Mr. J.Ph. de Korte[1]

De *ligging van het risico* in het conflictenrecht voor directe schadeverzekeringsovereenkomsten

Nr. 17

Een verzekeringsovereenkomst heeft veelal grensoverschrijdende aspecten. Daarmee is al snel de vraag aan de orde welk recht op de verzekeringsovereenkomst van toepassing is. Voor het antwoord op die vraag is men aangewezen op het conflictenrecht voor verzekeringsovereenkomsten, dat bovendien bepaalt of een eventuele rechtskeuze rechtgeldig is. Voor directe schadeverzekeringsovereenkomsten is het daarop toepasselijke recht (en de rechtsgeldigheid van een daarin opgenomen rechtskeuze) afhankelijk gesteld van de 'ligging van het risico', welk begrip is gedefinieerd in art. 2 sub d van de Tweede richtlijn schadeverzekeringen ('TRS').[2] In publicaties op het gebied van het conflictenrecht is tot nu toe slechts zijdelings aandacht besteed aan de betekenis van dit begrip.[3] Dit begrip is in 2001 door het HvJ EG geïnterpreteerd in het *Kvaerner*-arrest,[4] maar deze uitspraak wordt – voor zover mij bekend – niet genoemd in sindsdien verschenen publicaties op conflictenrechtelijk gebied.[5] Zeker gezien de recente voorstellen om het conflictenrecht voor verzekeringsovereenkomsten integraal te regelen in de Rome I-verordening, vormt dit alles voldoende aanleiding voor een nadere analyse van de ligging van het risico als conflictenrechtelijk criterium. Daartoe wordt allereerst het belang van het huidige begrip ligging van het risico toegelicht (onderdeel 1) en de definitie daarvan in de TRS besproken (onderdeel 2). Aan de hand van het *Kvaerner*-arrest (onderdeel 3), wordt geconcludeerd dat niet in alle gevallen met zekerheid valt te zeggen waar het risico in de zin van deze definitie is gelegen indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is (onderdeel 4). In onderdeel 5 (meervoudige ligging van het risico) en onderdeel 6 (vergelijking met het EVO[6]) komen meer fundamentele bezwaren aan de orde tegen het conflictenrechtelijke begrip 'ligging van het risico'. Er wordt afgesloten met een aanbeveling aan de opstellers van de Rome I-verordening.

1. Relevantie van het begrip 'ligging van het risico'

De bepaling van de ligging van het risico is om meerdere redenen van belang. Allereerst is de ligging van het risico van belang voor de bepaling van de toepasselijkheid van het EVO danwel de TRS. Eén van de belangrijkste verschillen tussen beide is dat het EVO in tegenstelling tot de TRS een vrijwel ongelimiteerde rechtskeuzevrijheid kent. Op grond van de Wet Conflictenrecht Schadeverzekeringen ('WCS')[7] wordt het op de schadeverzekeringsovereenkomst toepasselijke recht bepaald door het EVO indien het door de overeenkomst gedekte risico buiten de EG is gelegen (art. 4 WCS) en bepaald door de TRS indien het gedekte risico is gelegen binnen de EG (art. 5 WCS). Op grond van art. 1 lid 3 EVO dient de rechter zijn eigen recht toe te passen bij de beoordeling van de vraag of het door de overeenkomst gedekte risico binnen of buiten de EG is gelegen. Het Nederlandse recht verwijst daarvoor naar art. 2 sub d TRS (art. 3 WCS).[8]

1 Mr. J.Ph. de Korte is advocaat te Amsterdam.

2 Tweede Richtlijn nr. 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 (*PbEG* L 172, p. 1).

3 Ph.H.J.G. van Huizen, 'Grote en andere risico's van verzekering en het toepasselijk recht volgens de tweede richtlijn vrije dienstverlening', *Verzekerings-Archief* 1989, p. 155-169; K.W. Brevet, 'De tweede richtlijn schadeverzekering en het toepasselijke recht', *Verzekerings-Archief* 1991, p. 19-32; M.E. Koppenol-Laforce, 'Wet conflictenrecht schadeverzekering is per 1 juli 1991 in werking getreden', *TVVS* 1991, p. 264-265; P. Vlas, 'Inwerkingtreding wet conflictenrecht schadeverzekering 1993', *A&V* 1994, p. 98-99; J. Borgesius, 'Het toepasselijke recht op de internationale verzekeringsovereenkomst', *Vrb* 1995, p. 93-97; R.I.V.F. Bertrams & F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Willink 1999. Zie ook noot 5.

4 HvJ EG 14 juni 2001, zaak C-191/99, *Jur.* 2001, p. I-4447. Uit r.o. 54 van het *Kvaerner*-arrest blijkt dat het tevens van belang is voor de interpretatie van de definitie van het begrip 'de lidstaat van de verbintenis' van art. 2 sub e van de tweede richtlijn levensverzekeringen (Tweede Richtlijn nr. 90/619/EEG van de Raad van 8 november 1990, L 330, p. 50). De definitie in art. 2 sub e van de tweede richtlijn levensverzekeringen is vervangen door een gelijkluidende definitie in art. 1 lid 1 sub g van de levensverzekeringsrichtlijn nr. 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 (L 345, p. 1). Ik merk op dat de Wet conflictenrecht levensverzekeringen van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 16 (gewijzigd bij Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 368 en bij Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 605) nog verwijst naar de – *vervallen* – tweede richtlijn levensverzekeringen. Ik laat de levensverzekering hier verder buiten beschouwing.

5 Bijzondere overeenkomsten II.17A (Bertrams); X.E. Kramer, 'Verzekering en internationaal-privaatrechtelijke aspecten in Europees perspectief', *Verzekerings-Archief* 2004, p. 109-113; M.E. Koppenol-Laforce, 2005, T&C Verzekeringsrecht; L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 184; F.H.J. Mijnssen, 'Europees recht en Nederlands verzekeringsrecht', *Verzekerings-Archief* 2005, p. 88-91; C.A. Joustra, 'Het voorstel voor een Rome-I-Verordening: een nieuwe kans voor het ipr voor verzekeringsovereenkomsten?', *NTHR* 2006(4), p. 130-137. Ik heb mij bij dit onderzoek beperkt tot de in Nederland verschenen publicaties.

6 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1990.

7 Wet Conflictenrecht Schadeverzekering van 7 juli 1993, *Stb.* 1993, 392 (gewijzigd bij Wet van 9 maart 1994, *Stb.* 1994, 252 en bij Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 605).

8 Waarbij moet worden aangenomen dat indien het risico op grond van de TRS niet in een of meer van de lidstaten van de EG is gelegen, het risico buiten de EG is gelegen (*i.e.* dat de woorden *'(de) lidstaat'* in art. 2 sub d TRS in dit verband gelezen moeten worden als *'(de) staat'*).

Ten tweede is, indien de TRS van toepassing is, de ligging van het risico in de zin van art. 2 sub d TRS van belang voor de beantwoording van de vraag welk recht partijen op hun schadeverzekeringsovereenkomst van toepassing kunnen verklaren (art. 7 lid 1 sub a tot en met f TRS), welk recht van toepassing is op de overeenkomst bij gebreke van een geldige rechtskeuze (art. 7 lid 1 sub h TRS) en aan het dwingende recht van welke lidstaat het gekozen of toepasselijke recht niet afdoet (art. 7 lid 1 sub g en art. 7 lid 2 TRS). De TRS neemt zelfs aan dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met de lidstaat waar het risico is gelegen (art. 7 lid 1 sub h TRS).

Ten derde is hetzelfde begrip ligging van het risico om (ver) buiten het conflictenrecht gelegen redenen van belang. In het kader van het toezicht op verzekeraars dient de verzekeraar onder bepaalde omstandigheden een melding te verrichten aan de toezichthoudende instantie. Deze zogenaamde notificatieplicht is onder meer afhankelijk van de ligging van het risico, in de zin van art. 2 sub d TRS, waarvan de verzekering is voorgenomen.[9] Daarnaast kunnen op grond van art. 46 lid 2 derde richtlijn schadeverzekeringen ('DRS')[10] indirecte belastingen en parafiscale heffingen op verzekeringspremies – waaronder assurantiebelasting in de zin van art. 20 Wet op belastingen van rechtsverkeer – alleen geheven worden door de lidstaat waar het risico is gelegen in de zin van art. 2 sub d TRS. Deze bepaling is bedoeld om concurrentievervalsing tussen lidstaten op het gebied van verzekeringsdiensten tegen te gaan.[11] De voorganger van deze bepaling – art. 25 TRS – vormde de opmaat voor het *Kvaerner*-arrest.

2. Art. 2 sub d TRS

Art. 2 aanhef en sub d TRS luidt als volgt:

'In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:
(...)
(d) Lid-Staat waar het risico is gelegen:
- *de Lid-Staat waar de goederen zich bevinden, wanneer de verzekering betrekking heeft hetzij op onroerend goed, hetzij op onroerend goed en op de inhoud daarvan, voor zover deze door dezelfde verzekeringspolis wordt gedekt;*
- *de Lid-Staat van registratie, wanneer de verzekering betrekking heeft op voer- en vaartuigen van om het even welke aard;*
- *de Lid-Staat waar de verzekeringnemer de overeenkomst heeft gesloten, indien het overeenkomsten betreft met een looptijd van vier maanden of minder die betrekking hebben op tijdens een reis of vakantie gelopen risico's, ongeacht de branche;*
- *de Lid-Staat waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft, of, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de lidstaat waar zich de vestiging van deze rechtspersoon bevindt waarop de overeenkomst betrekking heeft, in alle gevallen die niet uitdrukkelijk zijn genoemd is de vorige streepjes'.*

De eerste drie onderdelen van art. 2 sub d TRS bevatten specifieke regels voor de bepaling van de ligging van het risico bij verzekering van onroerende zaken, voer- en vaartuigen en kortlopende reisverzekeringen ('bijzondere risico's'). De laatste zinsnede van deze definitie heeft mijns inziens tot gevolg dat, ook indien de overeenkomst slechts voor een deel betrekking heeft op één of meer bijzondere risico's, de ligging van het risico van de gehele overeenkomst aan de hand van deze delen dient te worden bepaald.

Indien de verzekeringnemer een natuurlijk persoon betreft – en de overeenkomst geen betrekking heeft op een bijzonder risico – is het risico op grond van het vierde onderdeel van deze definitie gelegen in de lidstaat waar deze persoon zijn gewone verblijfplaats heeft.[12] Dat de gewone verblijfsplaats of plaats van vestiging van de verzekerde(n) elders is gelegen, is in dit geval dus niet van belang.

Indien de verzekeringnemer een rechtspersoon betreft – en de overeenkomst geen betrekking heeft op een bijzonder risico – is maatgevend waar zich de vestiging van de verzekeringnemer bevindt waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het risico kan blijkens de gehanteerde definitie slechts geacht worden te zijn gelegen waar de vestiging van de verzekeringnemer zich bevindt, indien de verzekeringsovereenkomst betrekking heeft op deze vestiging van de verzekeringnemer.[13] Indien er van wordt uitgegaan dat alleen *verzekerde* vestigingen kwalificeren als vestigingen waarop de verzekeringsovereenkomst betrekking heeft, moet enkel nog de vraag beantwoord worden welke verzekerde vestigingen kwalificeren als vestiging van de rechtspersoon die verzekeringnemer is. Onder meer die vraag is aan de orde in het *Kvaerner*-arrest.

3. Het Kvaerner-arrest

De verzekeringsconstructie die ten grondslag lag aan het *Kvaerner*-arrest is niet ongewoon. Het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde Kvaerner plc ('Kvaerner') hield via een eveneens in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochter alle aandelen in het kapitaal van een in Nederland gevestigde

9 Zie art. 34 DRS. Voorheen art. 14 TRS. Voor Nederland geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht ('Wft') (Vóór 1 januari 2007: Wet toezicht verzekeringsbedrijf).

10 Derde Richtlijn nr. 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (*PbEG* L 228, p. 1). Voorheen art. 25 TRS.

11 Zie de vijftiende considerans bij de TRS en de dertigste considerans bij de DRS.

12 Uit art. 7 lid 1 sub b TRS volgt dat de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer en de ligging van het risico verschillend kunnen zijn. Vermoedelijk ziet het betreffende onderdeel van deze bepaling op het geval dat de natuurlijke persoon verzekeringnemer is van een overeenkomst die betrekking heeft op een bijzonder risico en dat een van de eerste drie onderdelen van art. 2 sub d TRS een ligging van het risico aanwijzen in een andere lidstaat dan de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer.

13 Verschillende auteurs lijken alleen al daarom iets te kort door de bocht te gaan. Zie K.W. Brevet, 'De tweede richtlijn schadeverzekering en het toepasselijke recht', *Verzekerings-Archief* 1991, p. 24 en Bertrams & F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Willink 1999, p. 159.

vennootschap ('JB BV') en sloot onder meer met betrekking tot de activiteiten van deze laatste vennootschap verzekeringen af. De Nederlandse overheid legde vervolgens een aanslag assurantiebelasting op over de door JB BV afgedragen verzekeringspremies. Voor de beantwoording van de vraag of de Nederlandse fiscus op grond van art. 25 TRS bevoegd was hierover assurantiebelasting te heffen, diende aan de hand van art. 2 sub d TRS bepaald te worden of het risico was gelegen in Nederland en diende – kennelijk omdat de overeenkomst geen betrekking had op een bijzonder risico – daarmee de vraag beantwoord te worden of JB BV kwalificeerde als een vestiging van de rechtspersoon die verzekeringnemer is (Kvaerner) in de zin van art. 2 sub d, vierde onderdeel, TRS. In verband hiermee stelde de Hoge Raad drie prejudiciële vragen aan het HvJ EG.

Het HvJ EG maakte allereerst uit dat de definitie van vestiging in art. 2 sub c TRS slechts ziet op de vestiging van een verzekeringsmaatschappij en derhalve niet kan worden toegepast om uit te maken wat kwalificeert als een vestiging van de verzekeringnemer (r.o. 35). Art. 2 sub c TRS definieert vestiging als '*hoofdkantoor, agentschap of bijkantoor van een onderneming, met inachtneming van artikel 3*'. Op grond van art. 3 TRS wordt met agentschap of bijkantoor (kort gezegd) gelijkgesteld '*elke duurzame aanwezigheid van een onderneming op het grondgebied van een lidstaat*'. In het verleden is er wel van uitgegaan dat deze definitie van toepassing is op art. 2 sub d, vierde onderdeel, TRS.[14] Vier jaar na het wijzen van het *Kvaerner*-arrest wordt dit nog door Koppenol-Laforce vermoed.[15] Hoewel in het *Kvaerner*-arrest is uitgemaakt dat deze definitie niet toepasselijk is op de verzekeringnemer, zal hierna in onderdeel 4 worden toegelicht dat aan de economische benadering die aan deze definitie ten grondslag ligt niet iedere relevantie kan worden ontzegd voor de interpretatie van het begrip vestiging van de verzekeringnemer-rechtspersoon.

Het HvJ EG oordeelde vervolgens dat het begrip vestiging zoals gehanteerd in art. 2 sub d, vierde onderdeel, TRS aldus moet worden uitgelegd dat het '*dochter- en kleindochtermaatschappijen van de rechtspersoon die verzekeringnemer is, omvat*' (r.o. 53) en '*alle met elkaar verbonden vennootschappen binnen een concern omvat wanneer een van die vennootschappen een verzekeringspolis afsluit die andere vennootschappen van het concern dekt*' (r.o. 56). Uit r.o. 57 blijkt dat het HvJ EG met deze formuleringen alleen (klein)dochter- en concernvennootschappen '*waarvan de bedrijfsrisico's zijn verzekerd*' beoogde (en niet tevens vennootschappen die niet als verzekerde kwalificeren onder de verzekeringsovereenkomst).

Uit de beantwoording van de derde prejudiciële vraag volgt dat voor de bepaling van de ligging van het risico niet van belang is dat de verzekerde vestiging geen bijdrage levert aan de door de verzekeringnemer verschuldigde verzekeringspremies. Het HvJ EG benadrukte daarbij dat de uitleg van de in het geding zijnde gemeenschapsregeling '*niet mag afhangen van interne afspraken binnen een concern over de wijze van facturering en betaling*' (r.o. 59). Overigens werd evenmin belang gehecht aan het feit dat de verzekerde de verzekeringnemer geen opdracht had gegeven tot het afsluiten van de verzekering.

4. Vestiging van de verzekeringnemer-rechtspersoon

Het HvJ EG acht een (klein)dochter- of concernvennootschap (waaronder in potentie dus ook moeder- en zustervennootschappen) waarvan de bedrijfsrisico's zijn verzekerd voldoende gelieerd met de verzekeringnemer-rechtspersoon om als vestiging van de verzekeringnemer waarop de overeenkomst betrekking heeft te kwalificeren.[16] Daarbij blijft echter onzeker of de ligging van het risico wordt bepaald door (i) de locatie van de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging van de verzekeringnemer-rechtspersoon, (klein)dochter- of concernvennootschap van wiens onderneming risico's zijn verzekerd of (ii) de plaats waar de onderneming van de verzekeringnemer-rechtspersoon, (klein)dochter- of concernvennootschap de verzekerde activiteiten ontplooit. Zowel het *Kvaerner*-arrest als de TRS zijn wat dit betreft intern tegenstrijdig. Ten gunste van de vennootschappelijke benadering (onder (i)) kan onder meer worden aangevoerd dat het HvJ EG de economische definitie van vestiging van art. 2 sub c TRS niet van toepassing heeft verklaard (r.o. 35) en dat het HvJ EG spreekt van '*de rechtspersoon waarvan de bedrijfsrisico's zijn verzekerd*' (r.o. 57). Daarnaast kan uit art. 7 lid 1 sub e TRS een vennootschappelijke benadering worden afgeleid.[17] Daarentegen spreekt voor de economische benadering (onder (ii)) onder meer de overweging van het HvJ EG dat in art. 2 sub d, vierde onderdeel, TRS '[d]*e nadruk wordt gelegd op de plaats waar de activiteit wordt verricht waarvan het risico door de overeenkomst is gedekt*' / '*waar een exploitatierisico is gelegen*' (r.o. 46) en dat volgens de Commissie en het HvJ EG het '*voornaamste criterium de plaats van de activiteiten waarvan de risico's worden gedekt*' is (r.o. 52). Daarnaast kan uit art. 7 lid 1 sub b TRS een economische benadering worden afgeleid.[18] Het onderscheid in benadering kan als volgt worden geïllustreerd. Indien een rechtspersoon met zetel, hoofdbestuur en hoofdvestiging buiten de EG een verzekering afsluit die alleen zijn Nederlandse bijkantoor (zonder eigen rechtspersoonlijkheid) dekt, is het risico volgens de ven-

14 Zie MvT Wet op belastingen van rechtsverkeer 1990, p. 4; K.W. Brevet, 'De tweede richtlijn schadeverzekering en het toepasselijke recht', *Verzekerings-Archief* 1991, p. 25-26.

15 Zie M.E. Koppenol-Laforce, 2005, (*T&C Verzekeringsrecht*), art. 3 Wet conflictenrecht schadeverzekering, aant. 2.

16 A-G Jacobs ging nog één stap verder. Hoewel hij in §24 overwoog dat verzekeringnemer en verzekerde niet gelijkgesteld kunnen worden, concludeerde hij in §52 dat iedere door de verzekeringnemer verzekerde rechtspersoon enkel vanwege het bestaan van deze verzekering kwalificeert als een vestiging van deze verzekeringnemer. Zie Conclusie A-G Jacobs gepubliceerd in *BNB* 2002/77c.

17 Tenzij men aanneemt dat deze bepaling uitsluitend van toepassing is indien de overeenkomst betrekking heeft op een bijzonder risico.

18 Tenzij men aanneemt dat deze bepaling uitsluitend van toepassing is indien de overeenkomst betrekking heeft op een bijzonder risico of indien de verzekering ziet op andere vennootschappen dan de verzekeringnemer-rechtspersoon.

nootschappelijke benadering niet in de EG gelegen en volgens de economische benadering in Nederland gelegen. Indien een Nederlandse B.V. een verzekering afsluit voor de activiteiten van haar Nederlandse en Belgische filialen (zonder eigen rechtspersoonlijkheid) is het risico volgens de vennootschappelijke benadering gelegen in Nederland en volgens de economische benadering in beide landen gelegen.

Uit het voorgaande blijkt dat onder omstandigheden niet met zekerheid valt te zeggen waar het risico is gelegen indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is.[19]

5. Meervoudige ligging van het risico

Zoals het *Kvaerner*-arrest illustreert is het risico in de zin van art. 2 sub d TRS al snel in meer dan één land gelegen. Meervoudige ligging van het risico is niet nieuw: zo is het risico op grond van art. 2 sub d TRS ook in meerdere lidstaten gelegen indien de verzekeringsovereenkomst betrekking heeft op meerdere voertuigen die niet allen in dezelfde lidstaat zijn geregistreerd of betrekking heeft op zowel een onroerende zaak die zich in lidstaat A bevindt als een voertuig dat in lidstaat B is geregistreerd.[20] De mogelijkheid van meervoudige ligging van het risico maakt de van dit criterium afhankelijke onderwerpen echter wel complexer dan ze al zijn.

Wat te denken van de scheidslijn tussen de toepasselijkheid van de TRS danwel het EVO op grond van de WCS? Indien het risico op grond van art. 2 sub d TRS zowel binnen als buiten de EG is gelegen, verklaren art. 4 en 5 WCS zowel de TRS als het EVO van toepassing op de overeenkomst. Omdat het EVO zelf in art. 1 lid 3 bepaalt dat het niet van toepassing is op overeenkomsten waarmee risico's worden gedekt die zijn gelegen in de EG, het EVO in art. 20 voorrang verleent aan de TRS en het EVO-verdrag boven de WCS gaat, ben ik geneigd het EVO alleen van toepassing te laten zijn indien geen van de risico's in de EG is gelegen en de TRS op de (gehele) verzekeringsovereenkomst van toepassing te verklaren ook al is een deel van de risico's buiten de EG gelegen.[21]

Daarnaast lijkt de TRS niet in alle gevallen te voldoen aan haar conflictenrechtelijke doelstellingen in het geval het risico van een verzekeringsovereenkomst gelegen is in meer dan één lidstaat.[22] Indien geen (geldige) rechtskeuze kan worden aangenomen (art. 7 lid 1 sub h, eerste zin, TRS), is het recht van het land waarmee de verzekeringsovereenkomst het nauwst is verbonden van toepassing (art. 7 lid 1 sub h, tweede zin, TRS). Daarbij wordt echter aangenomen dat de keuze is beperkt tot het recht van het land dat partijen op grond van de TRS rechtgeldig *hadden* kunnen kiezen[23] – waaronder altijd de lidstaat waar het risico is gelegen (art. 7 lid 1 sub a tot en met g TRS) – en wordt tegelijkertijd aangenomen dat de overeenkomst het nauwst is verbonden met de lidstaat waar het risico is gelegen (art. 7 lid 1 sub h, vierde zin, TRS). Indien in meerdere lidstaten vergelijkbare risico's zijn gelegen, zal men daarom al snel aangewezen zijn op splitsing (*dépeçage*) van de overeenkomst (art. 7 lid 1 sub h, derde zin, TRS). *Dépeçage* kan tot gevolg hebben dat dezelfde verzekeringsovereenkomst zowel nietig als geldig verklaard moet worden. Al met al biedt de TRS dan ook een weinig bevredigende oplossing voor het geval het risico in meerdere lidstaten is gelegen.

6. Contractspartijen v. verzekerde (activiteit)

Het EVO knoopt in principe aan bij het land van de hoofdvestiging van de verzekeraar, zijnde de karakteristieke prestant in de zin van art. 4 EVO, of – wanneer de verzekeringnemer kwalificeert als consument – het land van de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer (art. 5 EVO). De contractanten bij de overeenkomst spelen derhalve – en mijns inziens terecht – een hoofdrol onder het EVO. Onder de TRS ligt dat fundamenteel anders. Onder de TRS is het toepasselijke recht in principe het recht van het land waar het risico is gelegen. Daarvoor is primair van belang wat verzekerd is (de bijzondere risico's). Indien de overeenkomst geen betrekking heeft op een bijzonder risico en de verzekeringnemer een rechtspersoon is, is bovendien van belang waar de verzekerde zich bevindt (of de verzekerde activiteit wordt ontplooid). Mijns inziens is deze diversiteit van aan-

19 Ik merk daarbij nog op dat aan de betekenis van het begrip 'vestiging van de verzekeringnemer' en (daarmee) het begrip 'ligging van het risico' bij de implementatie van de TRS en DRS in Nederland andere en (onderling) verschillende betekenissen zijn toegekend. De Wet op belastingen van rechtsverkeer bevat in art. 21 een definitie van 'ligging van het risico' die afwijkt van de definitie in art. 2 sub d TRS (zo is de restregel van art. 2 sub d, vierde onderdeel, TRS hier als hoofdregel opgenomen en vice versa), waarbij bovendien het begrip 'vestiging' is gedefinieerd als *'de hoofdvestiging van de rechtspersoon en elke andere duurzame aanwezigheid van die rechtspersoon in welke vorm dan ook'*. Hoewel de tot 1 januari 2007 geldende Wet toezicht verzekeringsbedrijf in art. 1 lid 1 sub q nog een definitie van het begrip 'ligging van het risico' bevatte die overeenkomt met de definitie in art. 2 sub d TRS, is het begrip 'staat waar het risico is gelegen' in het sinds 1 januari 2007 van kracht zijnde art. 1:1 Wft voor wat betreft de overeenkomsten die geen betrekking hebben op een bijzonder risico gedefinieerd als: *'de staat waar de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft, of, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de staat waar zich elke duurzame, vaste inrichting van deze rechtspersoon bevindt waarop de verzekering betrekking heeft'*.

20 Zie ook art. 7 lid 1 sub c en art. 7 lid 2, derde volzin, TRS.

21 Koppenol-Laforce stelt dat zowel het EVO als de TRS voor dit geval *dépeçage* suggereren indien de overeenkomst valt te splitsen. Zie M.E. Koppenol-Laforce, 2005, (*T&C Verzekeringsrecht*), art. 1 Wet conflictenrecht schadeverzekering, aant. 4. Zo ook Dicey/Morris, *The Conflict of Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, nr. 33-146; F. Seatzu, *Insurance in Private International Law*, Oxford: Hart 2003, p. 145. Mijns inziens blijkt uit de *dépeçage*-bepalingen in art. 4 lid 1, tweede zin, EVO en art. 7 lid 1 sub h, derde zin, TRS echter duidelijk dat deze uitsluitend zien op de vraag welk recht van toepassing is en niet op de (voor)vraag of het EVO danwel de TRS van toepassing is.

22 Art. 7 lid 2, derde alinea, TRS is alleen van toepassing indien en voor zover het geval door dwingend recht wordt beheerst.

23 F. Seatzu, *Insurance in Private International Law*, Oxford: Hart 2003, p. 144. Dat het recht van een lidstaat een grotere rechtskeuzevrijheid kent, kan daarbij eveneens een rol spelen (art. 7 lid 1 sub d TRS).

knopingspunten ongewenst. In meer algemene zin ben ik van mening dat het conflictenrechtelijke aanknopingspunt voor verzekeringsovereenkomsten niet afhankelijk zou moeten zijn van de vraag wie of wat verzekerd is. Voor de bepaling van wie of wat onder de overeenkomst is verzekerd – nota bene veelal de inzet van het materiële geschil – dient immers eerst het daarop toepasselijke recht te worden bepaald. Mijns inziens diskwalificeert de ligging van het (lees: gedekte/verzekerde) risico alleen al daarom als conflictenrechtelijk aanknopingspunt.

7. Tot slot

Uit het voorgaande blijkt dat de uitkomst van een conflictenrechtelijke analyse van een directe schadeverzekeringsovereenkomst nog minder voorspelbaar is dan tot nu toe aangenomen. Indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, valt onder omstandigheden niet met zekerheid te zeggen waar het risico is gelegen. Daarbij komt dat het risico zelfs bij een vrij alledaagse verzekering al snel op meer dan één plaats is gelegen, hetgeen tot conflictenrechtelijke complicaties kan leiden. Belangrijker is nog dat het gebruik van het begrip ligging van het risico als criterium voor het bepalen van het toepasselijke recht leidt tot een cirkelredenering. Dat bij dit alles de betekenis van het begrip ligging van risico aan zowel conflictenrechtelijke, fiscale als toezichthoudende richtlijnen is gekoppeld, maakt het geheel er niet eenvoudiger op.[24]

Het ziet er inmiddels naar uit dat het conflictenrecht voor verzekeringsovereenkomsten integraal geregeld gaat worden in de Rome I-verordening die thans in voorbereiding is.[25] Dat is zonder meer toe te juichen zolang men zich daarbij laat inspireren door het EVO en niet – zoals thans het geval lijkt te zijn (bijvoorbeeld voor wat betreft het onderscheid tussen grote en kleine risico's en het gebruik van het begrip ligging van het risico met vergelijkbare betekenis) – door de TRS. Het is dan ook te hopen dat men de suggesties van Joustra[26] voor een integrale regeling van het conflictenrecht voor verzekeringen in de Rome I verordening alsnog ter harte neemt, die er kort gezegd op neerkomen dat het recht van de woonplaats van de verzekeringnemer van toepassing is indien de verzekeringnemer kwalificeert als consument en in andere gevallen partijen vergaande rechtskeuzevrijheid hebben en – bij gebreke van een rechtskeuze – het recht van het land van de woonplaats van de verzekeraar vermoed wordt toepasselijk te zijn. Daarmee wordt de regeling gevolgd die het EVO ook voor andere overeenkomsten hanteert.

24 Op grond van art. 46 lid 2 DRS doet het op grond van art. 7 TRS op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht niet af aan de bevoegdheid van een lidstaat om belasting te heffen ten aanzien van de op haar grondgebied gelegen risico's onder de overeenkomst. Hetzelfde onderscheid geldt ten aanzien van toezichthoudende richtlijnen. Zie F. Seatzu, *Insurance in Private International Law*, Oxford: Hart 2003, p. 151. De betekenis van het begrip 'ligging van het risico' van art. 2 sub d TRS blijft daarmee echter onverkort gekoppeld aan zowel conflictenrechtelijke als fiscale richtlijnen en toezichthoudende richtlijnen.

25 Ik baseer deze verwachting op het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité van 23 december 2006 over het 'Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)' (C318, p. 56), het ontwerpverslag van 22 augustus 2006 (amendementen 1-31) en 7 december 2006 (amendementen 32-85) van de Commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement en het – voor zover bekend nog niet gepubliceerde – gezamenlijke voorstel van het Finse en Duitse voorzitterschap van de Europese Raad van 12 december 2006.

26 C.A. Joustra, 'Het voorstel voor een Rome-I-Verordening: een nieuwe kans voor het ipr voor verzekeringsovereenkomsten?', *NTHR* 2006(4), p. 130-137.