

N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?

*Diss. Tilburg, promotoren
prof. mr. J.B.M. Vranken en
prof. mr. R.M. Wibier, Serie
Recht en Praktijk Financieel
Recht, deel 13, 195 p.,
Deventer: Kluwer 2015,
ISBN 9789013130256.*

Op 17 april 2015 verdedigde mr. N. Lavrijssen in Tilburg haar proefschrift met de titel 'Verzekering verzekerd?'. Aan mij is gevraagd deze dissertatie in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* te bespreken. Aan dat verzoek voldoe ik graag.

Ook verzekeraars kunnen failliet gaan. In 1995 werd het faillissement uitgesproken van N.V. Levensverzekeringmaatschappij Vie d'Or. In 2003 ging Waarborgmij S.G.W.N. N.V. failliet. In 2010 werd schadeverzekeraar International Insurance Corporation (IIC) N.V. h.o.d.n. Ineas in staat van faillissement verklaard. De Nederlandsche Bank schetst in haar laatste jaarverslag een somber beeld van de toekomstbestendigheid van levensverzekeraars vanwege structurele overcapaciteit in de Nederlandse markt. 'Het verdienvermogen zal de komende jaren naar verwachting verder onder druk komen te staan.'

De essentie van verzekeren is dat de verzekeraar in ruil voor premiebetaling een bepaald risico van de verzekerde overneemt. Doorgaans wordt vooruitbetaling van de premie bedongen. Bij levensverzekeringen is bovendien soms ook nog sprake van opbouw van kapitaal in de polis. Als de verzekeraar vervolgens niet meer in staat blijkt te zijn om haar toekomstige (betalings)verplichtingen na te komen, raakt dit de kern van het verzekeringscontract. Een verzekeraar behoort immers zekerheid en vertrouwen te bieden.

Het is daarom van groot belang om te onderzoeken welke gevolgen een (dreigend) faillissement van een Nederlandse verzekeraar heeft voor verzekerden. Dat is nu juist wat Lavrijssen in haar proefschrift heeft

onderzocht. De centrale onderzoeksvraag luidt:

'Welke wettelijke saneringsregelingen zijn beschikbaar om het faillissement van schade- en levensverzekeringsondernemingen te voorkomen en welke gevolgen hebben deze saneringsregelingen – in vergelijking met het faillissement – voor verzekerden met betrekking tot de dekking en de voortzetting van de verzekeringsovereenkomst?'

In hoofdstuk 1 bakent Lavrijssen haar onderzoek nader af en verantwoordt zij de gemaakte keuzes. Doel van het onderzoek is om de gevolgen van de verschillende saneringsregelingen voor verzekerden onderling te vergelijken. Getoetst wordt of het recht op uitkering en het recht op voortzetting van de verzekeringsovereenkomst worden veiliggesteld. Onder verzekerde verstaat Lavrijssen 'degene die een (eventuele) vordering op de verzekeraar heeft'. Daarmee lijkt zij te bedoelen een uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende vordering. Concreet worden de verzekerde onder een schadeverzekering en de begunstigde onder een levensverzekering genoemd. Niet helemaal duidelijk is of hieronder ook een derde met een rechtstreekse vordering op de aansprakelijkheidsverzekeraar krachtens bijv. art. 7:954 BW (directe actie bij personenschade) moet worden begrepen. Verdedigbaar is mijns inziens dat deze derden ook onder het beschermingsbereik van de saneringsregelingen behoren te vallen.

Lavrijssen heeft ervoor gekozen om geen rechtsvergelijkend onderzoek te doen. De meerwaarde zou volgens haar beperkt zijn geweest en niet opwegen tegen de tijdsbesteding die het haar als buitenpromovendus zou kosten. Dat argument zou ik zelf

achterwege hebben gelaten. Wel overtuigend vind ik de eveneens door haar aangevoerde reden dat het faillissementsrecht met betrekking tot verzekeraars gebaseerd is op een Europese richtlijn op grond waarvan lidstaten verplicht zijn om een rangorderegeling in het leven te roepen.

Interessant is verder dat Lavrijssen ervoor gekozen heeft om een expertmeeting te organiseren om door haar in het vooronderzoek gesignaleerde knelpunten te bespreken. Het is mijns inziens goed om wetenschappelijke inzichten te toetsen aan de praktijk gelijk praktijkjuristen er verstandig aan doen om met wetenschappers te sparren over problemen in de dagelijkse rechtspraktijk. Wel past een kanttekening waar het betreft de wetenschappelijke verantwoording van deze onderzoeksmethode. Lavrijssen heeft in paragraaf 1.9 de brede samenstelling van de expertgroep en (bestaande uit medewerkers van het Ministerie van Financiën, DNB, de verzekeringsbranche en belangenbehartigers van verzekerden en verzekeraars) toegevoegd. Tevens heeft zij daar vermeld dat weergave van de van de deskundigen verkregen input op verzoek van de deelnemers aan de expertmeeting geanonimiseerd plaatsvindt en dat een verslag van de expertmeeting op verzoek is in te zien.

Hoofdstuk 2 bevat een beschrijving van de levensverzekeringsonderneming en de schadeverzekeringsonderneming, in het bijzonder de financiering daarvan en de relevante risico's die deze ondernemingen lopen. Tijdens de expertmeeting is gebleken dat het systeemrisico, zoals dat bij grote banken is beschreven, niet althans in veel mindere mate bij verzekeraars bestaat. Lavrijssen vermeldt dat dit wordt bevestigd door The Geneva Association Systemic Risk

Working Group. Bij banken is sprake van een sterke onderlinge financiële verwevenheid via de interbancaire geldmarkt. Verzekeraars financieren zichzelf door premiebetaling en er zou van een onderlinge verwevenheid minder sprake zijn.

Lavrijssen signaleert wel een quasi-systeemrisico in de vorm van een kredietrisico als een grote herverzekeraar zou omvallen. Zij wijst er ook op dat sommige verzekeraars sterk verweven zijn met banken.

Lavrijssen benoemt vervolgens dat de Wft normen stelt voor de solvabiliteit, het eigen vermogen, de liquiditeit en de technische voorzieningen en dat DNB daar toezicht op houdt. Voor verzekeraars geldt bovendien een compositieverbod (schade en leven in gescheiden entiteiten) en een verbod op het voeren van een nevenbedrijf. Omdat haar onderzoeksvraag ziet op de wettelijke saneringsregelingen, komen deze Wft-normen en toezichthoudende taken en bevoegdheden van DNB maar kort aan bod. Dat vind ik wel een gemis, aangezien juist in een vroeg stadium dreigende problemen moeten worden gesignaleerd en opgelost.

Het faillissement komt aan de orde in hoofdstuk 3. De Faillissementswet kent specifieke bepalingen over het faillissement van een verzekeraar. De wet voorziet in twee specifieke instrumenten voor de curator, namelijk overdracht van de verzekeringsportefeuille of liquidatie daarvan. De wet regelt een bepaalde rangorde. Kort gezegd staan bij schadeverzekeraars periodieke uitkeringen ter zake van letselschade hoog in rang. Daarna komen pensioen- en loonvorderingen van werknemers van de verzekeraar, gevolgd door achtereenvolgens niet-periodieke uitkeringen ter zake van letselschade, verzekeringsvorderingen betreffende zaakschade en premierestituties. Bij levensverzekeraars gaan de werknemers voor. Wat mij betreft had een kritische noot kunnen worden geplaatst bij de keuze van de wetgever om periodieke uitkeringen ter zake van letselschade voor te laten gaan, aangezien voor zover mij bekend letselschade in de praktijk nagenoeg steeds met een bedrag ineens wordt afgedaan. Ook twijfelachtig vind ik de keuze van de wetgever om werknemers

vóór verzekerden te laten gaan, aangezien deze werknemers een beroep kunnen doen op de zogenaamde loongarantieregeling van de WW, zodat het er in de praktijk op neer komt dat UWV vóór de verzekerden komt.

Er gelden thans twee garantieregelingen die zeker stellen dat verzekerden geen nadeel ondervinden van een faillissement van de verzekeraar, namelijk die van het Waarborgfonds Motorverkeer (art. 2 WAM) en die van het Zorginstituut Nederland (art. 31 Zvw). Lavrijssen noemt dat er op Europees niveau plannen zijn om te komen tot een verzekeringscompensatiestelsel, met als voordeel dat verzekerden relatief snel een uitkering ontvangen en waarschijnlijk, afhankelijk van de inrichting van het stelsel, hun vordering geheel ontvangen. Lavrijssen is wat mij betreft summier over de nadelen van een dergelijk stelsel. Zij merkt op dat de financiering van dit stelsel mogelijk zal leiden tot aanvullende bijdragen van andere verzekeraars en dat die daardoor zelf ook in de problemen kunnen komen. Fundamenteel is de vraag of het wel zo goed is om verzekeraars (en indirect de aldaar verzekerde personen) te laten opdraaien voor de verliezen bij een andere verzekeraar. Daar zouden dan wel hele goede redenen voor moeten zijn. In paragraaf 9.3.4 gaat zij daar wel nader op in door te wijzen op 'moral hazard' (ongewenst risicovol gedrag van verzekeraars) en op het risico dat verzekerden zo niet geprikkeld worden om te kiezen voor een verzekeraar die weinig risico's neemt (en meestal een hogere premie hanteert).

Mijn speciale aandacht hadden de beschouwingen in paragraaf 3.5.3 over de vordering van de verzekerde op de boedel van de failliete verzekeraar indien de verzekerde gebeurtenis zich (nog) niet heeft voorgedaan. Lavrijssen schrijft daar het volgende: 'Naast de voorwaardelijke verbintenis tot het doen van uitkering omvat de verzekeringsovereenkomst ook een onvoorwaardelijke verbintenis tot het verlenen van dekking.' Ik heb in mijn proefschrift verdedigd dat de voorwaardelijke uitkeringsverplichting voortvloeit uit de primaire op de verzekeraar rustende hoofdver-

bintenis om het risico te dragen.² In de literatuur wordt ook verdedigd dat er alleen sprake is van een voorwaardelijke verbintenis.³ Het betreft een academische discussie met weinig praktische relevantie, maar dit onderwerp had wat mij betreft in dit proefschrift toch iets meer uitgediept mogen worden.

In dezelfde paragraaf gaat Lavrijssen in op de vordering van de verzekeringnemer op de failliete verzekeringsmaatschappij als de verzekerde gebeurtenis zich (nog) niet heeft voorgedaan. Stel dat een verzekeringnemer premie heeft betaald voor bijvoorbeeld een jaar, de verzekeraar gaat vervolgens binnen dat jaar failliet en de curator is niet bereid of in staat om de verzekeringsovereenkomst voor de resterende periode gestand te doen. Welke rechten heeft de verzekeringnemer dan jegens de boedel?

Lavrijssen wijst op art. 130 Fw waarin staat dat een vordering onder een opschortende voorwaarde geverifieerd wordt voor haar waarde op het ogenblik der faillietverklaring. Deze waarde wordt bepaald door de waardering van de kans op vervulling van de opschortende voorwaarde in combinatie met de resterende termijn van de verzekeringsovereenkomst. Daarnaast wijst Lavrijssen erop dat, indien de verzekeraar tekortschiet in de nakoming van de verplichting om voor de resterende verzekeringsperiode dekking te verlenen, de verzekeringnemer de verzekeringsovereenkomst kan ontbinden. In dat geval ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW) en kan verzekeringnemer aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding (art. 6:277 BW). Als alternatief kan de verzekeringnemer ervoor kiezen vervangende schadevergoeding te vorderen (art. 6:87 BW). Lavrijssen geeft aan dat het in beide gevallen gaat om de vergoeding van de schade die de verzekeringnemer lijdt omdat hij een nieuwe verzekeringsovereenkomst moet sluiten met een andere verzekeraar.

Ik mis in dit betoog dat bij een tussentijdse opzegging van de verzekeringsovereenkomst verzekeringnemer alleen recht heeft op premievermindering naar billijkheid (art. 7:939

jo. 7:943 BW). In de meeste gevallen ligt het voor de hand dat zowel bij ontbinding als bij opzegging de verzekeringnemer in beginsel de premie *pro rata temporis* gerestitueerd krijgt. Daarbij is het redelijk dat de verzekeringnemer in geval van een beëindigingsgrond gelegen in de risicosfeer van de verzekeringnemer (bijv. wegens te late premiebetaling) een billijke vergoeding voor de gemaakte kosten aan de verzekeraar voldoet. Bij een beëindigingsgrond gelegen in de risicosfeer van de verzekeraar lijkt het redelijk dat de verzekeraar eventuele extra kosten die de verzekeringnemer moet maken om elders gelijke dekking te krijgen vergoedt.

In de volgende hoofdstukken bespreekt Lavrijssen de vier saneringsregelingen. In hoofdstuk 4 komt de 'Onteigeningsregeling' aan de orde. Deze regeling is gebaseerd op de in 2012 ingevoerde Interventiewet en is in 2013 toegepast bij SNS Reaal. De onteigening leidt ertoe dat uitkeringsvorderingen van verzekerden en verzekeringsovereenkomsten worden veiliggesteld. Hoofdstuk 5 gaat over de 'Overdrachtsregeling'. Ook deze vindt zijn oorsprong in de Interventiewet. Verschil is dat hier niet de aandelen of activa worden onteigend, maar dat deze gedwongen worden overgedragen aan een geschikte overnamekandidaat. Ook hier zijn er geen negatieve gevolgen voor verzekerden.

Beide regelingen zijn geschreven voor systeemrelevante financiële instellingen. Lavrijssen beargumenteert dat verzekeraars in Nederland wel een nutsfunctie lijken te vervullen, zij het dat deze iets anders is ingevuld dan bij banken. Zij wijst dan naar de cijfers van de verzekeringsdichtheid, waaruit onder meer blijkt dat nagenoeg iedereen een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren heeft afgesloten en een faillissement van een aansprakelijkheidsverzekeraar mede gelet op de preferentieregeling in de Faillissementswet (waar werknemers en UWV voorgaan) grote financiële gevolgen kan hebben.

Hoofdstuk 6 gaat over de 'Opvangregeling'. Deze regeling is in 2001 ingevoerd naar aanleiding van de het

faillissement van Vie d'Or. De regeling is niet gebaseerd op een Europese richtlijn. Nederland is het enige Europese land dat een opvangregeling kent. De opvangregeling is alleen opengesteld voor levensverzekeraars, omdat levensverzekeringen een langere looptijd kennen en er door verzekerden in de polis kapitaal wordt opgebouwd. De opvangregeling voorziet in een vorm van verplichte herverzekering en verplichte portefeuilleoverdracht en een aanwijzingsrecht van DNB. De financiering vindt plaats door alle levensverzekeraars die een vergunning van DNB hebben en is gemaximeerd tot een bedrag van € 269 372 650 in 2015. De opvangregeling is nog niet toegepast. Indien een van de vijf grotere levensverzekeraars (Nationale Nederlanden, Aegon, Achmea, Delta Lloyd en ASR) in problemen zou komen, zullen de mogelijkheden van de opvangregeling in de praktijk beperkt zijn.

De 'Noodregeling' wordt behandeld in hoofdstuk 7. Deze is ingevoerd in 1921 en kan gezien worden als het laatste redmiddel om een faillissement te voorkomen. Verzekeraars kunnen geen surseance van betaling aanvragen. De noodregeling voorziet in een *standstill*. De rechtbank kan de bewindvoerders een machtiging tot gehele of gedeeltelijke overdracht van de verzekeringsportefeuille geven of een machtiging tot liquidatie van die portefeuille. Tevens kan een bijzondere machtiging worden verstrekt tot wijziging van de verzekeringsvoorwaarden of verkorting van de duur van de verzekeringsovereenkomst. Duidelijk is dat de noodregeling in de meeste gevallen zal leiden tot aantasting van rechten van verzekerden.

In hoofdstuk 8 maakt Lavrijssen een vergelijking tussen de verschillende saneringsregelingen en faillissement. Zij rubriceert dit in vier overzichtelijke tabellen: Doel en aanleiding, criteria, instrumenten en financiering. Ten slotte trekt Lavrijssen in hoofdstuk 9 conclusies en doet zij aanbevelingen. Het faillissement en de noodregeling leiden doorgaans niet tot het veiligstellen van uitkeringen en verzekeringsovereenkomsten van verzekerden, tenzij portefeuilleoverdracht in ongewijzigde vorm

mogelijk blijkt. Lavrijssen geeft aan dat de beschermingsbehoefte bij verzekerden afhankelijk is van de vraag of het verzekerde risico is ingetreden, of gemakkelijk een nieuwe verzekering bij een andere verzekeraar kan worden gesloten en of de verzekerde belang heeft bij voortzetting van de verzekering. Dit laatste speelt vooral bij kapitaalopbouw in de polis zoals dat bij levensverzekeringen vaak het geval is. Bij schadeverzekeringen kunnen de gevolgen ook ingrijpend zijn: te denken valt aan een door brand verwoest woonhuis dat bij gebreke van verzekeringspenningen niet herbouwd kan worden. Lavrijssen memoreert dat in de expertmeeting is gebleken dat bij faillissementen van verzekeraars relatief hoge uitkeringspercentages zijn betaald, maar dat dit niet wegneemt dat het met het oog op de nutsfunctie van verzekeraars goed is dat de beschermingsmechanismen van de saneringsregelingen en rangorderegeling verder geoptimaliseerd worden.

Concreet beveelt zij aan om de vier bestaande saneringsregelingen terug te brengen naar een onteigeningsregeling en een saneringsregeling. De saneringsregeling is dan gericht op herverzekering en/of overdracht van activiteiten/portefeuille onder leiding van door de rechtbank benoemde bewindvoerders.

Een nuttige aanbeveling voor de wetgever is ook om de interventieladder beter tot uitdrukking te brengen in de tekst van de wet. Het faillissement van de verzekeraar zou uitgesproken moeten kunnen worden als gebleken is dat sanering van de verzekeringsonderneming niet (meer) mogelijk is. Ten slotte beveelt Lavrijssen aan nader onderzoek te doen naar de vraag of (bepaalde) verzekeraars een systeemrisico met zich mee kunnen brengen. Dit is immers een voorwaarde voor toepassing van de onteigeningsregeling.

Lavrijssen bepleit verder nader onderzoek naar een ex ante gefinancierd verzekeringscompensatiestelsel dit in plaats van de thans geldende ex post gefinancierde opvangregeling. Terecht merkt zij op dat werknemers van verzekeraars voor hun loonvorderingen hoger in rang staan en ook nog een beroep kunnen doen

op de loongarantieregeling van het UWV en de positie van verzekerden sterk verbeterd zou worden door een eigen garantieregeling. Dat zou overigens wat mij betreft ook kunnen door de vorderingen van verzekerden voor te laten gaan boven die van de werknemers (lees: het UWV). Een sterk argument voor 'ex ante'-financiering is dat de gehele branche, dus ook de vervuilers meebetalen. Lastig is wel dat er op dit moment voor levensverzekeraars geen reële verdienmogelijkheden meer zijn om de benodigde financiering te kunnen leveren voor een compensatiestelsel. Het verschil met het depositogarantiestelsel dat geldt voor banken, is dat dit stelsel met name zou zijn ingegeven om een zogenaamde *bankrun* te voorkomen. Voor verzekeraars geldt dat risico niet.

Een verdere verdieping van de voors en tegens van een verzekeringscompensatiestelsel had naar mijn oordeel in dit proefschrift een plaats verdiend. Op dat punt zou ik nog wel hebben willen lezen hoe daar in andere EU-landen en in de rechtseconomie over gedacht wordt. Als een systeemrisico niet echt aan de orde lijkt te zijn, vallen naar mijn oordeel

veel van de argumenten om een compensatiestelsel te overwegen weg. Ik zou bovendien menen dat de beperkt beschikbare middelen beter ingezet kunnen worden voor preventie door toezicht en tijdige sanering.

Deze kleine kritische kanttekening laat onverlet dat Lavrijssen een mooi proefschrift heeft geschreven over een actueel thema. Het leest gemakkelijk vanwege een duidelijke structuur en prettige schrijfstijl. Aldus houdt het boek een overzichtelijk formaat (inclusief registers en literatuurlijst 165 pagina's). Opname van het boek in de Serie Recht en Praktijk is een goede keus geweest: voor de praktijk is het een nuttig boek, omdat het een goed overzicht geeft van de verschillende saneringsregelingen en bovendien concrete aanbevelingen bevat voor praktijkjuristen werkzaam bij het Ministerie van Financiën en DNB. Het boek ziet er ook goed verzorgd uit en bevat, voor zover ik kon nagaan, geen type- of zetfouten.

Uit de in het slot van het boek opgenomen curriculum vitae blijkt dat Lavrijssen in de zomer van 2009, als

docent in dienst van Tilburg University, is gestart met het promotieonderzoek. Zij heeft dit op precies 17 april 2015, haar 35e verjaardag, afgerond. Vanaf 2012 heeft zij het proefschrift geschreven als buitenpromovenda. Met veel doorzettingsvermogen heeft Lavrijssen in 2015 een wetenschappelijk en maatschappelijk relevant proefschrift afgeleverd met een mooie titel: Verzekering verzekerd?

P.M. Leerink⁴,
Deventer, januari 2016

1. Jaarverslag DNB 2014, p. 24.
2. P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 53-67.
3. Zie o.a. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/22 en T.J. Dorhout Mees, 'P.M. Leerink, Premiebetaling in het verzekeringsrecht', bespreking van: P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, *RMThemis* 2014, afl. 2, p. 97-102.
4. Mr. dr. P.M. Leerink is advocaat bij JPR Advocaten te Deventer en als onderzoeker verbonden aan het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS).

Henk Post, *Vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving*

Diss. Tilburg, promotor prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, copromotor dr. G. van der Schyff, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, 478 p., ISBN 9789089749994.

Dit is het vierde proefschrift van de auteur, die eerder promoveerde in de economie (1995), de theologie (2006) en de letteren (2009). We hebben hier dus het werk van een ervaren schrijver in handen. Dat blijkt ook wel: het boek is systematisch opgezet en vlot geschreven. Daar komt bij dat het over een onderwerp gaat dat zich allang niet meer bevindt in een rustig uithoekje van ons recht. Godsdienstvrijheid heeft in toenemende mate geleid tot soms zeer stevige controverses, tot zelfs over de vraag of dit recht niet beter afgeschaft kan worden aan toe-

Verschillende vraagpunten die rond godsdienstvrijheid de afgelopen jaren de aandacht hebben getrokken komen aan bod: vrouwen in de SGP, een boerkaverbod, handen schudden met iemand van het andere geslacht, hoofddoekjes in de rechtszaal, religieuze slacht, gewetensbezwaarde trouwambtenaren, homodocenten op bijzondere scholen, besnijdenis van jongens.

Hiermee is het centrale deel van dit boek aangeduid. Daaraan vooraf gaat eerst een inleiding waarin de vraagstelling geformuleerd wordt: 'Welke betekenis heeft in het spanningsveld

van rechten en vrijheden van de democratische samenleving de constitutionele orde voor de vrijheid van godsdienst als recht van de individuele persoon om zijn identiteit te bepalen door een specifieke praktijk te onderhouden' (p. 36). Er volgen hoofdstukken over die constitutionele orde en over de vrijheid van godsdienst in ons nationale recht en in het EVRM. Deze hoofdstukken zijn in belangrijke mate descriptief. Vervolgens wordt het analyse- en evaluatiekader geschetst dat gebruikt wordt bij de beoordeling van de genoemde casus. Post maakt een drie-