

doeningen als die van [eiser] tot een ander bedrag leidt, betekent nog niet dat dit tot aanpassing noopt van het naar billijkheid vast te stellen bedrag aan immateriële schadevergoeding. De QALY-methode is immers niet ontwikkeld voor en afgestemd op het begroten van dit soort schades, maar heeft tot doel de doelmatigheid van medische behandelingen te kunnen beoordelen. [eiser] heeft ter zitting toegelicht dat de impact op de kwaliteit van leven met de QALY-methode wordt vastgesteld aan de hand van vragenlijsten die door grote groepen personen met een bepaalde medische aandoening worden ingevuld. Naar het oordeel van de rechtbank gaat [eiser] er daarbij aan voorbij dat bij de begroting van immateriële schadevergoeding juist de gevolgen van het letsel in het concrete geval voorop staan. Niet in te zien valt hoe de impact van letsel in een individueel geval aan de hand van de resultaten van dergelijke vragenlijsten kan worden vastgesteld. Evenmin heeft [eiser] duidelijk gemaakt waarom daarvoor een deskundigenonderzoek noodzakelijk is en wat zo'n onderzoek dan concreet inhoudt. Bovendien is noch in de rechtspraak, noch in de literatuur, behoudens in publicaties van Visscher, steun te vinden voor de stelling dat een QALY-berekening mede van invloed zou moeten zijn op de begroting van immateriële schadevergoeding in een concreet geval. De rechtbank is dan ook van oordeel dat er geen grond is voor toewijzing van het verzoek, zodat dit zal worden afgewezen.

4.3. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van NN begroot op:
 vastrecht: € 639,=
 salaris advocaat: € 1.086,= (2 punten tarief II liquidatietarief)
 totaal: € 1.725,=.

5. De beslissing

De rechtbank:
 wijst het verzoek af,
 veroordeelt [eiser] in de proceskosten aan de zijde van NN begroot op € 1.725,=.

Verzekeringen

16

Mag verzekeraar uitsluitingsclausule voor bepaalde ziektebeelden in polis opnemen?

Gerechtshof Amsterdam
 9 juli 2019, nr. 200.222.282/01,
 ECLI:NL:GHAMS:2019:2395
 (mr. Hoekzema, mr. Keirse, mr. Aalders)
 Noot mr. dr. E.J. Wervelman

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. WMK. Van Leeuwen Convenant.

[WMK art. 4 lid 4]

Verzekeraar had medische vragen gesteld in verband met een aanvraag voor een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering. Naar aanleiding van de gegeven antwoorden nam verzekeraar een uitsluiting voor bepaalde ziektebeelden op en een wachttijd. Verzekerde maakte daar bezwaar tegen door zich te beroepen op de Wet op de Medische Keuringen (WMK). Met de rechtbank was het hof van oordeel dat er geen keuringsverbod gold.

[Appellant] te [woonplaats],
 appellant,
 advocaat: mr. K.F.J. Machielsens te Utrecht,
 tegen
Loyalis Schade NV te Heerlen,
 geïntimeerde,
 advocaat: mr. D. Horeman te Amsterdam.

1. *Het geding in hoger beroep*
 (...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.12 een aantal feiten opgesomd die tussen partijen vaststaan. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil, zodat het hof daarvan als vaststaand zal uitgaan. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist

zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. Loyalis levert producten en diensten voor inkomenszekerheid, waaronder verzekeringen ter aanvulling van het inkomen bij arbeidsongeschiktheid.

2.2. Op 8 augustus 2008 heeft Loyalis met de Gemeente Haarlemmerliede en Spaarnwoude (hierna: de Gemeente) een “SEMI-COLLECTIEVE OVEREENKOMST INZAKE IPAP” gesloten op basis waarvan werknemers van de Gemeente bij Loyalis een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering kunnen afsluiten. Deze overeenkomst luidt, voor zover van belang, als volgt:

“(…)

Overwegende dat:

– voor overheids- en onderwijswerknemers (...) op grond van wetgeving op het gebied van arbeidsongeschiktheidsregelingen en werkloosheidsregelingen het risico bestaat op inkomensachteruitgang bij gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid en de daarmee samenhangende onvrijwillige werkloosheid;

– Loyalis bereid is een gedeelte van dit risico door middel van haar arbeidsongeschiktheidsverzekering, IPAP genaamd, over te nemen;

– de Werkgever en Loyalis overeengekomen zijn dat de genoemde werknemers in actieve dienst bij de Werkgever, verder te noemen de Deelnemers, een dekking kunnen verkrijgen voor het risico van inkomensachteruitgang door deel te nemen aan een collectieve regeling waarin bovenstaande verzekering is opgenomen;

– de Werkgever door het aangaan van deze overeenkomst aan de Deelnemers de mogelijkheid biedt om van deze regeling gebruik te maken.

(…)

Artikel 1 Aard van de verzekering 1. Loyalis verbindt zich om gedurende de looptijd van deze overeenkomst de Deelnemers in staat te stellen bij haar op individuele basis IPAP af te sluiten. De polisvoorwaarden “IPAP” zijn op deze verzekering van toepassing.

(…)

Artikel 8 Medische acceptatie 1. De acceptatie van de Deelnemers vindt plaats zonder medische waarborgen (blanco acceptatie), met inachtneming van het overige in dit artikel bepaalde. (...) 3. De acceptatie van Deelnemers die zich later dan zes maanden ná indiensttreding aanmelden dan wel een verzoek doen om uitbreiding van de dek-

king, vindt steeds plaats op grond van een korte gezondheidsverklaring.

(...)”

2.3. [appellant] is sinds 1 maart 2010 in dienst bij de gemeente Haarlemmerliede en Spaarnwoude, waar hij inmiddels werkzaam is op de financiële afdeling.

2.4. Op 16 juli 2014 heeft [appellant] een aanvraag ingediend bij Loyalis om toegelaten te worden tot de IPAP-verzekering.

2.5. Bij brief van 31 juli 2014 heeft Loyalis [appellant] bericht dat meer medische informatie nodig was om zijn aanvraag goed te kunnen beoordelen. Loyalis heeft [appellant] verzocht de bijgevoegde gezondheidsverklaring in te vullen en terug te sturen naar Loyalis.

2.6. [appellant] heeft aan dit verzoek gehoor gegeven. Op de gezondheidsverklaring heeft [appellant] aangegeven dat hij meerdere aandoeningen, ziekten, klachten en/of gebreken heeft, dan wel heeft gehad.

2.7. Met behulp van de door [appellant] afgegeven machtiging heeft Loyalis vervolgens medische informatie opgevraagd bij de bedrijfsarts van [appellant]. Daarnaast heeft Loyalis [appellant] verzocht gegevens met betrekking tot de WIA-keuring in 2009 toe te sturen. [appellant] heeft deze gegevens verstrekt.

2.8. Bij brief van 23 februari 2015 heeft Loyalis [appellant] geïnformeerd over de acceptatie voor de verzekering. In deze brief heeft Loyalis [appellant] laten weten dat op medische gronden uitsluitingen op de verzekering van toepassing zijn en dat een wachtermijn van 24 maanden geldt.

2.9. Op 2 maart 2015 heeft Loyalis de polis “Arbeitsongeschiktheidsverzekering (AOV) Gemeenten” aan [appellant] afgegeven. De polis luidt, voor zover van belang, als volgt:

“(…)

Ingangsdatum verzekering 1 maart 2015

Dekking(en) AOV Gemeenten dekking compleet (...)

Bijzondere bepalingen Uitsluiting van elke invaliditeit en/of arbeidsongeschiktheid in verband met, dan wel voortkomend uit ‘1. psychische klachten, 2. energetische beperkingen, 3. aandoeningen van de lever, 4. aandoeningen van de knieën, 5. aandoeningen van het hart/hartritmestoornissen’, de gevolgen en de consequenties ervan. De wachtermijn bedraagt 24 maanden en eindigt op 1 maart 2017.

Voor de volledige omschrijving van de dekkingen verwijzen we u naar de polisvoorwaarden. (...)”

2.10. Bij e-mail van 9 maart 2015 heeft [appellant] Loyalis meegedeeld het niet eens te zijn met de uitsluitingen op de polis. [appellant] heeft Loyalis verzocht om een schriftelijke, inhoudelijke reactie en om in afwachting van deze reactie niet tot premieafschrijving en afschrijving van distributie-kosten over te gaan.

2.11. Bij brief van 17 maart 2015 heeft Loyalis [appellant] meegedeeld dat, gezien het sterk verhoogde risico voor de verzekering als zodanig, de nu reeds bekende aandoeningen en klachten worden uitgesloten van de verzekering en dat de aanvraag van [appellant] vooralsnog is geseponneerd.

2.12. Bij brief van 7 april 2015 heeft de advocaat van [appellant] Loyalis in gebreke gesteld ter zake van de nakoming van de (pre-)contractuele verplichtingen en/of de verplichtingen voortvloeiende uit de Wet op de Medische Keuringen (hierna: WMK) en Loyalis verzocht binnen zeven dagen de polis af te geven ingaande 1 maart 2015 zonder uitsluitingsclausule.

2.13. Aan dit verzoek heeft Loyalis geen gehoor gegeven. Op 12 mei 2015 heeft Loyalis (de advocaat van) [appellant] – voor zover hier relevant – bericht als volgt.

“De arbeidsongeschiktheidsverzekering van Loyalis kan worden beschouwd als een aan de arbeidsverhouding verbonden arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dat betekent dat in beginsel het keuringsverbod van artikel 4 lid 4 WMK van toepassing is. Echter op 1 januari 2010 is het zogenaamde Van Leeuwenconvenant in werking getreden (...). Het convenant biedt de mogelijkheid om, na een blanco acceptatieperiode van 3 maanden, een medische keuring verplicht te stellen bij de aanvraag van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. (...) Voor de Overheid en Onderwijssector hanteert Loyalis een langere blanco acceptatieperiode van 6 maanden. In het geval van uw cliënt liep deze dus tot 1 september 2010. (...)”

2.14. Op 27 mei 2015 heeft Loyalis in reactie op de vraag van (de advocaat van) [appellant] welke wettelijke basis Loyalis voor haar standpunt heeft, het volgende geschreven:

“Uw brief van 18 mei 2015 hebben wij in goede orde ontvangen. U vraagt daarin op welke wettelijke basis wij ons beroepen wanneer wij ons standpunt handhaven dat op de situatie van uw cliënt, de heer [appellant], het Van Leeuwen Convenant van toepassing is. (...) De conclusie uit het voorgaande is derhalve dat het Van Leeuwen

Convenant de VMK niet terzijde schuift maar een nadere uitwerking ervan is. (...)”

2.15. Tussen partijen is geen verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen.

2.16. De voor deze zaak relevante bepalingen in de WMK luiden als volgt:

Artikel 1 WMK:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. keuring: vragen over de gezondheidstoestand van de keurling en het verrichten van medisch onderzoek in verband met het aangaan of wijzigen van: (...)

5°. een verzekering wegens arbeidsongeschiktheid naar burgerlijk recht, (...)”

Artikel 4 lid 4 WMK:

“Voor zover niet ondergebracht bij een pensioenverzekering dan wel pensioenregeling, als bedoeld in het derde lid, vindt geen keuring plaats voor deelneming aan een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering die aan de burgerrechtelijke arbeidsverhouding die bij of krachtens de Ziektewet, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering als dienstbetrekking wordt aangemerkt, of in verband met een aanstelling in openbare dienst is verbonden.”

Artikel 4 lid 6 WMK:

“Geen uitsluiting of vermindering van rechten op grond van ziekten, aandoeningen of gebreken wordt bedongen door de verzekeraar bij de deelneming aan een voorziening dan wel regeling als bedoeld in het derde lid en bij het aangaan of wijzigen van een verzekering als bedoeld in het vierde en vijfde lid, voor zover ingevolge deze leden een keuringsverbod geldt.”

2.17. In de parlementaire geschiedenis van de WMK is onder meer als volgt overwogen:

Memorie van Toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State, Tweede Kamer 1993-1994, 23 259, nr. 7, p. 7:

“Voor wat betreft aanstellingskeuringen (art. 4) wordt gepoogd meer evenwicht te brengen in de verhouding keuringvrager-keurling door middel van het noodzakelijkheids criterium (een specifieke doelbeperking); geen keuring voor pensioen- of aan de arbeidsovereenkomst verbonden levensverzekering en voor arbeidsongeschiktheidsvoorziening; plaatsing van de keuring aan het einde van het selectieproces om te voorkomen dat andere dan medische overwegingen achter de keuring schuilgaan. Doel

van deze bepalingen is het zoveel mogelijk wegnemen van belemmeringen bij de toegang tot arbeid.”

Nadere Memorie van Antwoord, Eerste Kamer 1996-1997, 23 259, nr. 91e, p. 6:

“Met dit wetsvoorstel is beoogd belemmeringen weg te nemen, voor zover deze gelegen zijn in medische keuringen, die de toegang tot arbeid voor grote groepen mensen blokkeren. Keuringen voor pensioenvoorzieningen en verzekeringen die aan de arbeidsverhouding verbonden zijn, worden daarom verboden. Ik roep hier overigens in herinnering dat er al sinds 1991 een kabinetsstandpunt ligt dat luidt dat het wenselijk is een werknemer zonder pensioenkeuring in een pensioenregeling op te nemen (zie ook de memorie van toelichting, blz 18). De cruciale vraag is steeds of het kunnen afsluiten van een dergelijke verzekering (mede) bepalend is voor het kunnen aangaan of wijzigen van de arbeidsverhouding. Met andere woorden: als voor een dergelijke verzekering wel gekeurd zou mogen worden, dan zou deze keuring als een verkapte aanstellingskeuring kunnen worden gebruikt. Dat is nu juist hetgeen ik wil voorkomen. Daarover ben ik steeds helder geweest, ook bij de behandeling in de Tweede Kamer.”

Memorie van Antwoord, Eerste Kamer 1996-1997, 23 259, nr. 91c, p. 7:

“De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd naar de grond van het verbod van keuring voor een aan de een arbeidsverhouding verbonden pensioen/arbeitsongeschiktheidsverzekering. Een belangrijke reden is dat het onwenselijk zou zijn dat iemand die geschikt is voor een functie op grond van een andere keuring wellicht de functie niet zou krijgen. Dan zou de pensioen/arbeitsongeschiktheidsverzekering in feite als aanstellingskeuring gaan fungeren.”

Memorie van Antwoord, Eerste Kamer 1996-1997, 23 259, nr. 91c, p. 10:

“Met het bepaalde in artikel 4 wordt beoogd medische keuringen te verbieden voor verzekeringen en pensioenvoorzieningen, voor zover die aan de arbeidsverhouding verbonden zijn.”

Tweede evaluatie WMK, Tweede Kamer 2007-2008, 28 172, nr. 5, p. 2:

“Samenvattend, de Wmk beoogt de rechtspositie van aspirant-verzekeringnemers en sollicitanten te versterken. Dit doet de wet door regels te stellen aan het gebruik en de uitvoering van medische

keuringen bij sollicitaties of het aangaan van (...) arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.”

Tweede evaluatie WMK, Tweede Kamer 2007-2008, 28 172, nr. 5, p. 8:

“Tijdens de parlementaire behandeling van de Wmk is de vraag aan de orde geweest naar de mogelijkheden voor verzekeraars om aan risicobeheersing te doen (...). De initiatiefnemer van de wet heeft verschillende signalen afgegeven. Enerzijds stelde hij dat het verbod op uitsluitingsclausules nodig is om te voorkomen dat het verbod op aanstellingskeuringen wordt omzeild door de toegang tot het werk op verzekeringstechnische gronden te belemmeren. Anderzijds erkende hij dat het verzekeraars vrij staat zelf de voorwaarden te formuleren waaronder zij een verzekering aanbieden. Ze hoeven geen ‘brandende huizen’ te verzekeren. Er is immers geen acceptatieplicht.”

Tweede evaluatie WMK, Tweede Kamer 2007-2008, 28 172, nr. 4, bijlage 2, p. 107:

“Voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering die via de werkgever worden afgesloten zijn keuringen in het geheel niet toegestaan. Desondanks heeft één op de vijf baanwisselaars of sollicitanten een medisch/lichamelijk onderzoek ondergaan. Het aantal aspirant-verzekerden dat een gezondheidsvragenlijst heeft moeten invullen is met 59% nóg hoger. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de respondenten een vrijwillige aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering hebben afgesloten, waarbij de betreffende verzekeraar gewoon mag keuren. De vraag aan de respondenten bevatte echter expliciet de toevoeging ‘via de werkgever’, en ook als de werkgever niet betaalt maar wel faciliteert betreft het een aan de arbeid gerelateerde verzekering. Wat onder aan de arbeid gerelateerd moet worden verstaan is echter omstreden. Verzekeraars hanteren hierbij veelal de meer stringente opvatting van collectieve verzekeringen, zoals die gevonden kan worden in de Kamerstukken. Deze interpretatie staat echter op gespannen voet met het oordeel terzake van de Raad van Toezicht Verzekeringen. De kwestie is nog in behandeling bij de Ombudsman Verzekeringen en bij de rechter.”

2.18. Op 1 januari 2010 is het Convenant toegang tot aan arbeid gerelateerde verzekeringen (ook: het Van Leeuwen Convenant) middels zelfregulering tot stand gekomen. Daarin is onder meer bepaald als volgt:

“3.1. *Definitie ‘aan arbeid gerelateerde verzekeringen’*

Aan de arbeid gerelateerde verzekeringen zijn de verzekeringen voor werknemers die op grond van de arbeidsovereenkomst door de werkgever worden gesloten ten behoeve van een ouderdoms-, nabestaanden-, of arbeidsongeschiktheidspensioen als bedoeld in de Pensioenwet en door de werkgever ten behoeve van zijn werknemers gesloten aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen alsmede verzekeringen gesloten in het kader van de loondoorbetaling bij ziekte of eigenrisicodragen WGA. Voor deze verzekeringen geldt het keuringsverbod conform de Wmk. (...) Voor aan de arbeid gerelateerde verzekeringen waarbij deelname op vrijwillige basis plaatsvindt, geldt het keuringsverbod op grond van de Wet op de medische keuringen eveneens indien de werknemer een beslissing neemt binnen drie maanden na de eerste dag van indiensttreding of de ingangsdatum van de verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar (indien de verzekeringsovereenkomst van kracht wordt als de werknemer reeds in dienst is getreden). De periode van drie maanden geldt ook als de desbetreffende werknemer door een salarisverhoging voor het eerst tot de kring van de verzekerden gaat behoren. Het keuringsverbod geldt niet als een werknemer een gemaakte keuze in zijn pensioen of verzekering wil wijzigen, danwel zich niet binnen drie maanden na aanvang van de verzekering of dienstbetrekking als deelnemer heeft aangemeld, of terugkomt op een beslissing om niet deel te nemen aan de pensioenregeling of verzekering.”

3. Beoordeling

3.1. Dit geding gaat over de vraag of het Loyalis was toegestaan om medische vragen te stellen aan [appellant] in verband met zijn IPAP-aanvraag voor een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering en om vervolgens naar aanleiding van de antwoorden een uitsluiting voor bepaalde ziektebeelden en een wachttijd op te nemen in de overeen te komen polis. [appellant] betoogt dat het antwoord ontkennend luidt. Hij stelt daartoe dat op grond van de Wmk zowel een keuringsverbod als een verbod om uitsluitingsclausules te gebruiken geldt. [appellant] stelt verder dat het opnemen van een uitsluiting en/of wachttijd in strijd is met de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte (hierna: WGBH/CZ). Ook beroept [appellant] zich op de redelijkheid en billijkheid. In dit geding vordert hij een

verklaring voor recht dat het Loyalis niet is toegestaan de desbetreffende – onder 2.9 geciteerde – clause in de polis op te nemen, alsook een veroordeling van Loyalis tot sluiting van een ongeclausuleerde verzekering IPAP Semi-collectief Gemeente met afgifte van een polisblad van die verzekering. Loyalis voert gemotiveerd verweer. Zij stelt dat er in de onderhavige situatie noch een keuringsverbod noch een uitsluitingsverbod geldt. Bovendien miskent [appellant] dat Loyalis geen acceptatieplicht heeft. Het staat haar vrij de aangevraagde verzekering niet met [appellant] aan te gaan.

3.2. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen. Daartoe oordeelde de rechtbank kort samengevat dat geen sprake is van een artikel 4 lid 4 Wmk situatie en dat daarom geen wettelijk keuringsverbod of uitsluitingsverbod geldt. Van een verboden onderscheid als bedoeld in de WGBH/CZ is volgens de rechtbank geen sprake. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met twaalf grieven op.

3.3. De grieven van [appellant], die zich voor een gezamenlijke behandeling lenen, komen in de kern genomen neer op de volgende vier klachten. Ten eerste betoogt [appellant] dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat in de onderhavige situatie geen wettelijk keuringsverbod geldt. Ten tweede voert [appellant] aan dat Loyalis bij brieven van 12 en 27 mei 2015 (buitengerechtelijk) heeft erkend dat de aangeboden arbeidsongeschiktheidsverzekering een aan de arbeidsverhouding verbonden verzekering is in de zin van artikel 4 lid 4 Wmk. Gelet daarop zou daarvan ook in rechte moet worden uitgegaan. Ten derde heeft de rechtbank volgens [appellant] miskend dat de door Loyalis voorgestelde beperkende voorwaarde – bestaande uit een uitsluiting en wachttijd – nietig is en dat sprake is van een verboden onderscheid als bedoeld in de WGBH/CZ. Ten vierde draagt [appellant] aan dat de rechtbank het beroep op de redelijkheid en billijkheid ten onrechte heeft afgewezen. Ten aanzien van deze vier klachten overweegt het hof als volgt.

Keuringsverbod

3.4. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat er geen keuringsverbod geldt in de onderhavige situatie. Die situatie kenmerkt zich door de omstandigheid dat de werknemer eerst na ruim vier jaar na indiensttreding de desbetreffende aanvullende

arbeidsongeschiktheidsverzekering, die hem facultatief is aangeboden en die hij op eigen kosten en individueel kon aanvragen, heeft aangevraagd. Uit de WMK, de ratio van de WMK, de parlementaire geschiedenis van de WMK en het Van Leeuwen Convenant volgt immers dat het keuringsverbod slechts geldt voor de aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering die aan de burgerrechtelijke arbeidsverhouding of in verband met een aanstelling in openbare dienst is verbonden. Het Van Leeuwen Convenant bepaalt meer specifiek dat het keuringsverbod – kort samengevat – geldt voor verzekeringen voor werknemers die op grond van de arbeidsovereenkomst door de werkgever worden gesloten en eveneens voor verzekeringen waarbij deelname op vrijwillige basis plaatsvindt, indien de werknemer een beslissing neemt binnen drie maanden na de eerste dag van indiensttreding of de ingangsdatum van de verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar (indien de verzekeringsovereenkomst van kracht wordt als de werknemer reeds in dienst is getreden). De WMK en dit convenant hebben als strekking om verkapte aanstellingskeuringen (waarbij sollicitanten worden onderworpen aan een medische keuring of schoon dat niet noodzakelijk is voor de uitoefening van het beoogde beroep) te voorkomen. In het onderhavige geval, waarin de aanvraag pas geruime tijd na indiensttreding is gedaan, is dit niet aan de orde. Het risico van belemmeringen bij de toegang tot arbeid en voorzieningen inzake oudedag en invaliditeit doet zich niet voor. Op het moment van aanvraag van de verzekering was er in de situatie van [appellant] geen sprake van arbeidsmobiliteit, laat staan van belemmeringen daarvan. Het gaat hier derhalve niet om een gewenste deelneming aan een aanvullende arbeidsongeschiktheidsuitkering als bedoeld in artikel 4 lid 4 WMK. Dit betekent dat bij de onderhavige aanvraag van [appellant] geen wettelijk keuringsverbod en evenmin een uitsluitingsverbod geldt. [appellant] heeft het eensluidend oordeel van de rechtbank tevergeefs bestreden.

Erkentenis

3.5. Tussen partijen is niet langer in geschil dat de mededelingen van Loyalis zoals voorafgaand aan de procedure neergelegd in de brieven van 12 en 27 mei 2015 niet kunnen worden beschouwd als een gerechtelijke erkenning in de zin van artikel 154 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

waarop niet mag worden teruggekomen. [appellant] stelt in haar eerste grief in hoger beroep dat sprake is van een buitengerechtelijke erkenning die bewijskracht heeft en waaraan de rechtbank (doorslaggevende) betekenis had moeten toekennen. Die erkenning houdt in dat aangeboden arbeidsongeschiktheidsverzekering een aan de arbeidsverhouding verbonden verzekering is in de zin van artikel 4 lid 4 WMK. Deze grief, die ertoe strekt dat in rechte van deze erkenning moet worden uitgegaan, kan niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden.

3.6. Naar het oordeel van het hof kan in dit geding in het midden blijven of de Semi-collectieve overeenkomst inzake IPAP die Loyalis facultatief aanbiedt, kan worden beschouwd als een aan de arbeidsverhouding verbonden arbeidsongeschiktheidsverzekering waarop het keuringsverbod van artikel 4 lid 4 WMK van toepassing is indien deze binnen de blanco acceptatieperiode van drie of zes maanden wordt aangevraagd. Dit heeft Loyalis destijds in haar brief van 12 mei 2015 geschreven, maar in rechte heeft zij haar standpunt anders weergegeven en stelt zij dat de semi-collectieve verzekering niet kwalificeert als een aan de arbeidsverhouding verbonden verzekering in de zin van de WMK. Het gevolg van het eerder door Loyalis ingenomen standpunt is slechts dat binnen de blanco acceptatieperiode van drie dan wel zes maanden geen keuring had mogen plaats hebben. Dat laat onverlet dat dit na vier jaar wel mag. Loyalis heeft zich dan ook van aanvang af op het standpunt gesteld dat het keuringsverbod niet geldt voor de aanvraag van [appellant], nu vaststaat dat [appellant] zich niet binnen de blanco acceptatieperiode bij Loyalis heeft gemeld. Daarop is Loyalis nimmer teruggekomen. Dit betekent dat het beroep van [appellant] op de gestelde erkenning, wat daarvan ook zij, hem niet kan baten.

Beperkende voorwaarde en verboden onderscheid

3.7. [appellant] stelt dat Loyalis in strijd handelt met de WGBH/CZ. Dit standpunt snijdt naar het oordeel van het hof geen hout. Nog daargelaten dat i) Loyalis geen arbeidsvoorwaarde aanbiedt waarop artikel 4 sub e WGBH/CZ ziet, terwijl het nieuwe artikel 5b WGBH/CZ dat de reikwijdte van de WGBH/CZ uitbreidt eerst na de aanvraag van [appellant], namelijk per 14 juni 2016 van kracht geworden is en geen terugwerkende kracht heeft en ii) de WGBH/CZ indirect onderscheid

dat objectief gerechtvaardigd is niet verbiedt, stuit de klacht van [appellant] reeds af op het feit dat Loyalis in de onderhavige situatie geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte maakt. [appellant] is – ook naar zijn eigen stellingen – noch gehandicapt noch chronisch ziek. Evenmin wordt vermeend dat daarvan sprake is. De stellingen van [appellant] kunnen dan ook niet de conclusie dragen dat de WGBH/CZ of de door hem aangehaalde jurisprudentie in de weg staat aan de voorwaarden waaronder Loyalis de aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering aan [appellant] heeft aangeboden.

Redelijkheid en billijkheid

3.8. Tot slot komt het hof tot het oordeel dat [appellant]’s grief dat de rechtbank het beroep op de redelijkheid en billijkheid ten onrechte afwees, eveneens tevergeefs is voorgesteld. De beperkte stellingen van [appellant] op dit punt zijn onvoldoende om het oordeel te kunnen dragen dat het acceptatiebeleid van Loyalis zoals zij dat ten opzichte van [appellant] heeft toegepast, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof volgt [appellant] niet in zijn standpunt dat Loyalis vooruit had moeten lopen op de ontwikkeling van gelijke behandelingswetgeving. Nu [appellant] ook in hoger beroep volstaat met een opsomming van regelgeving en maatregelen op het gebied van gelijke behandeling in arbeid en beroep, heeft hij zijn stelling dat de uitsluitingsclausule en de wachttijd die Loyalis wil hanteren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht, onvoldoende onderbouwd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, ontgaat het hof welke relevantie [appellant] in dit verband aan de Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000, de Gedragscode Verzekeraars, het Kroymans arrest (HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683) of de jurisprudentie van het Kifid meent te kunnen toekennen. Bij het ontbreken van een meer concrete, feitelijke onderbouwing kan deze grief niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden.

3.9. De slotsom is dat de grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Loyalis begroot op € 716,= aan verschotten, € 1.074,= voor salaris advocaat.

NOOT

1. Inleiding

Met de invoering van de Wet op de Medische Keuringen (WMK) sinds 1 januari 1998 is het vraagrecht van verzekeraars drastisch ingeperkt. Zo is het verboden om vragen te stellen omtrent de gezondheidstoestand bij het aangaan van een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering die aan de burgerrechtelijke arbeidsverhouding is verbonden, voor zover die arbeidsverhouding bij of krachtens de Ziektewet of de Wet WIA als dienstbetrekking wordt aangemerkt en geen deel uitmaakt van een door de werkgever gedane pensioentoezegging waarop de Pensioenwet van toepassing is. Uit de tweede wetsevaluatie van de WMK komt naar voren dat er geen eenduidige opvatting bestond over het antwoord op de vraag wanneer sprake was van een aan de arbeidsverhouding verbonden verzekering in de zin van art. 4 lid 4 WMK. Het kabinet drong erop aan dat het Zelfreguleringsoverleg WMK (Zro), waarin vertegenwoordigers van verzekeraars, medici en consumenten- en patiëntenorganisaties zitting hebben, tot afspraken zou komen over het wegnemen van belemmeringen voor de toegang tot betaalde arbeid en arbeidsmobiliteit. Daarbij diende het Zro rekening te houden met de principes van de WMK en de verzekerings-techniek. Deze afspraken zijn neergelegd in het Van Leeuwen Convenant dat in werking is getreden op 1 januari 2010. Het Van Leeuwen Convenant definieert aan arbeid gerelateerde verzekeringen als: ‘Verzekeringen voor werknemers die op grond van arbeidsovereenkomst door de werkgever worden gesloten ten behoeve van een arbeidsongeschiktheidspensioen als bedoeld in de Pensioenwet en door de werkgever ten behoeve van zijn werknemers aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen alsmede verzekeringen in het kader van de loondoorbetaling bij ziekte of eigen risicodragers WGA.’

Voor al deze verzekeringen geldt het keuringsverbod overeenkomstig de WMK. Voor de aan arbeid gerelateerde verzekeringen waarbij deelname op

vrijwillige basis plaatsvindt, geldt blijkens het Van Leeuwen Convenant het keuringsverbod op grond van de WMK eveneens indien de werknemer een beslissing neemt binnen drie maanden na de eerste dag van indiensttreding of ingangsdatum van de verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar. Het keuringsverbod geldt echter niet als een werknemer een gemaakte keuze in zijn pensioen of verzekering wil wijzigen danwel zich niet binnen drie maanden na de aanvang van de verzekering of de dienstbetrekking als deelnemer heeft aangemeld of terugkomt op een beslissing om niet deel te nemen aan de pensioenregeling of verzekering. In de casus die leidde tot het arrest van 9 juli 2019 vroeg de werknemer eerst ruim vier jaar na de indiensttreding de aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering aan. Deze was hem facultatief aangeboden en kon hij op eigen kosten en individueel aanvragen. Op zichzelf verwondert het dan ook niet dat het hof, met de rechtbank, van oordeel is dat uit de WMK, de ratio daartoe, de parlementaire geschiedenis daarop en het Van Leeuwen Convenant volgt dat het keuringsverbod alleen geldt voor aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die aan de burgerrechtelijke arbeidsverhouding of in verband met de aanstelling in openbare dienst zijn verbonden. Bovendien wijst het hof er, met de rechtbank, naar mijn overtuiging terecht op dat het Van Leeuwen Convenant de termijn uitdrukkelijk beperkt tot drie maanden. De WMK en het Van Leeuwen Convenant hebben immers als strekking om verkapte aanstellingskeuringen te voorkomen. Dat was in dit geval echter niet aan de orde. Anders gezegd, mag een keuring na vier jaar wel.

2. Zelfregulering op grond van de WMK

Art. 9 WMK bepaalt dat representatieve organisaties van de werkgevers, respectievelijk de verzekeraars, representatieve organisaties van werknemers, respectievelijk de consumenten en patiënten en de representatieve organisaties van de artsen afspraken kunnen maken over de omschrijving van het doel van de keuring, als bedoeld in het eerste lid van art. 2 WMK, het verrichten van keuringen als bedoeld in het eerste lid van art. 4 WMK en over de vragen en medische onderzoeken als bedoeld in art. 3, 5, 6, 7 en 8 WMK.

Art. 9 WMK verwoordt 'geconditioneerde zelfregulering'. De WMK bevat immers normen en regels die voor een deel kunnen worden uitgewerkt in overeenkomsten van vertegenwoordigers van de betrokken partijen. De eigen verantwoordelijkheid van betrokkenen wordt hierbij benadrukt en de differentiatie voor uiteenlopende keuringssituaties wordt mogelijk gemaakt. De bepalingen die door zelfregulering nader kunnen worden uitgewerkt zijn expliciet opgenomen in art. 9 WMK. Het verschil met zelfregulering is dat de randvoorwaarden in de WMK zijn opgenomen. Een wettelijke verankering werd in verband met de bezwaren tegen zelfregulering en de in het geding zijnde grondrechten (privacy en lichamelijke integriteit) noodzakelijk geacht. Als bezwaren die zich kunnen voordoen worden genoemd: te veel accent op eigen of onderlinge belangen en te weinig op het algemeen belang, onvoldoende gezag en binding in de eigen achterban, te weinig openbaarheid en controle, geen deelname van alle betrokken partijen of een ongelijke machtspositie van partijen. De wetgever kan ingrijpen ingevolge art. 14 WMK door nadere regelgeving in te voeren bij AMvB.

De wetgever heeft bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot de WMK de verwachting uitgesproken dat dit voorstel ertoe zou leiden dat in de verzekeringssector zelfregulering zou worden gestimuleerd (vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 23259, nr. 13, p. 7). Het is duidelijk dat dit voornemen is bewaarheid door de invoering van het Van Leeuwen Convenant per 1 januari 2010. Een ander belangrijk voorbeeld van geconditioneerde zelfregulering wordt gevormd door het 'Protocol Verzekeringskeuringen'. Het Protocol Verzekeringskeuringen bevat richtlijnen die verzekeraars in acht moeten nemen bij keuringen voor levensverzekeringen, arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en pensioenverzekeringen die niet vallen onder het keuringsverbod van art. 4 WMK. De wettelijke basis voor het Protocol Verzekeringskeuringen is art. 9 WMK, aldus dezelfde basis die geldt voor het Van Leeuwen Convenant, welke wetsbepaling regelt dat representatieve organisaties met elkaar overleggen om te komen tot nadere afspraken. Met de uitkomst van het zelfreguleringsoverleg in de vorm van zowel het Van Leeuwen Convenant, als het Protocol Verzekeringskeuringen is een kader gecreëerd om de keurling bescherming te bieden bij een particuliere verzekeringskeuring.

3. Vormen van zelfregulering

Het onderscheid tussen een wettelijke regeling en zelfregulering is niet zwart en wit. Er bestaan vele grijsstinten. De WMK vormt daarvan een fraai voorbeeld. De overheid heeft zich ten doel gesteld om de rechten en verplichtingen bij (voor zover in dit geval relevant) verzekeringskeuringen wettelijk te verankeren in de WMK en daarbij gebruik te maken van het middel van zelfregulering. Ingeval van de WMK spreken we van zogenaamde 'geconditioneerde zelfregulering'. De geconditioneerde zelfregulering maakt gebruik van de voorbeelden van zelfregulering ten opzichte van overheidsregulering terwijl de te realiseren overheidsdoelstelling wel door de overheid in de gaten wordt gehouden. De overheid stelt zogenaamde 'condities' aan de zelfregulering. Geconditioneerde zelfregulering heeft tot gevolg dat ongeorganiseerde derden gedwongen worden zich te houden aan afspraken bij de totstandkoming waarvan men niet betrokken is geweest. Ingeval van de WMK heeft de wetgever uitdrukkelijk ingegrepen door het reguleringsinitiatief volledig over te laten aan het veld, maar aan het te bereiken resultaat duidelijk randvoorwaarden te stellen die in wettelijke kaders zijn vastgelegd. De activiteiten van de wetgever en de veldpartijen zijn daarmee aldus complementair aan elkaar. De wetgever oefent immers grote invloed uit op de voorwaarden door de zelfregulering te stimuleren, ja zelfs op te dragen en rechtsgevolgen daaraan te verbinden (vgl. A.G.D. Overmars, 'Wettelijke geconditioneerde zelfregulering: het dilemma van het omarmen van zelfregulering door de wetgever', *RegelMaat* 2016 (31) 1; B.E. Baarsma, 'Afwegingskader bij het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010 (1) 3).

4. 'Zelfregulering' in verzekeringsbranche recent inzet van civiele procedures

Het arrest van het Hof Amsterdam van 9 juli jl. toont nog eens aan dat (inmiddels) forse kracht uitgaat van de zelfregulering in de verzekeringsbranche. En niet alleen van 'geconditioneerde' zelfregulering uit hoofde van art. 9 WMK, maar ook van 'gewone' zelfregulering zoals de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek en het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Beide protocollen zijn bindend voor de leden van het Verbond van Verzekeraars.

Beide documenten zijn recent inzet geweest van gerechtelijke procedures bij de Hoge Raad. In zijn arrest van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1800) overweegt de Hoge Raad dat bij de uitleg van de in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering ook andere bronnen kunnen worden betrokken bij de polisvoorwaarden met een daarbij behorende toelichting: 'mits deze voor eenieder toegankelijk zijn'. De Hoge Raad overweegt letterlijk dat daarbij valt te denken aan relevante regelgeving in het kader van zelfregulering binnen het Verbond van Verzekeraars, waarbij hij specifiek ingaat op het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Deze regels verplichten de leden ervan immers op een bepaalde wijze uitvoering te geven aan een verzekeringsovereenkomst en bepalen aldus mede wat verzekeringnemer en verzekerde van de verzekeraar mogen verwachten, aldus de Hoge Raad. In zijn arrest van 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:942) toetst de Hoge Raad de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek. Daarbij geeft hij aan dat het Verbond van Verzekeraars met de Gedragscode heeft beoogd om mede ten behoeve van de verzekerden invulling te geven aan de belangenafweging tussen enerzijds het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend. Met name is de code relevant door het opnemen van de verplichting van verzekeraars tot het in acht nemen van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, aldus de Hoge Raad, die erop wijst dat blijkens de inleiding van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek beoogd is om aan te sluiten bij de bestaande wetgeving op het terrein van privacy. Gelet op de inhoud van de Gedragscode en opzet van de Gedragscode neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat indien een verzekeraar in strijd met de Code handelt sprake is van een ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. Uit dit zeer algemeen geformuleerde uitgangspunt van de Hoge Raad maak ik op dat zijn oordeel aldus niet is beperkt tot verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars en op die grond zijn gebonden aan de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek. De Hoge Raad spreekt immers niet voor niets van 'een' verzekeraar. Ik maak mij sterk dat de Hoge Raad dat ook aldus

heeft bedoeld, nu hij uitdrukkelijk verwijst naar het doel van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek om aan te sluiten bij de bestaande wetgeving op het gebied van privacy.

Terzijde: ook andere (gewone) zelfregulering zoals de Gedragscode Behandeling Letselschade is met regelmaat inzet van procedures en wordt ook met regelmaat inhoudelijk getoetst (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759; Tuchtraad Financiële Dienstverlening 29 oktober 2018, 18-014; Rb. Rotterdam 11 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2802).

5. Van Leeuwen *Convenant getoetst door KiFiD* Alhoewel civiele procedures rondom het Van Leeuwen Convenant bepaald zeldzaam zijn, is het Van Leeuwen Convenant een aantal keren getoetst door het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Inzet van die geschillen vormde met name het antwoord op de vraag of sprake was van een aan de arbeidsovereenkomst verbonden verzekeringsovereenkomst (vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer, 3e druk 2016, p. 111-115). De Commissie van Beroep van het KiFiD antwoordde bevestigend op die vraag bij beslissing van 30 juni 2011 (2011-08). Daarbij liet de Commissie in het midden of en zo ja in hoeverre de inhoud van het Van Leeuwen Convenant wellicht bij wijze van anticipatie reeds van toepassing zou zijn op een geval als het onderhavige waarin de verzekering tot stand was gekomen voordat hetgeen partijen bij het Convenant geregeld hadden van kracht werd. Voor het antwoord op de vraag of een werknemer al dan niet reeds arbeidsongeschikt was ten tijde van zijn indiensttreding achtte de Commissie in verband met de verkeersopvattingen terzake ook ten tijde van het ingaan van de verzekering van belang wat in het Van Leeuwen Convenant daarover is opgemerkt. Daarbij tekende de Commissie aan dat: 'Ook wanneer hetgeen in het Convenant is overeengekomen niet van toepassing is op een verzekering die is ingegaan voor de totstandkoming van het Convenant de inhoud ervan wel een indicatie kan geven voor de destijds heersende verkeersopvattingen terzake van de beantwoording van de onderhavige vraag.'

De Commissie van Beroep van het KiFiD oordeelde bij beslissing van 22 oktober 2010 (2010-12) ook dat de in het geding zijnde verzekering onder het keuringsverbod viel van art. 4 lid 4 WMK. De

Commissie benadrukt dat het begrip 'verbonden aan de arbeidsovereenkomst' ruim dient te worden opgevat. Daarbij is niet beslissend of de werkgever bijdraagt in de premie of de deelname facultatief is. Nu in de casus die leidde tot die beslissing geen sprake was van arbeidsongeschiktheid ten tijde van het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering bestond dus op het tijdstip van het sluiten daarvan onzekerheid met betrekking tot de vraag of op enig moment een uitkering op grond van de verzekering zou moeten worden gedaan. Er was dus, anders dan verzekeraar betoogde, sprake van een geldige verzekeringsovereenkomst. En dus niet van een 'brandendhuissituatie'. De verzekeraar mocht aldus, kort gezegd, niet keuren (zie in gelijke zin: Commissie van Beroep KiFiD 30 juni 2011, 2011-08; Raad van Toezicht Verzekeringen 10 april 2000, 2000/31 (Med); Geschillencommissie KiFiD 24 februari 2011, 2011-49). Al met al is het arrest van het Hof Amsterdam van 9 juli 2019 op zichzelf niet indrukwekkend vanwege de uitkomst, maar benadrukt het nog maar eens de importantie van de zelfregulering in de verzekeringsbranche.

mr. dr. E.J. Wervelman
advocaat bij VWW Advocaten – Mediation en
raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof
's-Hertogenbosch

17

Uitleg polisvoorwaarden en toepassing 'dominant cause'-leer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
17 september 2019, nr. 200.227.654,
ECLI:NL:GHARL:2019:7566
(mr. Dozy, mr. Stoutjesdijk, mr. Steverink)
Noot mr. J.S. Overes

Brandverzekering. Supercell. Dominant cause.

[BW art. 6:248]

Een varkenshouder heeft schade geleden aan zijn gebouwen als gevolg van neerslag in de vorm van extreem grote ijsballen toen op 23 juni 2016 een 'supercell' overtrok. De opstalverzekeraar van