMA beslissing van 21 mei 2015, Anticipated Acquisition of Willis Group Holdings of Miller Insurance Services LLP, ME/6512-15, punten 67-69. Vgl. A. Lista, *EU Competition Law and the Financial Services Sector*, Lloyds Commercial Law Library 2013, p. 86; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6957 (If P&C/Topdanmark) van 23 september 2013; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6521 (Talanx International/Meiji Yasuda Life Insurance/Warta) van 4 april 2012; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6053 (CVC/Apollo/Brit Insurance) van 19 januari 2011; beschikking van de Commissie, Comp/M.7233 (Allianz/UnipolSai) van 10 juni 2014, r.n. 20-22.

ingedeeld in zoveel verschillende productmarkten als er verschillende risico's worden gedekt vanwege het gegeven dat ieder verzekeringsproduct voorziet in een specifieke verzekeringsbehoefte, waardoor de mate van vervangbaarheid gering is.³⁵ Anderzijds – op grond van aanbods substitutie – pleit het feit dat verzekeraars relatief gemakkelijk hun bestaande productenaanbod zouden kunnen uitbreiden met 'verwante' diensten, ervoor dat die 'verwante' verzekeringsproducten in dezelfde relevante productmarkt worden opgenomen, ten aanzien waarvan de concurrentie dient te worden beoordeeld.

De verzekeringspraktijk waarin verzekeraars en assurantie-tussenpersonen vaak actief zijn in het aanbieden van verschillende soorten verzekeringsdiensten en het feit dat de (standaard)voorwaarden van verzekeringen veel overlap kennen, zijn bovendien argumenten vanuit de aanbodzijde om te bepleiten dat de concurrentie ten aanzien van meerdere producten tezamen moet worden bekeken.

Enkele auteurs hebben zich dan ook op het standpunt gesteld dat bij de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt meer waarde zou moeten worden gehecht aan de substitutie aan de aanbodzijde.³⁶ De praktische relevantie is daarbij vooral gelegen in het feit dat daardoor verzekeringsmarkten ruimer kunnen worden afgebakend dan het geval zou zijn wanneer uitsluitend wordt uitgegaan van de vraagsubstitutie, waardoor mededingingsbezwaren gemakkelijker uit de weg kunnen worden geruimd.

4.2 Toezeggingsbesluit Verzekeringpools NMa

In het verleden heeft de NMa een toezeggingsbesluit genomen over de toelaatbaarheid van verzekeringpools op de verzekeringsmarkt dat een aardig beeld geeft van de problematiek.³⁷ Aan de orde was de vraag of een door verzekeraars gevormde pool voor aansprakelijkheidsverzekeringen voor notarissen strijdig was met het mededingingsrecht. Het mededingingsbezwaar bestond daaruit dat de pooldeelnemers gezamenlijk één uniform product aanboden en met hun product een groot marktaandeel hadden. Door dat grote marktaandeel viel de pool niet onder de Europese groepsvrijstelling voor verzekeringpools, waarin een marktaandeeldrempel van 20% werd gehanteerd. Partijen deden toezeggingen om de poolafspraken die zij onderling hadden gemaakt (ook voor pools gevormd voor de dekking van aansprakelijkheidsverzekeringen van advocaten, accountants en makelaars/assurantie-tussenpersonen) binnen de voorwaarden van de Europese GVO te brengen. In dat kader speelde de vraag of de relevante markt enkel de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen voor notarissen omvatte of ruimer moest worden getrokken en tevens be-

trekking had op aansprakelijkheidsverzekeringen voor beroepen als advocaten en accountants. De NMa sloot in haar eindoordeel aan bij een parallelle Duitse procedure waarin was geoordeeld dat er sprake was van één markt voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen die verschillende beroepen zoals advocaten en accountants omvatte.³⁸ Hoewel die aanknopng bij Duitsland vanuit eenvormige uitleg van de lidstaten van het Europese recht te begrijpen is, valt lastig in te zien waarom de NMa niet juist heeft geprobeerd om naar de Europese beschikkingspraktijk te kijken.

4.3 Protocol voor intermediaire pools

Naar aanleiding van het hierboven aangestipte toezeggingsbesluit heeft het Verbond het (dwingende) Protocol voor intermediaire pools (hierna: het Protocol) uitgevaardigd. Intermediaire pools zijn:

'samenwerkingsverbanden voor 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.'³⁹

Voor de toelaatbaarheid van intermediaire pools onder het Protocol is – aanknopend bij de Europese GVO voor de verzekeringssector – bepalend welk marktaandeel de pool inneemt op de relevante markt. Intermediaire pools met een marktaandeel van meer dan 20% op de relevante markt, dienen volgens artikel 3 van het Protocol maatregelen te nemen om dit marktaandeel te verkleinen dan wel de pool te beëindigen. De vraag in hoeverre het Protocol overeenstemt met het Europese mededingingsrecht laat ik in de deze bijdrage rusten.⁴⁰ Ik wil enkel ingaan op het aspect van de relevante markt, waarop in de toelichting bij het Protocol wordt ingegaan. Er wordt vooral waarde gehecht aan de aanbods substitutie waardoor de relevante markt voor standaardverzekeringen als ruim moet worden aangemerkt. Merkwaardig is daarom dat voor de toepassing van het Protocol toch van een vrij beperkt begrip van de relevante markt wordt uitgegaan. De reden daarvoor is dat enerzijds de veilige marge ruim wordt genomen en anderzijds omdat in de praktijk aan een ruimer marktbegrip eigenlijk geen behoefte bestaat. Bij de bepaling van de relevante markt wordt voor de toepassing van het Protocol dan ook uitgegaan van voor de bedrijfstak zelf herkenbare productmarkten: iedere verzekeraar die op een van deze productmarkten actief is, kan zonder grote investeringen reageren op een nieuw product dat op deze productmarkt wordt uitgebracht. Anders

35 Vgl. beschikking van de Commissie, Comp/M. 7233 (Allianz/Unipolsai) van 10 juni 2014, r.n. 9-10 (met verdere verwijzingen).

36 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, p. 13 en J.C.M. Van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, p. 7.

37 NMa, het toezeggingsbesluit verzekeringspools, zaak: 5998/546BT55. Het besluit werd gegeven voor de periode 30 december 2010 tot en met 31 december 2013, en is dus niet meer geldend.

38 Uitspraak van 17 september 2008 van het Oberlandesgericht Düsseldorf, Zaak VI-Kart 11/07(V), bekrachtigd door de uitspraak van 23 juni 2009 van het Bundesgerichtshof in zaak KVR 57/08. Vgl. *Protocol voor intermediaire pools*, Verbond van Verzekeraars 2010, pag. 5/6.

39 *Protocol voor intermediaire pools*, Verbond van Verzekeraars 2010, artikel 1 sub c.

40 Daarover (kritisch): J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, p. 14.

gezegd: de verzekeringsproducten binnen de drie hieronder opgesomde markten zijn dusdanig ‘verwant’ aan elkaar dat zij in de ogen van het Verbond tot eenzelfde markt behoren. Het Protocol maakt de volgende driedeling in productmarkten:

- a. productmarkten in verband met brandverzekeringen en aanverwante risico's voor woonhuis, inboedel, kostbaarheden (samen zogenaamde particuliere brandrisico's), gebouwen, inventaris goederen, reconstructiekosten, bedrijfsschade en milieuschade (samen de zogenaamde bedrijfsmatige brandrisico's);
- b. productmarkten in verband met transportverzekeringen en aanverwante risico's voor binnenvaartschepen, pleziervaartuigen, woonboten, werkmaterieel, transport van goederen, vervoerdersaansprakelijkheid en transport/montage;
- c. productmarkten in verband met variaverzekeringen voor motorrijtuigen (zowel WA als casco), caravan, aansprakelijkheid particulieren (AVP), aansprakelijkheid bedrijven (AVB), aansprakelijkheid juridische-, fiscale-, financiële- en economische advies beroepen (JFFE-BAV) 2, aansprakelijkheid overige beroepen (BAV), aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen (D&O), reis- en/of annulering, machinebreuk en/of machinebreuk bedrijfsschade(inclusief computer), CAR, arbeidsongeschiktheid, ongevallen en ziekteverzuim.

4.3 Tussenconclusie

Hiermee is in ieder geval enige duidelijkheid gegeven, maar er resteren veel vragen. Zo is het (niet meer geldende) toezeggingsbesluit als het Protocol niet duidelijk over de precieze bepaling van de relevante markt in de verzekeringsbranche. Van der Beek en Japon merkten reeds op dat in het Protocol onduidelijk is of de drie genoemde categorieën elk als afzonderlijke markt moeten worden gezien, dan wel of iedere categorie uiteen kan vallen in verschillende relevante productmarkten.⁴¹ Gelet op het toezeggingsbesluit van de NMA is immers voorstelbaar dat er een aparte markt bestaat voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen en er dus een subcategorie bestaat binnen de productmarkt voor variaverzekeringen (categorie c). Ook onduidelijk is hoe de afbakening van de relevante verzekeringsproductmarkt van standaardrisico's zich verhoudt tot de bepaling van de relevante verzekeringsmarkt van grote, commerciële risico's en; in hoeverre het zelfregulerende Protocol zich in haar aansluiting bij het instrument van aanbods substitutie verenigd met het Europese mededingingsrecht.

In de volgende paragraaf zal aan de hand van de beschikkingspraktijk van de Commissie worden getracht aanknopingspunten te vinden die helpen bij het formuleren van een antwoord op de vraag hoe marktafbakening in de verzekeringssector dient plaats te vinden.

41 J.C.M. van der Beek & J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector', *AV&S* 2011/12, p. 118.

5. De beschikkingspraktijk van de Commissie

5.1 De door de Commissie gegeven driedeling

Uit de beschikkingen van de Commissie blijkt dat er drie categorieën van verzekeringsmarkten worden onderscheiden: niet-levensverzekeringen (gemakshalve door mij aangeduid als schadeverzekeringen), levensverzekeringen en herverzekeringen.⁴² Naast deze driedeling maakt de Commissie voor wat betreft de relevante productmarkt ook nog een onderscheid tussen de markt waarop de aanbieders van verzekeringen actief zijn en de markt voor de verzekeringsdistributie (de kanalen waardoor de verzekeringsproducten aan de consument worden aangeboden).⁴³ Ik beperk me in deze paragraaf tot een bespreking van de afbakeningsperikelen die een rol spelen binnen de schadeverzekeringsmarkt en de grootzakelijke schadeverzekeringsmarkt, de coassurantiemarkt. Hier ga ik hierna onder 5.2 en 5.3. op in.⁴⁴

5.2 Schadeverzekeringsmarkt

Zoals gezegd is het uitgangspunt dat de schadeverzekeringsmarkt een opzichzelfstaande markt is, te onderscheiden van levens- en herverzekeringen. De relevante vraag die vervolgens rijst, is of er binnen de schadeverzekeringsmarkt nog sub-segmenten bestaan waarop de mededinging afzonderlijk moet worden geanalyseerd. Met andere woorden: omvat de schadeverzekeringsmarkt alle soorten risico's of vormen aparte risico's afzonderlijke productmarkten? Voor de gedachtevorming: is de door het Protocol gemaakt driedeling in productmarkten in het licht van de door de Commissie gegeven beschikkingen, juist of dient er een verder onderscheid binnen die markten te worden gemaakt?

De Commissie heeft in haar beschikkingen in het kader van het concentratietoezicht, waaronder *AXA/Winterthur*⁴⁵, *Generali/PPF Insurance Business*⁴⁶ en *Talanx/International/Meiji Yasuda Life Insurance/Warta*⁴⁷ de lijn uitgestippeld waarin zij steeds het onderscheid maakt binnen de schadeverzekeringsmarkt tussen de sectoren: i) ongeval en ziekte; ii) motorrijtuigen; iii) eigendom; iv) maritiem, luchtvaart en transport; v) aansprakelijkheid; vi) krediet en zekerheid; en vii) reisverzekeringen.⁴⁸ Illustratief is de recente zaak

42 Deze indeling wordt gegeven onder het concentratietoezicht, zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie, COMP/M.7478 (*Aviva/Friends Life/Tenet*) van 13 maart 2015, r.n. 12 maar is eveneens bruikbaar voor de toepassing van de andere mededingingsrechtelijke verboden (zie HR 18 december 2009, *NJ* 2010/140, m.nt. M.R. Mok).

43 Beschikking van de Commissie, COMP/M.7233 (*Allianz/ UnipolSai Assicurazioni*) van 10 juni 2014, r.n. 8 en Beschikking van de Commissie, COMP/M.6957 (*IF P&C/Topdanmark*) van 23 september 2013, r.n. 15.

44 Een bespreking van de afbakening binnen de levensverzekeringsmarkt blijft dus achterwege. Daarvoor verwijs ik naar de beschikking van de Commissie, nr. COMP/M.6883 (*Canada Life/Irish Life*) van 31 mei 2013, r.n. 9-21 en Beschikking van de Commissie, nr. COMP/M.7478 (*Aviva/Friends Life/Tenet*) van 13 maart 2015, r.n. 12-27. Ook zal niet worden stilgestaan bij de afbakening van de herverzekeringsmarkt.

45 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 4284 (*AXA/Winterthur*) van 28 augustus 2006.

46 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 4701 (*Generali/PPF Insurance Business*) van 3 december 2007, r.n. 22-23 waarin Generali een beroep deed op de verschillende verzekeringssegmenten onder Tsjechisch recht.

47 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6521 van 4 april 2012.

48 Beschikking van de Commissie, Comp/M.7233 (*Allianz/ UnipolSai*) van 10 juni 2014, r.n. 11.

Allianz/Unipolsai waarin Allianz aanvoerde dat de 18 verschillende soorten verzekeringssegmenten onder Italiaans recht zijn te hergroeperen in deze door de Commissie gehanteerde sectorindeling.⁴⁹ In die zaak baseert de Commissie haar marktanalyse vervolgens op de marktaandeelen van partijen binnen de door hen aangereikte specifieke risico categorieën naar Italiaans recht. Zo blijkt het aandeel van partijen als gevolg van de concentratie in het segment 'aansprakelijkheidsverzekeringen voor schepen' toe te nemen in een marge tussen 0-5%.

Ook in andere beschikkingen van de Commissie – waaronder: *Generali/Ina*⁵⁰ en *Allianz/Gan Eurocourtage*⁵¹ – zien we vaak dat de Commissie, voor wat betreft de afbakening van de relevante markt, verwijst naar in de lidstaten gehanteerde verzekeringsclassificaties, alsmede nationale beschikkingen van toezichthouders en die marktindelingen gebruikt in haar mededingingsanalyse.⁵² De achterliggende reden hiervoor is dat de lidstaten in hun nationale voorschriften aansluiten bij de Europese regels. Op grond van deze beschikkingspraktijk is dus verdedigbaar dat de Commissie oog heeft voor de in het Protocol gevolgde driedeling in productmarkten. De Commissie gaat echter uit van smallere – dus: specifiekere productmarkten – indien dat noodzakelijk is, wat bijvoorbeeld het geval is bij grote, commerciële risico's. Voor wat betreft standaardrisico's is het dus *waarschijnlijker* dat er sprake is van ruimere productmarkten dan bij grote risico's. Specifiekere marktafbakening vindt, getuige de beschikkingspraktijk van de Commissie, met name plaats in het verzekeringssegment 'Maritiem, luchtvaart en transport'. Zo was er in de zaak *Helvetia/GEC* binnen het segment transportverzekering sprake van de sub-segmenten: 'marine hull', 'cargo' en 'transport liability insurance'.⁵³ Ook in de *Berkshire/Hathaway/Munich Re/Gaum*-beschikking wordt beargumenteerd dat de luchtvaartverzekeringsmarkt een aparte relevante productmarkt kent voor ruimte/satellietrisico's.⁵⁴ Op basis van deze door de Commissie uitgestippelde lijn is dus voorstelbaar dat grotere risico's als aan de orde in de transportverzekering-, luchtvaart en maritieme wereld, vanwege dit bijzondere karakter, als afzonderlijke markten worden beschouwd in het mededingingsrecht.

Over de geografische marktafbakening in verzekeringszaken is de Commissie veelal duidelijk: de verzekeringsmarkt

heeft een nationale reikwijdte.⁵⁵ Dat heeft onder meer te maken met de gevestigde marktstructuren die per land verschillen, de noodzaak voor adequate distributiekanaalen, fiscale beperkingen in landen en verschillen in nationaal toezicht.⁵⁶ Wel geeft zij aan dat voor wat betreft grote commerciële risico's voor multinationals in de sector maritiem, luchtvaart en transport waarschijnlijk de geografische markt ten minste de Europese Economische Ruimte omvat.⁵⁷ Ook voor de herverzekeringmarkt geldt dat vanwege het grootschalige karakter van die markt, de geografische reikwijdte wereldwijd is.⁵⁸ Aangezien dergelijke grote risico's voornamelijk in de groot-zakelijke verzekeringsmarkt worden verzekerd, zal bij dat aspect hieronder worden stilgestaan.

5.3 Groot-zakelijke verzekeringsmarkt

In de vorige paragraaf is aandacht besteed aan de schadeverzekeringsmarkt vanuit het perspectief van de verzekering van standaardrisico's die meestal bij één verzekeraar worden geplaatst in de provinciale verzekeringsmarkt. Grote, in de regel commerciële, risico's worden echter doorgaans op basis van coassurantie, 'ter beurze', verzekerd.⁵⁹ Voor de op dit gebied niet-ingewijde lezer wordt deze verzekeringsvorm op deze plaats kort verduidelijkt.

5.3.1 Coassurantie

Coassurantie is een vorm van risicospreiding die gebaseerd is op het als verzekeraar dragen van (niet meer dan) een deel van het risico.⁶⁰ Veelal gaat het in co-assurantie om risico's die te groot of te complex zijn om door één verzekeraar voor 100% te worden geaccepteerd. De tussenpersoon – binnen de co-assurantiemarkt is dat de assurantiemakelaar – brengt het risico dat de klant wil verzekeren op de assurantiebeurs daarom onder bij een aantal verzekeraars welke ieder voor een deel tekenen.

49 Beschikking van de Commissie, Comp/M.7233 (*Allianz/UnipolSai*) van 10 juni 2014, r.n. 13-14.

50 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 1712 (*Generali/Ina*) van 12 januari 2000.

51 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6649 (*Allianz/Gan Eurocourtage*) van 23 juli 2012, r.n. 11-12.

52 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6649 (*Allianz/GEC*) van 23 juli 2012, r.n. 12; Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6649 (*Allianz/Gan Eurocourtage*) van 23 juli 2012, r.n. 12.

53 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6694 (*Helvetia/GEC*) van 9 november 2012, r.n. 10-16.

54 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 5010 (*Berkshire/Hathaway/Munich Re/Gaum*) van 14 juli 2008, r.n. 24-27.

55 A. Lista, *EU Competition Law and the Financial Services Sector*, Lloyds Commercial Law Library 2013, p. 86; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6957 (*If P&C/Topdanmark*) van 23 september 2013; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6521 (*Talanx International/Meiji Yasuda Life Insurance/Warta*) van 4 april 2012; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6053 (*CVC/Apollo/Brit Insurance*) van 19 januari 2011; beschikking van de Commissie, Comp/M.7233 (*Allianz/UnipolSai*) van 10 juni 2014, r.n. 20-22.

56 A. Lista, *EU Competition Law and the Financial Services Sector*, Lloyds Commercial Law Library 2013, p. 86.

57 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 6957 (*If P&C/Topdanmark*) van 23 september 2013; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6521 (*Talanx International/Meiji Yasuda Life Insurance/Warta*) van 4 april 2012; beschikking van de Commissie, Comp/M. 6053 (*CVC/Apollo/Brit Insurance*) van 19 januari 2011. Vgl. COM(2007)556 def, *Sectoraal onderzoek overeenkomstig artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de mededingings-situatie in de sector zakelijke verzekeringen* (Eindverslag), par. 5 waaruit blijkt dat een belangrijke factor die de nationale reikwijdte bepaald het feit is dat verzekeringsovereenkomsten gesloten worden op basis van en onderworpen zijn aan het verbintenissenrecht en de verzekeringswetgeving van de desbetreffende lidstaat, en dat aansprakelijkheidskwesties eveneens onder het nationaal recht vallen, dat per jurisdictie aanmerkelijk kan verschillen.

58 A. Lista, *EU Competition Law and the Financial Services Sector*, Lloyds Commercial Law Library 2013, p. 89.

59 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/63.

60 Vgl. P.L. Soeteman, 'Mededinging en coassurantie: een overzicht en bijdrage aan de discussie', in: *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht* (verzekeringsrecht 2010/6).

5.3.2. *Productaspecten*

De vraag die in het kader van deze bijdrage rijst is of coassurantie als een afzonderlijke markt kan worden gezien in het licht van het mededingingsrecht. In feite betreft dit de vraag of binnen een bepaalde verzekeringsmarkt een afzonderlijke mededingingsrechtelijke beoordeling dient plaats te vinden naar het type tekening; ter beurze in coassurantie of in de provinciale markt.

De beschikkingspraktijk bevat hierover geen aanknopingspunten. Uit nationaal onderzoek van SEO naar de Nederlandse coassurantiemarkt blijkt dat binnen coassurantie wel een onderscheid wordt gemaakt tussen het marktsegment voor de grote internationale ondernemingen en het segment van middelgrote bedrijven. Eveneens vinden we, zoals in het Protocol, het onderscheid in de branches brand, transport en varia. De vraag of coassurantie überhaupt afzonderlijk kan worden gezien, wordt daarmee echter gepasseerd. Gerrits meent bijvoorbeeld wel dat op de coassurantiemarkt doorgaans als aparte markten hebben te gelden de markten voor industriële en commerciële brand-, technische-, aansprakelijkheids- en transportverzekeringen (met mogelijk nog een onderscheid naar beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen binnen de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen), maar laat zich niet uit over de precieze reikwijdte van de coassurantiemarkt ten opzichte van de provinciale verzekeringsmarkt. Borgesius leidt uit de Nederlandse beschikkingspraktijk van de NMa af dat niet kan worden uitgesloten dat er een aparte markt bestaat voor (schade)coassurantie met mogelijk een onderscheid naar beurs- en pooltekening.⁶¹

Ik zal hieronder enkele factoren opsommen die naar mijn mening van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of coassurantie een afzonderlijke relevante markt vormt:

- a. Vanuit vraagzijde-perspectief is coassurantie een specifieke verzekeringsvorm die voordelen meebrengt boven het sluiten van een verzekering bij één verzekeraar. Hoewel er weinig onderzoek bestaat naar de economische voordelen van coassurantie boven enkele plaatsing⁶², is voorstelbaar dat voor de grote tot gemiddelde klant die zijn risico in coassurantie wenst te verzekeren en zich daartoe wendt tot een beursmakelaar, de provinciale verzekeringsmarkt een minder gunstig alternatief is. Voor zeer grote, commerciële risico's is zelfs voorstelbaar dat er geen alternatief is naast coassurantie, zodat er geen substitutie met een andere verzekeringsvorm mogelijk is. Dit kan voor middelgrote bedrijven anders liggen omdat gegeven het overzichtelijkere risico ten opzichte van internationals, ook de keuze voor de provinciale markt voorhanden is.

- b. Wat pleit voor een afzonderlijke productmarktbevestiging is dat, naast de specifieke verzekeringsbehoefte van de klant, om dergelijke grote risico's te kunnen verzekeren bij de verzekeraar en of makelaar specialistische kennis en expertise noodzakelijk is. Veelal is zelfs samenwerking in zogenaamde coassurantiepools noodzakelijk om verzekeringsdekking te kunnen aanbieden. Voorstelbaar is dan ook dat de concurrentie zich vanwege deze specifieke aanbodfactoren, afspeelt op de markt voor coassurantie, wat een afzonderlijke markt rechtvaardigt.
- c. Voorstelbaar is eveneens dat binnen de coassurantiemarkt sprake is van meerdere productmarkten waar het gaat om grote, commerciële risico's. Steun voor dit standpunt is te vinden in de beschikking *Berkshire/Hathaway/Gaum* waarin ik de overweging aantref dat grote commerciële risico's *waarschijnlijk* telkens tot een afzonderlijke productmarkt behoren.⁶³ In die zaak betrof het luchtvaartverzekeringen waarvoor dusdanige kennis en expertise benodigd was dat er sprake was van een afzonderlijke markt die niet concurreert met andere producten.
- d. Aanbieders in de coassurantiemarkt zijn grote verzekeraars en makelaars, actief in zowel coassurantie als de provinciale markt.⁶⁴ Zij kunnen dus zonder enige kosten of investeringen ervoor kiezen een risico met elkaar of individueel te verzekeren. Andersom is het relatief gemakkelijk om als verzekeraar of makelaar toe te treden tot de coassurantiemarkt.⁶⁵ Daardoor is de aanbods substitutie ruim, hetgeen pleit voor een markt die zowel coassurantie als provinciaal omvat.

Deze opsomming laat zien dat het niet gemakkelijk is om te kunnen stellen dat aan coassurantie een afzonderlijke (product)marktstatus kan worden toegekend. De marktafbakening in de grootzakelijke verzekeringsmarkt ligt genuanceerd. Ondanks de specifieke verzekeringsbehoeften, zullen factoren als het soort klant (multinational of kleinere ondernemingen), het verzekerde risico (maritieme, transport of luchtvaartrisiko's rechtvaardigen in het algemeen meer specifieke productmarkten) en de omstandigheden van het geval worden 'meegewogen' bij de afbakening van de relevante productmarkt.

Op grond van de specifiekere verzekeringsbehoeften aan de vraagzijde van de coassurantiemarkt ten opzichte van de provinciale verzekeringsmarkt, de economische voordelen van coassurantie boven enkele risicoplaatsing en de specialistische kennis aan de aanbodzijde, is verdedigbaar dat er een afzonderlijke relevante markt bestaat voor coassuran-

61 J. Borgesius, 'Concentratietoets op verzekeringsmarkten', p. 119-120 in: *Van draden tot daden* (De Wansink Bundel), Deventer: Kluwer 2006.

62 Voor wat betreft de gemeentelijke brandverzekeringen is dit te herleiden uit het onderzoeksrapport uitgevoerd door Tilburg University in opdracht van de NMa, zie J. Boone, E. van Damme & A. DeWaegenaere, *Coassurantie vanuit speltheoretisch perspectief*, Tilburg University 2011, p. 63 e.v.

63 Beschikking van de Commissie, Comp/M. 5010 (*Berkshire/Hathaway/Munich/Re/Gaum*) van 14 juli 2008. Vgl. de beschikking van de Commissie, Comp/M.1306 (*BERKSHIRE/HATHAWAY/GENERAL RE*) van 18 september 1998 en Beschikking van de Commissie, Comp/M. 3035 (*BERKSHIRE/HATHAWAY/CONVERIUM/GAUM/JV*) van 28 februari 2003.

64 Zie de ledenlijst van de verzekeraars die lid zijn van de VNAB (www.vnab.nl).

65 *Information on the Dutch coinsurance market, reaction on the EC DG Competition sectoral inquiry on business insurance* (rapport van februari 2008), Amsterdam: SEO 2008-11, p. 9/10.

tie-dekking, met mogelijk nog een onderscheid naar specifieke grote commerciële risico's. Het zal wel afhankelijk zijn van de individuele kenmerken van een mededingingszaak, zoals het type klant, de hoeveelheid betrokken aanbieders, of aan coassurantie een afzonderlijke marktstatus wordt toegekend.

5.3.3 Geografische aspecten

In geografisch opzicht is de Nederlandse coassurantiemarkt in beginsel een op zichzelf staande markt met een eigen elektronisch beursverkeerssysteem (e-ABS), eigen beursvoorwaarden met Nederlands toepasselijk recht. Voorstelbaar is dat klanten daarom een voorkeur hebben voor nationale verzekering. Richtinggevend voor de reikwijdte van de geografische markt is de vraag of de concurrentievoorwaarden buiten de Nederlandse markt duidelijk verschillend zijn. In dat kader zal het voor aanbieders dikwijls niet moeilijk zijn om hun product elders in de Europese Unie aan te kunnen bieden. Wat verder meespeelt en pleit voor een ruimere dan nationale markt is dat bij coassurantie veelal grote internationaal opererende assurantiebedrijven actief zijn. Het is daarom goed mogelijk dat de relevante geografische markt zich over de gehele Europese Unie en wellicht zelfs wereldwijd uitstrekt.

6 Conclusie en aanbevelingen

In het mededingingsrecht staat steeds de vraag centraal of een bepaald soort marktgedrag, hetzij in de vorm van een kartel, hetzij door misbruik van een economische machtspositie, hetzij door een voorgenomen fusie of overname (concentratie), leidt tot een beperking van de mededinging op de 'relevante' markt. Of sprake is van mededingingsbeperkend gedrag zal moeten worden afgeleid uit een aantal factoren waaronder: a. het aantal concurrenten; b. het marktaandeel en de mate van concentratie op de relevante markt; c. de beschikbaarheid van substituten en de mate van productdifferentiatie; en d. de aan- en afwezigheid van toetredingsbelemmeringen en de daarmee verband houdende potentiële concurrentie. Een nauwer afgebakende markt zal daarbij in beginsel sneller aanleiding geven tot mededingingsbezwaren, omdat daarop eerder een machtspositie kan worden geconstateerd.

De vraag die in deze bijdrage centraal stond was hoe in het licht van het mededingingsrecht de bepaling van de relevante verzekeringsmarkt dient plaats te vinden. De algemene beleidsregels die hiervoor door de Commissie worden gegeven in de Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt zijn voor een specifieke sector als de verzekeringsbranche niet altijd even bruikbaar, vanwege het feit dat het onderzoek naar de vraag- en aanbodsubstitutie geen eenduidig resultaat geeft. Gelet op het systeem van de bekendmaking inzake de relevante markt zou naar mijn mening in beginsel de vraagsubstitutie het uitgangspunt moeten zijn. De verzekeringsmarkt zou op grond daarvan onderverdeeld moeten worden in zoveel verschillende productmarkten, als er afzonderlijke voor de consument niet verwisselbare, verzekeringen bestaan. Vervolgens zou het

mechanisme van aanbodsubstitutie in een zaak 'corrigerend' kunnen werken: ik bedoel daarmee dat wanneer in een specifieke zaak aanbieders actief zijn in meerdere risico-soorten en het speelveld gemakkelijk door een nieuwe toetredster kan worden betreden of bestaande aanbieders hun aanbod kunnen uitbreiden tot het product, dat dan geldt dat de markt daarmee moet worden uitgebreid. Opgemerkt moet worden dat markten kunnen veranderen over de tijd zodat ook marktafbakening een dynamisch proces is.⁶⁶ Alhoewel in de literatuur wordt bepleit meer waarde te hechten aan de aanbodzijde bij de afbakening van de relevante verzekeringsmarkt is voor dit standpunt vooralsnog geen steun te vinden in de beschikkingspraktijk van de Commissie. Op grond van haar beleidsregels voor marktafbakening staat de vraagsubstitutie steeds voorop en wordt aan de aanbodzijde een secundaire rol toebedeeld. Dat neemt niet weg dat dikwijls aansluiting wordt gezocht bij de nationale verzekeringspraktijk zodat de gevolgde marktindeling van het Verbond in het Protocol voor intermediaire pools niet zonder betekenis is.

Het belang van een nauwgezette marktafbakening in mededingingszaken is evident. Zo geldt dat de toepasselijkheid van de voor de verzekeringssector geldende groepsvrijstellingsverordening afhankelijk is van het marktaandeel van de betrokken ondernemingen op de relevante markt. De beschikkingspraktijk van de Commissie geeft op een aantal punten opheldering: er bestaat een afzonderlijke markt voor schadeverzekeringen, levens- en herverzekeringen. Eveneens is er een duidelijke onderverdeling mogelijk in verschillende subsegmenten van de markt voor schadeverzekeringen. Onduidelijk blijft echter of de in het Protocol voor intermediaire pools gevolgde marktindeling een juiste omschrijving geeft van de relevante verzekeringsmarkt.

Een belangrijk aspect dat de aandacht verdient van de toezichhouder is, zeker gelet op de vraagstukken die binnen die sector spelen, de bepaling van de relevante markt voor verzekering in coassurantie. Of en in hoeverre deze verzekeringsvorm als aparte markt dient te worden aangemerkt, is (vooralnog) onduidelijk. In deze bijdrage zijn op grond van een aantal kenmerken van de coassurantiemarkt aanknopingspunten gegeven die het oordeel zouden kunnen rechtvaardigen dat de coassurantie een afzonderlijke relevante markt. Zeker voor de beoordeling van de marktpositie van verzekeringspools in de schadeverzekeringsmarkt is het van groot belang dat er duidelijke richtlijnen komen op basis waarvan de relevante verzekeringsmarkt kan worden bepaald. Daarmee kan immers zekerheid worden verkregen over de vraag in hoeverre verzekeringspools in overeenstemming zijn met de mededingingsregels. Essentieel is dan wel dat de relevante verzekeringsmarkt duidelijk kan worden afgebakend. Het is aan te bevelen dat de Commissie in het kader van de herziening van de groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector in 2017 zich bewust is van deze problematiek en hier verheldering in zou kunnen verschaffen.

⁶⁶ Te denken valt aan de groei van de digitale verzekeringsmarkt waarbij de verzekeringsovereenkomst via internet wordt gesloten.