

RECHTSLEER DOCTRINE

VERZEKERINGEN/ASSURANCES

Komt er dan toch een Europese harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht?

Herman Cousy¹

SAMENVATTING

Ook in de ontwikkeling van het privaatrecht en in het bijzonder van het contractenrecht laat de invloed van Europa zich meer en meer voelen. Dat zulks ook waar is voor het verzekeringscontractenrecht blijkt onder meer uit de werkzaamheden van de zgn. Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law, die deel uitmaakt van het door de Europese Commissie opgerichte Joint Network on European Private Law (Copecl-netwerk), belast met het opstellen van een Common Framework of Reference (CFR) van het Europees privaatrecht. Het voorliggend aan verzekeringen gewijd themanummer lijkt een gepaste gelegenheid om over deze werkzaamheden op het gebied van het verzekeringscontractenrecht verslag uit te brengen, ook al zijn deze nog niet afgerond. Er wordt kort gerapporteerd over samenstelling, doelstelling, methodes en werkzaamheden van de verzekeringsgroep, met beknopte verwijzing naar de (overvloedige) literatuur voor wie meer wil weten over wat er allemaal gaande is in de vele laboratoria van het komend contractenrecht, in het bijzonder het verzekeringsrecht.

RÉSUMÉ

L'influence de l'Europe se fait de plus en plus sentir, et ce aussi dans le développement du droit privé, et en particulier dans celui du droit des contrats. Le fait que cela se confirme aussi pour le droit des contrats d'assurance apparaît notamment au vu des activités de ce que l'on nomme le Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law, qui fait partie du Joint Network on European Private Law (réseau Copecl) constitué par la Commission européenne et chargé de rédiger une Common Framework of Reference (CFR) du droit privé européen. Ce numéro thématique consacré aux assurances semble l'occasion idéale pour publier un rapport sur ces activités dans le domaine du droit des contrats d'assurance, même si celles-ci n'ont pas encore abouti. Nous aborderons brièvement la composition, l'objectif, les méthodes et les activités du groupe assurance, avec un renvoi succinct à la littérature (abondante) pour celui qui veut en savoir plus sur ce qui se passe dans les nombreux laboratoires du futur droit des contrats, et en particulier du droit des assurances.

1. Een opvallend groot aantal lidstaten van de Europese Unie heeft in een recent verleden een nieuwe of grondig vernieuwde wetgeving ingevoerd op het gebied van het verzekeringsrecht: Zweden in 1979 en in 1980, Spanje in 1980, België in 1992, Finland in 1994, Nederland in 2005, Zweden opnieuw in 2006 en Frankrijk nagenoeg gedurig aan². In Duitsland komt er eerstdaags een geheel vernieuwde “Versi-

cherungsvertragsgesetz” en in het Verenigd Koninkrijk heeft de Law Commission zeer recentelijk, namelijk in juni 2007, een uitgebreid rapport gepubliceerd over een aantal vraagstukken die tot een vernieuwing van de wetgeving zouden kunnen leiden³. De nationale wetgevers hebben blijkbaar veel belangstelling voor deze materie en de nieuwe wetten vertonen de neiging van stijgende eigenheid en zin voor

¹ Gewoon Hoogleraar K.U.Leuven.

² Voor meer details, zie mijn bijdrage “Le Spleen de Paris’ and the Art of Harmonisation and Restatement”, in *Essays on Tort, Insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa*, Stockholm, Jure Förlag AB, 2006, Vol. I, (355).

detail. Op het eerste gezicht is dit geen ideaal uitgangspunt voor eenmaking en harmonisatie. Ook binnen de Europese Unie is de harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht, of beter het uitblijven ervan, een delicaat punt en stil aan een oud zeer⁴.

Men weet dat de Commissie reeds in 1979 daarover een voorstel van richtlijn indiende bij de Raad⁵, dat evenwel botste op de onwil van de lidstaten, zelfs na een wijziging van het voorstel in 1980⁶, en dat uiteindelijk in 1993 officieel werd ingetrokken⁷. Men weet ook dat de harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht in 1985 op de agenda stond van het Witboek van de Commissie over de Europese Interne Markt als een van de meer dan driehonderd richtlijnen die tegen eind 1992 moesten uitgevaardigd worden. Maar ook dit project zou geen doorgang vinden. In de preambule 18 bij de derde richtlijn schadeverzekering van 1992⁸ wordt gesteld dat de bescherming van de consument niet wordt gezocht in de harmonisatie van het materieel verzekeringsrecht, maar veeleer in de waarborgen van de toepasselijkheid van het nationaal recht van de lidstaat waarin het te verzekeren risico is gelegen⁹. In plaats van harmonisatie van het materieel recht werd gekozen voor de harmonisatie van de IPR-conflictenregels. De afwezigheid van harmonisatie van het materieel contractenrecht werd bekritiseerd omdat zij mede verantwoordelijk werd geacht voor het matig succes van de interne markt van grensoverschrijdende verzekering voor massarisico's¹⁰. Er was inderdaad snel gebleken dat het door de tweede richtlijn schadeverzekering geharmoniseerd conflictenrecht haaks staat op het objectief van de grensoverschrijdende vrije dienstverlening. Opdat een vrije grensoverschrijdende verzekering van massarisico's succesvol zou zijn is uiteraard vereist dat het de verzekeraar toegelaten is de in den vreemde gelegen (massa-)risico's te gaan verzekeren met toepassing van zijn eigen recht, of minstens met

toepassing van een aan de verzekeraar welbekend contractenrecht. De oplossing van het EG-IPR¹¹ bij toepassing waarvan op massarisico's in beginsel het recht van de ligging van het risico (d.i. in het stelsel van de Tweede Schadeverzekeringsrichtlijn veelal de verblijfplaats van de verzekeringnemer) wordt toegepast, is niet bevorderlijk, ja zelfs bedreigend voor het welslagen van een interne verzekeringsmarkt van massarisico's. Er valt niet onder uit te komen dat een geharmoniseerd contractenrecht een basisvoorwaarde blijft voor het tot stand komen van een interne verzekeringsmarkt van massarisico's.

2. Aan de pogingen tot harmonisatie van het contractenrecht in het algemeen¹², en zodoende ook van het verzekeringscontractenrecht, zou evenwel een nieuw impuls gegeven worden door de "Mededeling van de Europese Commissie over Europees verbintenissenrecht" van 11 juli 2001¹³ en haar latere desbetreffende mededeling houdende een actieplan¹⁴ (zie volgend randnr.). Het is in het verlengde van dit initiatief dat melding moet gemaakt worden van een Europees project van harmonisatie van het (materieel) verzekeringscontractenrecht dat wordt uitgevoerd door de zgn. "Project Group on the Restatement of European Insurance Law", die deel uitmaakt van de zgn. "Joined Network on European Private Law" (in afkorting het "copecl"-netwerk genaamd), waarover meer uitleg hierna. Het is onze overtuiging dat het ook voor praktijkjuristen, hoewel zij ook bekogeld worden door een steeds wijzigende legislatieve actualiteit, niet onnuttig kan zijn kennis te nemen van dit soort projecten en initiatieven. Niet alleen maken zij een prefiguratie uit van een nieuw Europees privaatrecht. Zelfs indien deze projecten niet in de plaats zullen treden van het bestaande nationaal privaatrecht, bestaat de kans dat zij er zullen worden aan toegevoegd als het recht van een imaginaire extra-lidstaat, dat als een "optioneel instrument" aan de rechtszoekende par-

3. Zie the Consultation Paper nr. 182 van The Law Commission (Consultation Paper nr. 134 van de Scottish Law Commission) over "Insurance Contract Law. Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured. A Joint Consultation Paper".

4. Zie daarover o.a. mijn bijdrage "Generalreferat zum Thema Europäisches Privatversicherungsrecht", in J. BASEDOW, U. MEYER, D. RUCKLE en H.-P. SCHWINTOWSKI (eds.), *Europäisches Privatversicherungsrecht, Steuerrechtliche Rahmenbedingungen in Versicherungswesen. Perspektiven und Entwicklungslinien im Versicherungsvertrieb*, Baden-Baden, Nomos Versicherungsgesellschaft, 11. Zie ook de proceedings van het XIII^{de} Colloque Juridique International du CEA, Assureurs-Magistrats, Thème II, Harmonisation du droit du contrat d'assurance en Europe, Dresden, 5-9 oktober 1995; H. HEISS, *Stand und Perspektiven der Harmonisierung des versicherungsvertragsrechts in der EG, Munsteraner Reihe*, Band 99, VVW Karlsruhe, 2005.

5. Voorstel van richtlijn van 10 juli 1979, *PB*. nr. C. 190 van 28 juli 1979. Zie over deze eerste harmonisatiepoging het UCL-Congresboek, *L'Harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E.*, Brussel, Bruylant, 1981, 24.

6. Voorstel van wijzigende richtlijn van 30 december 1980, *PB*. nr. C. 355/30 van 31 december 1980.

7. *PB*. nr. C. 228 van 24 augustus 1993.

8. Derde richtlijn schadeverzekering (92/49/EEG) van 18 juni 1992, *PB*. nr. L. 228 van 11 augustus 1992.

9. Vgl. H. WANSINK, "The Restatement of European Insurance Contract Law: doelstellingen en verhouding tot het Nederlands Verzekeringsrecht", in F. DE LY, K.F. HAAK en W.H. VAN BOOM (eds.), *Eenvormig bedrijfsrecht, realiteit of utopie?*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006.

10. H. COUSY, *De Europese interne markt voor verzekeringsrecht. Realiteit, symbool of utopie?*, Inaugurale rede voor de CPO leerstoel aan de Universiteit Nijmegen. Zie ook het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de "Europese Verzekeringsovereenkomst", *PB*. nr. C. 157 van 28 juni 2005.

11. Zie de art. 7 en 8 van de Tweede Schadeverzekeringsrichtlijn (88/357/EEG) van 22 juni 1988, waarvan de gecoördineerde versie wordt gevonden in ons wetboek; H. COUSY en C. VAN SCHOU BROECK, *Wetgeving Verzekeringen 2007*, Wolters Kluwer Belgium, 2006, p. 348.

12. Een mooie Rundschau van doelstellingen, methodes en verdiensten van de eenmaking van het Europees contractenrecht, met verwijzing naar de (uitvoering) literatuur, raadplege men het Congresboek van de te Leuven georganiseerde Congres van SECOLA (Society for European Contract Law): *An Academic Green Paper on European Contract Law* (S. GRUNDMAN en J. STUYCK (eds.)), Kluwer Law International, 2002.

13. Com. (2001) 398 definitief.

14. Zie de Mededeling van 12 februari 2003, Com. (2003), 68 definitief over een meer coherent Europees verbintenissenrecht en houdende een actieplan.

tijen zal aangeboden worden¹⁵, en dat langs die weg deel kan gaan uitmaken van het dagdagelijks privaatrecht van al de lidstaten. Als zodanig, maar ook door de kwaliteit van inhoud en formulering, kunnen zij ook bijdragen tot de ideeënvorming niet alleen over het toekomstig recht, maar ook over de jurisprudentiële invulling van het bestaand recht.

3. Een woord vooraf nog voor degene die in de wirwar van communautaire, academische en andere projecten en netwerken van eenmaking en harmonisatie van het privaatrecht zijn weg niet meer vindt. Eerst iets over de projecten buiten het genoemd *copecl*-netwerk, vervolgens (in volgend randnr.) iets over de samenstelling van het *copecl*-netwerk zelf.

Een zeer belangrijk en o.i. ook voor de praktijk niet onnuttig instrument is datgene dat tot stand werd gebracht door de *Commission for European Contract Law*, beter bekend als de zgn. “Lando-groep”. Thans reeds hebben de door de Lando-Commissie uitgewerkte beginselen waarde verworven als gezaghebbende rechtsbron van een aan de Europese rechtsstelsels gemeen verbintenissenrecht¹⁶. Een nog ambitieuzer project is dat van de “*Study Group on a European Civil Code*” onder voorzitterschap van de Duitse hoogleraar Christian von Bar. Ietwat in strijd met de ambitieus klinkende naam van het project en de groep, heeft deze groep tot nog toe voornamelijk gewerkt op een aantal materies in de sfeer van het privaat vermogensrecht (verbintenissenrecht, zaken- en zekerhedenrecht, een aantal bijzondere contracten, onrechtmatige verrijking, zaakwaarneming, trust, etc.). Een vooraanstaande maar aparte plaats wordt ingenomen door het casebook-project, (“*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*”) van Walter van Gerven¹⁷. Het project onderscheidt zich door zijn originele en goed door-dachte methodologische fundering¹⁸, door zijn ambitie die gericht op het onderwijs van een Europees *ius commune* in de door W. van Gerven gesuggereerde transnationaal georiënteerde Europese law school van de toekomst, en ook

door zijn vorm, gericht op het opstellen van “casebooks” op grond van de rechtspraak, en van legislatieve materialen, zowel in het nationaal als in het communautair recht. Een bijzonder, op het aansprakelijkheidsrecht toegespitst project is datgene dat werd voorbereid door de *European Group on Tort Law* (onder de leiding van Prof. Jaap Spier, advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, en de Oostenrijkse hoogleraar Helmut Koziol) en dat leidde tot de publicatie van de *Principles of European Tort Law*¹⁹. In het domein van het insolventierecht dienen ook *Principles of European Insolvency Law* te worden vermeld²⁰, alsmede de European Contract Code, Preliminary Draft van de zgn. Pavia Groep²¹.

4. Keren wij terug naar het verzekeringsrecht en naar de genoemde “*Project Group on the Restatement of European Insurance Law*”-groep, die dus thans deel uitmaakt van het zgn. “*Joined Network on European Private Law*”²². Dit netwerk werd op contractuele basis opgericht door de EG-Commissie als een “*Network of excellence within the Sixth Framework Program*” en is belast met het ontwerpen van een gemeenschappelijk referentiekader (“*Common Framework of Reference*” (*CFR*)) van Europees verbintenissenrecht. Voor een nadere omschrijving van de doelstellingen en de grenzen van het zgn. gemeenschappelijk referentiekader moet teruggerepen worden naar het hierboven reeds genoemde actieplan van de Europese Commissie over “een coherenter Europees Verbintenissenrecht”²³.

In de Mededeling van de Europese Commissie over dit actieplan wordt uiteengezet dat een gemeenschappelijk referentiekader, waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het gebied van het Europees verbintenissenrecht worden vastgelegd, een belangrijke stap uitmaakt in de richting van de verbetering van het *acquis* op het gebied van het contractenrecht. Dit gemeenschappelijke referentiekader moet een publiek toegankelijk document zijn dat de Gemeenschapsinstellingen zou moeten helpen om het bestaande en toekomstige *acquis* samenhangender te maken op het gebied van het

15. Over de rechtsfiguur van een optioneel instrument en de juiste inpassing ervan in het internationaal privaatrecht, zie J. BASEDOW, “Insurance contract law as part of an optional European Contract Act”, *Lloyd’s Maritime and Commercial law Quarterly* 2003, 498-507; H. HEISS, “Towards a European Insurance Contract Law: Restatement-Common Frame of Reference – Optional Instrument?”, *IJVO (Internationale JuristenVereinigung. Osnabrück)*, 13 (2006) 1; H. HEISS, “Non Optional Elements in an Optional European Contract Law, Reflections from a Private International Law Perspective”, *E.R.P.L.* 2005, 693-712.

16. *Principles of European Contract Law*, Part I and II, prepared by O. LANDO and H. BEALE, Kluwer Law International, 2000, 560 p.

17. Alle uitleg vindt men op de website www.casebook.eu.

18. Zie daarover W. VAN GERVEN, “Codifying European Private Law: Top Down and Bottom Up”, in S. GRUNDMAN en J. STUYCK (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2002, 405 ff.

19. *Principles of European Tort Law. Text en Commentary*, Wien/New York, Springer, 2005, 280 p. Voor een Nederlandse vertaling van de Principles, zie H. COUSY en D. DROSHOUT, “The Principles of European Tort Law (PETL). Proeve van een Nederlandstalige versie” in het ter perse zijnde *Liber Amicorum Hugo Vandenberghe*. Zie voorts ook, in hetzelfde boek, de commentaren van A. VAN OEVELEN en van J. HERBOTS.

20. *Principles of European Insolvency Law*, W.W. MC BRYDE, A. FLESSNER en S.C.J.J. KORTMANN (eds.), Deventer, Kluwer Legal Publishers, 2003, 674 p.

21. Academy of European Private Lawyers, Pavia, 2001.

22. www.copecl.org.

23. Mededeling van de Europese Commissie van 12 februari 2003 (Com. (2003) 68 definitief). Zoals men weet is dit actieplan op zijn beurt het resultaat van een consultatieronde die door de Commissie werd gelanceerd middels haar eerdere Mededeling over Europees verbintenissenrecht van 11 juli 2001 (Com. (2001) 398 definitief). De Commissie wenste informatie in te zamelen over de mate waarin de Interne Markt gehinderd wordt door problemen betreffende het sluiten, interpreteren en uitvoeren van grensoverschrijdende contracten.

Europees verbintenissenrecht. Volgens de Commissie zijn de doelstellingen van het op te stellen Gemeenschappelijk Referentiekader (CFR) aldus drievoudig: het kan gebruikt worden door de Europese Commissie bij het herzien van het bestaande acquis (door het aanreiken van een gemeenschappelijk terminologie, van regels en definities van de fundamentele begrippen); daarnaast moet het CFR ook een instrument worden dat het verbintenissenrecht van de lidstaten dichter bij mekaar brengt; en ten slotte zal dit instrument de Europese Commissie moeten helpen om uit te maken of niet-sectorespecifieke maatregelen nodig kunnen zijn om problemen op te lossen²⁴. Het actieplan duidt ook de rechtstakken aan waaruit het gemeenschappelijk referentiekader moet worden geput: naast het algemeen contractenrecht is sprake van kredietzekerheden op roerende goederen, verrijking zonder oorzaak, van de verkoopovereenkomst en van diensten²⁵. Het is onder deze laatste groep dat de verzekeringsovereenkomst in aanmerking werd genomen.

Zoals zijn naam het laat uitschijnen is het *Copecl Joint Network* op zijn beurt een netwerk van een aantal internationale werkgroepen en projecten. Daartoe behoren naast het (in vorig randnr.) reeds genoemde Civil Code Project²⁶ ook de zgn. *European Research Group on Existing EC Private Law* (bekend als de "Acquis Group") die werkt aan een systematische verzameling van het privaatrecht dat wordt aangetroffen in het bestaande Gemeenschapsrecht en in de Europese rechtspraak²⁷; voorts de *Association Henry Capitant* in Frankrijk, de Nederlandse *Tilburg Law and Economics Center* (TILEC), en ten slotte de reeds genoemde *Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law*. Deze groep van academici was reeds in 1999 opgericht als losstaand academisch initiatief door wijlen professor Fr. Reichert-Facilides uit Innsbruck en is opgenomen in het CFR-netwerk sedert 2005²⁸ (hierna de "Project-group" of de "Restatement-groep").

De werkzaamheden van deze groep over verzekeringsrecht zijn nog niet rond. Van deze groep zoals van de andere CFR-netwerk-leden wordt verwacht dat zij verslag uitbrengen van hun werk tegen eind 2007. Voor een eindrapport is het thans derhalve nog veel te vroeg. Toch is de tijd rijp om een tip van de sluier op te heffen en om verslag uit te brengen over alvast de volgende punten: 1. de verantwoording van het bestaan

van de groep en de nood aan een geharmoniseerd verzekeringscontractenrecht, 2. de samenstelling en werkmethode van de groep en 3. de stand van zaken.

5. Het is opvallend hoezeer, in de CFR-netwerkgroepen in het algemeen, en in de Restatement-groep over verzekeringen in het bijzonder, het leidend impuls uitgaat van Duitse (en Oostenrijkse) academische kringen. Zulks is des te opvallender nu ten aanzien van de harmonisatie, in het bijzonder de harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht, aanvankelijk een weifelende, bijwijlen zelfs negatieve houding werd aangenomen. Tekenend in dit verband was de benadering van E. Steindorff, hoogleraar in München die met gezag de Europese Commissie heeft geadviseerd. Op grond van de vaststelling "que rapprocher les législations sur le contrat d'assurance, c'est poursuivre des objectifs particuliers d'organisation de l'économie", kwam deze auteur tot de conclusie "qu'il est nécessaire de faire preuve de prudence et de réserve dans le rapprochement des législations, ce rapprochement ne devant pas aller au-delà de ce qui est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs auxquels vise le droit communautaire"²⁹.

Het is belangwekkend zich af te vragen hoe die (aanvankelijk) eerder wantrouwige houding ten aanzien van de harmonisatie van het Europees privaatrecht moet worden geduid. Men heeft zich afgevraagd of hier niet het traditionele wantrouwen tegenover codificatie staat dat destijds in de Duitse rechtsleer was geïntroduceerd door F. Von Savigny en de zgn. "Historische Rechtsschule"³⁰. Overigens houden de aarzelingen ten aanzien van de harmonisatie van het privaatrecht misschien verband met de vraag hoe deze harmonisatie zich verhoudt tot het gegeven van een federale staatsstructuur. In een aantal van die landen werd geopteerd voor een eengemaakt verzekeringscontractenrecht: dit was het geval in Duitsland, Zwitserland en Australië. Maar in andere federale structuren zoals de Verenigde Staten en Canada daarentegen, werd vastgehouden aan deelstatelijk recht, en werd geopteerd voor de zachte toenadering, die uitgaat van door academici opgemaakte modelwetten of *restatements*. De problematiek houdt ook verband met de twijfel over de plaats van het verzekeringscontractenrecht: behoort dit tot het civiel recht, of tot het economisch recht? Zeer in het kort

²⁴. Actieplan, nrs. 59-62.

²⁵. Actieplan, nr. 63.

²⁶. Onder de leiding van de professoren U. Mattei en M. Busano.

²⁷. De bevindingen zullen worden gepubliceerd als de "Principles of the existing EC contract law".

²⁸. Zie desbetreffende de werkzaamheden van de groep, M. CLARKE en H. HEISS, "Towards a European Insurance Contract Law? Recent developments in Brussels", *Journal of Business Law (JBL)*, 2006, 600 ff; R. MULLER, "Vers un droit européen du contrat d'assurance. Le 'Project Group Restatement of European Insurance Contract Law'", *E.R.P.L.* 2007, 99 ff.

²⁹. M.E. STEINDORFF, "Certains aspects de la déclaration du risque et de ses conséquences en droit comparé", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E.*, Brussel, Bruylant, 1981 (1993), 205.

³⁰. Zoals men weet is voor Von Savigny en de zijnen het recht de uitdrukking van een historische gegroeide collectieve ziel van het volk ("Voksgeist") en juist daarom staan zij wantrouwig tegenover een codificatie die strijdig is met de evolutieve inhoud van het recht. In het debat over de codificatie van het Duitse burgerlijk recht stond de school van Von Savigny tegenover de Heidelbergse hoogleraar Thibault voor wie het recht een product is of moet zijn van een redelijk denken en de irrationele diversiteit van de wetgevingen onduidelijk is, diende de codificatie een gelegenheid te zijn om de coherentie van het recht te herstellen. Vgl. mijn bijdrage "Tentatieve (tweetalige) slotbeschouwingen over de harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht", in *Tijdschrift voor verzekeringen. Speciaal nummer; Schadeloosstelling in Verzekeringen* 2003, 201-212.

kan worden gesteld dat het orthodoxe civiel recht waarden-neutraal is in die zin dat het niet één partij wil beschermen maar wel nastreeft de burger te beschermen, in welke (wisselende) positie deze zich ook bevindt. Het economisch recht treedt sturend op en gaat typisch de ene partij favoriseren boven de andere. Een ander verschil is dat het civiel recht “bottom up”, dus vanuit de collectiviteit is gegroeid, terwijl het economisch recht daarentegen van boven uit wordt opgelegd, soms juist om in te gaan tegen wat leeft in de bestaande zeden, gewoonten en praktijken. Naar onze mening kan gesteld worden dat het verzekeringsrecht een tussenpositie inneemt tussen het civiel en het economisch recht. Deze tweeslachtigheid is weerspiegeld in de aarzelingen over de wenselijkheid internationale eenmaking ervan.

6. Mede onder impuls van de eerder genoemde Mededelingen en het actieplan van de Europese Commissie is de attitude thans veranderd en lijkt het pleit beslecht te zijn, in academische middens³¹ maar ook daarbuiten, ten voordele van een of andere formule van harmonisatie, zij het op grond van uiteenlopende argumenten en motieven.

Afgezien van het hierboven genoemde argument dat de eenmaking van het contractenrecht een noodzakelijke voorwaarde is voor het welslagen van een werkzame grensoverschrijdende dienstverlening en van een interne verzekeringsmarkt voor massarisico's worden vaak volgende argumenten gehoord.

Harmonisatie is “un bien en soi”, vanuit juridisch oogpunt omwille van de “deregulerend” effect (in de zin van reductie van complexiteit, vereenvoudiging) dat ervan uitgaat, als economisch. Rechtseconomen vertalen dit argument door erop te wijzen dat harmonisatie leidt tot een reductie van transactiekosten³². Nog een andere overweging is gesteund op verzekeringstechnische grondslag. Vanuit die hoek wordt voorgehouden dat een belangwekkend voordeel van harmonisatie van verzekeringsrecht hierin bestaat dat “cross border risk pools” kunnen gevormd worden, die veel omvangrijker en ook meer “representatief” zijn voor multinationale verzekeraars dan deze die op nationaal vlak kunnen gevormd worden. De vorming van grote en grensoverschrijdende risk pools zou aan de verzekeraars toelaten eenvormige pan-Europese “single policy” aan te bieden, hetgeen ook voor de consumenten voordelig is, in het bijzonder voor de “euro-

mobiles”, de “expatriates” en de grensbewoners. Indien volledige harmonisatie in dit stadium niet mogelijk is, kan worden teruggevallen op de formule waarbij de geharmoniseerde regels worden aangeboden als optioneel instrument (zie *supra*, randr. 2 en *infra*, randnr. 7).

7. Niet alle lidstaten zijn in de werkgroep vertegenwoordigd, maar toch wordt een zekere representativiteit nagestreefd. Dit geldt ook voor de zgn. nieuwe lidstaten.

Essentieel kenmerk van de samenstelling van de werkgroep is wel dat hij beperkt blijft tot academici³³ en dat dus noch de overheid noch belangengroepen aan de redactie van de Restatement deelnemen. Dit wil niet zeggen dat hun stem niet wordt gehoord. Overeenkomstig het stelsel dat voor alle deelgroepen die in het CFR-netwerk werkzaam zijn wordt het werk van de groepen (zoals van de Restatement-groep) van tijd tot tijd voorgelegd aan een vergadering van zgn. “stakeholders” die door de Europese Commissie wordt samengesteld en uitgenodigd (waaronder vertegenwoordigers van verzekeraars, consumenten en tussenpersonen, maar ook vakbonden, patiëntenorganisaties en anderen).

Wat de door de werkgroep gekozen methodologie betreft dient benadrukt te worden dat de voorbereiding van een *European Insurance Contract Act* in het kader van de CFR essentieel geheel los blijft staan van zijn eventuele implementatie door de Europese instanties naderhand. Daarbij wordt het voorbeeld gevolgd van wat eerder met succes door de Lando-Commissie werd toegepast bij het opstellen van de *Principles of European Contract Law*. Er wordt dus niet gewerkt met het oog op het voorbereiden van een richtlijn, of van een verordening. Wel werd bij de redactie de formule van een optioneel instrument voor ogen gehouden, zulks in overeenstemming met de aanbevelingen die het Europees Economisch en Sociaal Comité formuleerde in zijn advies (CESE) 1626/2004 van 15 december 2004. Het is de bedoeling dat de Restatement het op een verzekeringsovereenkomst toepasselijk recht zal zijn, wanneer de partijen zulks overeengekomen zijn bij toepassing van de IPR-conflictenregels zoals neergelegd in de richtlijn: m.a.w. wanneer bij toepassing van deze conflictregels het toepasselijk recht het recht is van een lidstaat, zullen de partijen de keuze hebben tussen statelijk recht en de regels van het facultatief instrument³⁴.

³¹. Maar ook daarbuiten, met name in de schoot van de Europese beroepsvereniging van verzekeraars (Comité Européen des Assurances), die traditioneel ijvert voor eenmaking of toenadering.

³². Zie evenwel ook de zeer kritische appreciaties van de Mededeling van de Commissie vanuit rechts-economische analyse: R. VAN DEN BERGH, “Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: not to be continued”, *An Academic Green Paper on European Contract Law* (geciteerd, noot 12), p. 249. In hetzelfde boek, zie ook de kritische bijdragen van H. COLLINS, “Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract Law”, (*o.c.*, p. 269) en N. REICH, “Critical Comments on the Commission Communication on European Contract Law”, (*o.c.*, p. 283).

³³. De huidige voorzitter is Helmut Heiss (Mannheim) en de leden zijn de professoren J. Basedow (Max Planck Instituut Hamburg), J. Battaler Grau (Valencia), J. Birds (Sheffield), D. Cerini (Milaan), Malcolm A. Clarke (Cambridge), H. Cousy (Leuven), B. Dufwa (Stockholm), J. Kullmann (Paris I), J. Pegado Liz (Lissabon), J. Rokas (Athene), B. Rüdich (Innsbruck), A. Schnyder (Zürich), J. Novia-Timonen (Tampere), P. Takats (Budapest), M. Wandt (Frankfurt), H. Wansink (Rotterdam).

³⁴. Voor een goede werking van een dergelijk stelsel zouden de regels van de Restatement het voorwerp uitmaken van een verordening: zie H. HEISS, *o.c.*, *E.R.P.L.* 2005, 693.

Het model van de PECL wordt ook gevolgd inzake de manier waarop de teksten worden geredigeerd: zoals de *American Law Institute* heeft gedaan bij de voorbereiding van de verschillende restatements wordt gepoogd “statutelijke rules” te redigeren die kunnen beschouwd worden als de “restatement” van het (verzekerings-)recht in Europa en dat wordt ondersteund door comparatieve noten (houdende beschrijving van het recht in een aantal lidstaten) en commentaren (houdende toelichting bij de gekozen oplossingen en formuleringen).

De regels van de Restatement kunnen niet beschouwd worden als minimum standaarden waarbij het de lidstaten zou toegelaten zijn de eigen regels toe te passen telkens deze een hogere bescherming bieden. Evenmin zouden de lidstaten de regels van de Restatement kunnen terzijde schuiven door de toepassing te eisen van de eigen internationaal dwingende regels (“lois de police”).

Eigenlijk stemt de door de Restatement gevolgde positionering vrij getrouw overeen met de Guidelines for “a best solution” vervat in het eerder genoemde advies CESE 1626/2004 van het Europees Economisch en Sociaal Comité: “Firstly, due consideration must be given to the essential task of all insurance contract law – to provide a legal framework for effective risk bearing on the part of the insurer and thus to guarantee the proper functioning of insurance business itself. Secondly, it is essential that the conflicting interests of the parties are carefully balanced. With regard to this aspect, due recognition must be given to the modern trend to grant a relatively high degree of protection to the policyholder. On the basis of these observations efforts to improve the internal insurance market should focus on mandatory rules.”³⁵

De Restatement beperkt zich tot regels van dwingend recht (in de zin van regels waarvan niet kan worden afgeweken bij overeenkomst tussen partijen). Evenwel moet deze vaststelling in twee opzichten worden genuanceerd. Het dwingend karakter van de regeling betreft enkel verzekeringscontracten die betrekking hebben op massarisico’s in de zin van de tweede richtlijn schadeverzekering³⁶: bij de verzekering van grote risico’s kunnen de partijen ervan afwijken en dit zowel in de ene als in de andere richting. Voor wat de massarisico’s betreft, is de regeling van de Restatement eigenlijk van “semi-dwingend” recht. Dit betekent dat de partijen er kunnen van afwijken maar alleen indien deze afwijking niet ten nadele speelt van de verzekeringnemer.

8. Zoals reeds vermeld dient het resultaat van de werkzaamheden klaar te zijn tegen eind 2007. De projectgroep zal op dat ogenblik enkel een algemeen deel kunnen voorleggen, t.t.z. het deel van de regels die van toepassing zijn op alle takken.

Er bestaat geen geheimhouding betreffende de inhoud van het project: op de “stakeholder-vergaderingen” is deze trouwens openlijk toegankelijk voor alle belangstellenden. Toch is afgesproken dat het project inhoudelijk slechts aan de buitenwereld zal voorgedragen worden wanneer het is afgewerkt als een (zo hopen wij) coherent geheel.

Toch een paar gegevens over de inhoud. De Restatement wordt niet, zeker niet expliciet, gedragen door één leidende gedachte. Er werd niet, althans niet systematisch bescherming van de ene of de andere partij nagestreefd, en evenmin streefdoelen als contractsvrijheid of partij-autonomie. Toch onderscheidt het project zich door het beheerst omspringen met dwingend recht. Er wordt gepoogd overmatige detaillering van de regeling te vermijden, hetgeen in de heersende sfeer van over-regulering een gedurfde benadering is. Uiteraard wordt hier en daar modernisering nagestreefd, bijvoorbeeld inzake bewijsrecht. In vergelijking met de Belgische Wet van 1992 zijn er enkele opvallende verschillen, maar die zijn zeker niet revolutionair: geen spontane aangifteplicht van de verzekeringnemer zoals nog steeds het geval is naar Belgisch recht; voor het sanctioneren van verzwijging of onjuiste beschrijving van het risico door een reductie van de prestatie van de verzekeraar wordt in de Restatement een causaal verband vereist tussen het schadegeval en het verzwegen element van het risico. Anders dan de Belgische wetgeving zal de Restatement een algemene bepaling bevatten in verband met betrekking tot de zgn. Obliegenheiten.

9. Tot slot. Bij de beschrijving van de (vele) academische en andere werkgroepen en netwerken die zich dezer dagen bezighouden met het boekstaven van wat een Europees privaatrecht is of zou kunnen of moeten zijn, heeft iemand deze groepen vergeleken met even zovele laboratoria waarin wordt geëxperimenteerd met ideeën en concepten die ontleend zijn aan het bestaande recht en soms aan visie. Het is goed dat de brede juristengemeenschap zicht houdt op deze experimenten. Bovenstaande mededeling is bedoeld om daartoe bij te dragen.

³⁵ *O.c.*, p. 21.

³⁶ Overeenkomstig de Europese richtlijnen zijn massarisico’s risico’s die geen grote risico’s zijn. Grote risico’s worden gedefinieerd in artikel 5, d), van de Eerste Schadeverzekeringrichtlijn van 24 juli 1974 (zie de omzetting in art. 1 van het K.B. van 22 februari 1991 houdende het algemeen controle-regelment). Voor een commentaar van het onderscheid en de wijze waarop het gemaakt is, zie H. COUSY en H. CLAASSENS, “Het algemeen kader van de richtlijnen van de derde generatie”, in *L’Europe de l’Assurance. Het Europa der Verzekeringen*, Maklu-Academia Bruylant, 1992, 17-44.