

raar de tweemaandentermijn in acht heeft genomen, rust mijns inziens, anders dan de wetgever heeft toegelicht, op de verzekeringnemer. Van de verzekeraar mag echter worden verlangd dat hij aangeeft hoe en wanneer zijns inziens de ontdekking heeft plaatsgevonden (verzwaarde stelplecht). 4. De wet stelt niet als eis dat de verzekeraar die ontdekt dat feiten zijn verzwegen, die feiten vermeldt noch dat bij de vermelding van de mogelijke gevolgen volledigheid moet

worden betracht. Tegenover de verzekeringnemer is het echter onredelijk om die feiten niet te noemen. Bovendien kunnen, zeker wanneer de verzekering wordt gecontinueerd, de belangen van de verzekeringnemer vergen dat de verzekeraar bij het vermelden van de feiten en de mogelijke gevolgen, al is het maar summierlijk, wel volledigheid nastreeft.

Prof. mr. J.G. Sijmons¹

De Wet op de medische keuringen herzien? De tweede evaluatie

Nr. 4

Op 25 januari van dit jaar heeft de Staatssecretaris van Volksgezondheid Welzijn en Sport de tweede evaluatie² van de Wet op de medische keuringen (hierna: WMK) toegezonden aan de Tweede Kamer en daarbij mededeling gedaan van het kabinetsstandpunt, dat kort gezegd behelst dat het kabinet een tweetal maatregelen wil nemen, namelijk het verduidelijken van het wettelijk kader van de WMK en verbetering van de voorlichting over deze wet.³ Op deze voornemens kom ik uiteraard terug, maar eerst ga ik in op de aspiraties van de WMK, de bevindingen van de eerste evaluatie, de voornemens en de realisatie ervan in de afgelopen periode en welke nieuwe ontwikkelingen tot het kabinetsstandpunt aanleiding hebben gegeven.

Inleiding

De WMK is op 1 januari 1998 in werking getreden.⁴ De wet beoogt de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de keurling te beschermen en zijn rechtspositie te versterken. De wet is verder bedoeld om ongewenste risicoselectie door middel van een aanstellingskeuring of een keuring voorafgaand aan een verzekerings- of pensioenovereenkomst tegen te gaan.

Sinds 1970 werd er in Nederland (als in andere landen) gediscussieerd over keuringen als selectie-instrument van

werkgevers en verzekeraars, een onderwerp dat de rechtsgebieden van het gezondheidsrecht, het arbeidsrecht en het verzekeringsrecht met elkaar verbindt. Concentreerde het gezondheidsrecht zich aanvankelijk op de positie van de patiënt en de organisatie en kwaliteit van de zorg, gaandeweg kwam met vanzelfsprekendheid tevens gezondheidszorg (keuringen) in het belang van derden (werkgevers en verzekeraars) aan de orde. Een belangrijke aanzet voor het tot stand komen van de discussie die resulteerde in een min of meer breed gedragen consensus van de beroepsorganisaties van artsen en verzekeraars die tot de WMK leidde, was een preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht van Gevers uit 1987.⁵ In de tussentijdse periode tot aan de wet werd vanuit het parlement aangedrongen op een regeling van de aanstellingskeuring.⁶ Voor zelfregulering werd van begin af aan en ook nu nog een belangrijke rol toebedeeld.⁷

Het verzekeringsrecht en arbeidsrecht treffen elkaar in het thema beoordeling van de gezondheid (arbeidsgeschiktheid of -ongeschiktheid) en het gezondheidsrisico van de arbeid en komen samen in de WMK. Op het gebied van het gezondheidsrecht werd de rechtspositie van de patiënt in de jaren negentig steeds verder uitgebouwd, onder meer met de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (hierna: WGBO)⁸ en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (hierna: BOPZ).⁹ De positie van de werknemer werd daarentegen aangetast door de herziening van de WAO en de stapsgewijs doorgevoerde privatisering

1 Prof. mr. J.G. Sijmons is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat te Zwolle.

2 J.R. Popma, C.W.G. Rayer en M. Westerveld (allen Hugo Sinzheimer Instituut, UvA), *Tweede evaluatie Wet op de medische keuringen*, Programma evaluatie regelgeving deel 22, Den Haag: ZonMw 2007.

3 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5.

4 *Stb.* 1997, 636. Zie ter introductie J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet medische keuringen', *Sociaal recht* 1998,

nr. 9, p. 259-264 en 'De Wet medische keuringen in het perspectief van de mensenrechten' *NJCM-Bulletin* 1999, p. 442-452.

5 J.K.M. Gevers, *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), 1987.

6 In 1994 diende D66 een initiatiefwetsvoorstel in (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 295); zie H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht, deel II, Gezondheidsrecht en recht*, vierde druk bewerkt door J.K.M.

Gevers en M.C.I.H. Biesart, Houten/Diegem: Bohn Stafleu-Van Loghum 2002, p. 167-169.

7 Zie art. 9 WMK, waarin is bepaald dat representatieve organisaties van werkgevers, verzekeraars, werknemers, consumenten en patiënten en van artsen afspraken kunnen maken over doelomschrijvingen van keuringen.

8 *Stb.* 1994, 838.

9 *Stb.* 1992, 669.

van de Ziektewet. Het leek erop dat werkgevers steeds vaker aanstellingskeuringen toepasten om zich in te dekken tegen het op hen afgewentelde ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico. Doorbetalingsverplichtingen tijdens het ziekteverzuim zorgden voor selectie van sollicitanten op gezondheid. Evenals de patiënt zou de al dan niet gezonde werknemer in het kader van een medische keuring rechtsbescherming behoeven. Vanwege de indringendheid van medisch onderzoek, privacyaspecten en het recht op niet weten (van gezondheidswaarschuwingen die het levensperspectief verminderen) zijn keuringen als selectiemiddel voor verzekeringen eveneens discutabel. Bovendien is risicoselectie op basis van gezondheid door verzekeraars niet altijd sociaal wenselijk of aanvaardbaar. Bij de wettelijke ziektekostenverzekeringen (thans op basis van de Zorgverzekeringswet) is zij bijvoorbeeld niet toegestaan.¹⁰ Met de WMK werd in de keuring de gemeenschappelijke noemer gevonden om deze zaken te regelen. Keuring is een medische handeling en valt als zodanig onder de reikwijdte van het begrip 'geneeskundige behandeling' volgens de WGBO (art. 7:446 lid 2 sub a BW), maar wordt uitgezonderd van de reikwijdte van het begrip 'geneeskundige behandelingsovereenkomst' in de zin van de wet, als keuring in opdracht van een derde wordt verricht ter beoordeling van de geschiktheid voor een functie, vaststelling van aanspraken of toelating tot verzekeringen of voorzieningen (art. 7:446 lid 4 BW). Hoewel de bepalingen van de WGBO van overeenkomstige toepassing zijn en uitdrukkelijk twee rechten voor de keurling bevatten (verkorting algemene bewaartermijn van het medisch dossier en het blokkeringsrecht), werd een eigen regeling vanwege de arbeidsrechtelijke en verzekeringsrechtelijke aspecten wenselijk geacht.

Aanleiding voor de invoering van de WMK was verder dat door de ontwikkelingen op medisch en technologisch vlak allerlei vormen van medisch onderzoek steeds dieper ingrepen in de persoonlijke levenssfeer, bijvoorbeeld de toegenomen mogelijkheden van erfelijkheidsonderzoek. Een tweede overweging om de medische keuringen te reguleren was gelegen in de overweging dat men uit vrees voor de arbeidsrechtelijke en verzekeringsrechtelijke consequenties van de ontdekking van een erfelijke aandoening zich niet of veel minder zou wenden tot klinische voorzieningen. Bij ontdekking van een (potentiële) aandoening zou daarvan bij een eventuele latere keuring mededeling moeten worden gedaan. Vanuit het oogpunt van volksgezondheid is een dergelijke drempel voor de toegang tot gezondheidszorg onwenselijk. In de derde plaats zou het sociaal onwenselijk zijn via het instrument van de aanstellingskeuring voor werknemers met een mindere gezondheid de kansen op participatie op de arbeidsmarkt te verminderen. Een laatste overweging betrof – vergelijkbaar met de positie van de patiënt – de positie keuring zelf. De sollicitant of aspirant-verzekerde verkeert bij een keuring in een afhankelijke situatie, die vraagt om een ongelijkheidcompensatie.¹¹

Dientengevolge beoogde de WMK drieërlei, namelijk a.

bescherming bieden van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de keurling bij medische keuringen, b. het eerbiedigen van de rechtspositie van de sollicitant-werknemer/verzekerde en c. het wegnemen van ongerechtvaardigde belemmeringen in de toetreding tot de arbeidsmarkt of bij het afsluiten van verzekeringen. Daartoe werd de rechtspositie van de sollicitant of aspirant-verzekerde versterkt en een medische keuring van wettelijke waarborgen voorzien.

Instrumentarium WMK

De regulering van de aanstellingskeuringen en van de medische keuringen in verband met het aangaan van verzekeringen zijn verschillend geregeld. Verder kent de WMK de normstelling voor keuringen in het algemeen (zoals het recht op herkeuring) en de aanzet voor zelfregulering als belangrijkste instrumenten.

Art. 2 WMK bindt elke medische keuring aan het doelvereiste (te rechtvaardigen doel). De keuringsgegevens mogen niet voor een ander doel worden gebruikt. Art. 3 verbiedt vragen die een onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer (zoals vragen op seksueel gebied of in het verdere verleden liggende psychiatrische ervaringen). In het tweede lid wordt deze belangenafweging nader ingevuld met een verbod voor onderzoek waarvan het te verwachten belang niet opweegt tegen de risico's, waaronder onderzoek naar aanwezige, maar nog niet op korte termijn zich manifesterende, of latente (kans op) onbehandelbare ernstige ziekten (standaardvoorbeeld is de ziekte van Huntington), of voor onderzoek met een onevenredige zware belasting voor de keurling (bijv. röntgenonderzoek, biopsie e.d.).

Voor de aanstellingskeuringen geldt – in overeenstemming met het reeds in 1995 door o.a. de KNMG en werkgevers en werknemersorganisaties vastgestelde Protocol Aanstellingskeuringen – dat onderzoek slechts mag worden verricht indien aan de functie bijzondere eisen van medische geschiktheid zijn verbonden en dan alleen nadat de sollicitatieprocedure voor het overige is afgerond (art. 4 WMK). Vragen naar de gezondheid en het ziekteverzuim in het verleden mogen buiten een medische keuring om (bijvoorbeeld in een sollicitatiegesprek) niet worden gesteld (art. 4 lid 2 WMK). In het verlengde hiervan zijn keuringen voor deelneming aan bedrijfspensioenverzekeringen, of collectieve aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (via werkgever van WAO-gat en excedent-AOV) en bij aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering bij loondoorbetaling (art. 4 lid 3 t/m 5 WMK) verboden.

Voor de overige private verzekeringen (bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en levensverzekeringen, waarbij de gezondheid van invloed is op het te verzekeren risico) geldt volgens art. 5 WMK een vragengrens bij afgerond € 160 000 bij een levensverzekeringuitkering en € 32 000 voor het eerste en € 21 000 voor de navolgende ja-

10 Over het typische verschil met private verzekeringen op dit punt zie N. Frenk, 'De Zorgverzekeringswet: sociale zeker-

heid langs privaatrechtelijke weg', *AV&S* 2008, 3, p. 15-22, m.n. p. 17.
11 Aldus de recapitulatie van de wordings-

geschiedenis in de *Tweede evaluatie*, p. 23-26.

ren arbeidsongeschiktheidsuitkering. Onder deze vragengrens geldt een verbod voor vragen en onderzoek naar niet-manifeste erfelijke ziekten bij de aspirant-verzekerde en diens bloedverwanten, overeenkomstig het door de verzekeraars in 1990 ingestelde Moratorium Erfelijkheidsonderzoek van het Verbond van Verzekeraars. Art. 6 WMK verbiedt medisch onderzoek naar HIV, tenzij de vragengrens van art. 5 WMK wordt overschreden of antwoorden van de keurling op gerechtvaardigde vragen van de verzekeraar (volgens de HIV-gedragscode, nu in het model Gezondheidsverklaring, zoals 'Heeft u in het buitenland een bloedtransfusie ondergaan?', 'Gebruikte u in de afgelopen vijf jaren intraveneus drugs en zo ja, altijd met steriel materiaal?' en 'Bent u in de afgelopen vijf jaar behandeld voor seksueel overdraagbare aandoeningen?') daartoe aanleiding geven.

Als gezegd bevat de WMK verder algemene normen over keuringen, zoals de verplichting van de keuringvrager het doel van en vragen bij de keuring schriftelijk vast te leggen en de keurling hierover en over zijn rechten schriftelijk te informeren (art. 8 WMK), over de onafhankelijkheid van de keuringsarts (art. 10 WMK), het weigeringsrecht van de keurling indien aan eisen van de WMK niet is voldaan (art. 11 WMK) en het recht op herkeuring van de keurling (art. 12 WMK).

Art. 9 WMK roept representatieve organisaties op tot zelfregulering binnen de context van de WMK en art. 13 WMK tot het instellen van een klachtencommissie. Indien zelfregulering onvoldoende tot stand komt kan de minister bij algemene maatregel van bestuur nadere regels stellen (art. 14 WMK).

In art. 15 WMK werd evaluatie bevolen binnen drie jaar na in werking treden van de wet in 1998 en daarna elke vijf jaar. Inmiddels is derhalve de tweede evaluatie naar de Tweede Kamer gezonden. Wat waren echter de bevindingen van de eerste evaluatie?

Eerste evaluatie WMK

De eerste evaluatie van de WMK (door TNO Arbeid en het Hugo Sinzheimer Instituut UvA¹²) in 2001 signaleerde dat het aantal aanstellingskeuringen aanzienlijk was gedaald (tot ca. 7%). Vragen over de gezondheid werden nog (of juist) volop gesteld in sollicitatiegesprekken (in bijna de helft van de bedrijven). In functies zonder aanstellingskeuring werden vaker tijdelijke contracten aangeboden 'om de kat uit de boom te kijken'. Ten onrechte bleken keuringsartsen massaal de keuringsdossiers te bewaren (in strijd met art. 7:464 lid 2 sub a BW). Bij de toelatingskeuring voor aan de arbeidsverhouding gerelateerde verzekeringen werden enkele mazen in het keuringsverbod ontdekt.¹³ Als reactie op het keuringsverbod bleken de te verzekeren inkomens door de verzekeraars te zijn gemaximeerd. Ook bleken baanwisselaars onverzekerd te geraken, omdat bestaande gezond-

heidsbeperkingen tot uitsluiting mochten leiden. De proportionaliteitseis van de keuring bij particuliere verzekeringen leverde geen verrassingen op, hetgeen door de HIV-gedragscode en het Moratorium op onderzoek naar ernstige erfelijke aandoeningen, die in de praktijk al werden gevolgd, niet verwonderlijk was. Het moratorium ten aanzien van de erfelijkheid bleef als voorheen wel problematisch en zelfregulering had hierin geen verandering gebracht. De belangrijkste bevinding was waarschijnlijk dat de oproep tot zelfregulering teleurstellend was opgepakt.

Ontwikkelingen

In de periode tussen de twee evaluaties traden een aantal nieuwe wetten in werking en stond de maatschappelijke ontwikkeling niet stil. Een aantal van deze zaken in de context van de WMK werden in de tweede evaluatie als zodanig gesignaleerd. Het betroffen onder meer:

- de groeiende mogelijkheden van het voorspellend geneeskundig onderzoek (genetica);
- de voortschrijdende ontwikkeling van de ICT en verdergaande conglomeraatvorming van verzekeraars (inkomens- ziektekostenverzekeraars), arbodiensten en reïntegratiebedrijven, die informatie-uitwisseling in verschillende functies vereenvoudigt;
- toenemende flexibilisering van de arbeid (meer tijdelijke aanstellingen in combinatie met gezondheidsmonitoring of vrijwillig periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek);
- de stelselherziening rond de sociale verzekeringen (o.a. verlenging van de doorbetalingsplicht van de werkgever van 52 naar 104 weken);
- invoering van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (2003);
- inwerkingtreding van de Wet op de financiële dienstverlening, waar door verzekeraars eisen worden gesteld aan o.a. informatieverstrekking en advisering aan cliënten en waarin een klachten- en geschillenregeling verplicht wordt gesteld;
- invoering van het Besluit aanstellingskeuringen (2003) met o.a. de verplichte voorafgaande rechtmatigheidstoets van een aanstellingskeuring door een arbodienst en een informatieplicht van de keuringvrager ten opzichte van de keurling ten aanzien van de klachtenprocedure, die tegelijkertijd is ingevoerd bij het Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen (instellen Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen: hierna: CKA);
- het opstellen van het Protocol Verzekeringskeuringen in 2003 door het Breed Platform Verzekerden en Werk en de KNMG;
- het nieuwe model Gezondheidsverklaring van 2004, waarbij in plaats van open thans gesloten vragen naar een viertal aandoeningen worden gesteld;
- het verschijnen van de Leidraad Aanstellingskeuringen van

12 E.L. de Vos, M. Westerveld, A.M. Kremer, M. Aerts & F.M. Andries, *Evaluatie wet op de medische keuringen* (Reeks evaluatie regelgeving deel 6), Den Haag: ZonMw 2001. Zie ook E.L. de Vos, 'Wet op de

medische keuringen', *PS Documenta* 2001, nr. 17, p. 2067-2081; M. Westerveld en M. Aerts, 'Nieuwe regels voor het verzekeringskeuren: evaluatie van drie jaar wetstoepassing', *NJB* 2002, nr. 3, p. 118-

126 en A.C. Hendriks, 'De Wet op de medische keuringen - nog niet goedgekeurd', *TVB* 2002, 10, nr. 9, p. 273-276.

13 De Vos e.a. (2001), p. 170-171.

VWS met steun van de brancheorganisaties NVAB en BOA in 2005.

Onderzoeksopzet

De hoofdvragen voor de tweede evaluatie concentreren zich met het oog op deze ontwikkelingen op het verband tussen WMK en andere wettelijke regels omtrent aanstellingskeuringen, op de effectiviteit van de rechtsbescherming van de WMK en de daaraan gerelateerde zelfregulering, en op de gevolgen van de ontwikkelingen rond voorspellend (genetisch) onderzoek.¹⁴ Voor het eerste onderzoek zijn 49 wetten en regelingen onderzocht en 54 bedrijfstak-cao's. Naast het gebruikelijke literatuuronderzoek, een expertmeeting en interviews is bij de evaluatie dit keer gebruikgemaakt van een database van TNS-NIPO met gegevens uit een enquête onder 89.000 Nederlanders. De interviews zijn door meerdere onderzoekers uitgevoerd ('onderzoekertriangulatie'). Ten slotte zijn de klachten en uitspraken van de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen geanalyseerd, die informatie opleveren over de knelpunten bij keuringen.¹⁵

Samenloop van WMK en andere regelingen

De WMK kan gelden als aanvulling op keuringsvoorschriften die voortvloeien uit EG-verordeningen en -richtlijnen, die in de normenhiërarchie een trap hoger staan dan de WMK.¹⁶ Er zijn tal van wettelijk verplichte keuringen voor functies bij politie, brandweer, personenvervoer tot en met de functie als voorzitter van huurcommissies (vooral een 'rechte rug?'). Verder bevatten veel cao's bepalingen over keuringen. De rapporteurs vonden de nodige strijdigheden met de WMK. De terminologie in de aanduidingen van 'keuring' is in dit verband niet eenduidig. Vallen keuringen tijdens dienstverband onder de WMK? En psychologisch onderzoek? Wanneer de functie-eisen (o.a. eis van brede inzetbaarheid) niet zijn afgebakend, zijn het keuringsverbod en de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseisen niet scherp te stellen. Dat leidt tot klachten bij de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen, die van sommige brede keuringen heeft aangegeven dat zij niet wetconform zijn. De procedu-voorschriften zijn in hun uitwerking, bijv. ten aanzien van de bewaartermijnen met het oog op hergebruik, soms in strijd met de WMK en met de WGBO, doch laten daar waar de keurlingrechten zouden kunnen worden versterkt, kansen liggen. De categorale regelgeving en de cao dragen naar het oordeel van de onderzoekers dan ook per saldo maar weinig bij aan de effectiviteit van de WMK.¹⁷

Effectiviteit van de WMK

Het aantal aanstellingskeuringen is volgens de onderzoekers

als in de eerste evaluatieperiode verder te dalen tot 4% van het totaal aantal sollicitaties. Een aanzienlijk deel van de aanstellingskeuringen vindt in strijd met de wet plaats zonder bijzondere functie-eisen en vermoedelijk op een moment dat nog meerdere kandidaten in de race zijn (wat vanuit werkgeversperspectief ook natuurlijk wel erg praktisch is, bij gebleken ongeschiktheid van de keurling). Het voorschrift van de voorafgaande rechtmatigheidstoets door de arbodienst uit art. 3 lid 2 Besluit aanstellingskeuringen (2003) wordt eveneens slecht nageleefd (ontbreekt bij twee op de drie keuringen). Het voorschrift van art. 4 Besluit aanstellingskeuringen, dat bij de werving (in de personeelsadvertentie) de keuring moet worden vermeld, wordt in de meerderheid van de gevallen niet gevolgd. De keuringrechten (art. 8 lid 2 WMK en art. 5 Besluit aanstellingskeuringen) worden bij de keuring vaker niet dan wel in acht genomen en de informatieverstrekking erover is beperkt.¹⁸ Moeilijker is te zeggen of werkgevers oneigenlijke risicoselectie toepassen al dan niet naar aanleiding van de keuringen.¹⁹ Het punt blijft in de evaluatie wat hangen, omdat om uitsluitel te hebben een dergelijke casus direct objectief zou moeten worden getoetst in plaats door af te gaan op berichten van betrokkene erover. Daarvoor was in het onderzoek geen ruimte.

Dit geldt ook voor de vraag naar de neveneffecten van het verbod op aanstellingskeuringen. Wijken werkgevers uit naar tijdelijke contracten die zij niet verlengen bij gebleken mindere gezondheid? De enige sprekende indicatie is dat baanwisselaars met gezondheidsproblemen significant vaker een tijdelijk contract krijgen aangeboden.

Een principieel punt betreft het keuringsverbod voor arbeidsgerelateerde verzekeringen. Verzekeraars hanteren hier nog steeds 'brandendhuisclausules'. De verzekeringsovereenkomst mag bepalen dat een risico dat zich reeds heeft verwezenlijkt (een arbeidsongeschiktheid die reeds bestond maar nog niet zo manifest was) van dekking is uitgesloten (vergelijk art. 7:925 lid 1 BW dat spreekt over het ontbreken van zekerheid over de uitkering als essentia van de verzekeringsovereenkomst). Door brandendhuisclausules wordt de facto het keuringsverbod omzeild. Bij het onderzoek op een uitkering kan alsnog worden gekeurd en met een beroep op de clause worden vastgesteld dat bij aanvang reeds een gezondheidsprobleem bestond, zodat alsnog de dekking komt te vervallen. De Ombudsman Verzekeringen oordeelde dat dit in strijd is met het keuringsverbod met een beroep op de parlementaire geschiedenis.²⁰ Het Verbond van Verzekeraars kwam tot een tegengesteld oordeel (op basis van dezelfde stukken). Op zijn minst is de WMK op dit punt onduidelijk. Hier wreekt zich dat de wet slechts de strekking heeft de keuring te reguleren en niet de verzekeringsrechtelijke gevolgen regelt. De verzekerde zou bij brandendhuisclausules wel eens slechter af kunnen zijn dan

14 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 39.

15 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 42 en 44-49.

16 Het betreft functies in de luchtvaart (Luchtvaartwet), scheepvaart (Scheepvaartwet), veiligheidsfuncties bij de

spoorwegen (Spoorwegwet) en functies met stralingsgevaar (Kernenergiewet).

17 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 76-80.

18 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 83-96.

19 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 98-100.

20 *Kamerstukken I 1996/97*, 23 259, nr. 91c, p. 13. Zie Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 109-110.

zonder toelatingskeuring, want deze had hem duidelijkheid geboden, terwijl hij zonder keuring wordt verrast door gebrek aan dekking. Een uitsluiting op basis van een aangeboren groeistoornis werd door de Commissie Gelijke Behandeling in strijd geacht met de Wgbh/cz. De brandendhuisclausule kan dus in ieder geval niet onbeperkt worden gebruikt. Het kabinet rekent op de prudentie van de verzekeraars en laat het probleem over aan de zelfregulering. Daarbij moet de gordiaanse knoop worden doorgemaakt, of meer gewicht gegeven wordt aan het collectieve karakter van de verzekering of aan de risicobeheersing bij individuele overeenkomsten in verband met scherpere premiestelling.

Op het terrein van de private verzekeringen wordt de gezondheidsverklaring als een stap voorwaarts beschouwd.²¹ De vragengrens voor erfelijkheidsonderzoek en de HIV-test leverde geen herkenbare problemen op. In zoverre biedt de WMK in het verlengde van de zelfregulering door verzekeraars kennelijk voldoende houvast.²² Procedurele zorgvuldigheid is bij de particuliere verzekeringskeuringen niet veel hoger dan bij aanstellingskeuringen. Belangrijkste punt is waarschijnlijk dat de mededelingsplicht van de aspirant-verzekerde niet echt helder is. Volgens de nieuwe gezondheidsverklaring behoeft de aspirant-verzekerde niet spontaan mededeling te doen van eventuele aandoeningen en klachten vanwege de overwegend gesloten vraagvorm. Toch vraagt het formulier in vraag 3L om alle klachten te melden. Terwijl gerichte vragen vanwege de vragengrens toch verboden zijn. In het recente advies van de Gezondheidsraad over de vraag naar de behandelbaarheid van aandoeningen²³ (relevant voor de afbakening van het vraagrecht van de verzekeraar) wordt al gesignaleerd dat de aspirant-verzekerde weinig zicht heeft op wat hij nu wel en niet moet melden, dat wil zeggen hetgeen de verzekeraar mag vragen, daardoor voelt hij zich eerder genoodzaakt om te veel te melden en dus zijn privacy prijs te geven.²⁴ De verzekeraarbaarheid is met de nieuwe gezondheidsverklaring echter eerder toegenomen. Het percentage weigeringen ligt zowel onder als boven de vragengrens voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen relatief laag op 6% resp. 7% en voor levensverzekeringen nog lager op 2% resp. 1%.²⁵

De voorspellende genetica is een nieuwe fase ingegaan met het wereldkundig maken van het volledige menselijk genoom in het jaar 2000. De code heeft nog lang niet al haar geheimen prijsgegeven, maar de kaart van dit te exploreren continent ligt gereed. Erfelijke aandoeningen kunnen eerder worden opgespoord en preventieve maatregelen worden mogelijk (bijv. medicijnen innemen tegen hypercholesterolemie). Men verwacht ook meer medicijnen op maat te kunnen toedienen door farmacogenetica. De voorspellende geneeskunde heeft het wegnemen van levensperspectief (illusie van de gezondheid), mogelijke genetische discriminatie en risicoselectie als schaduwzijde. Verzekeraars zullen zich willen wapenen tegen het gevaar van zelfselectie (lage

risico's kiezen bewust voor goedkopere verzekeringen) en 'antiselectie' (doelbewust met hoogrisicoprofiel zich verzekeren voor het hoge risico tegen gemiddelde premie). Mogelijk dat uit angst voor selectie mensen zich laten weerhouden van genetisch onderzoek.

De gevolgen voor de effectiviteit van de WMK zijn niet eenduidig. Het verbod op onderzoek naar onbehandelbare erfelijke aandoeningen bij keuringen is voor de leek, maar ook voor de verzekeraar of keuringsarts soms lastig te bepalen. De behandelbaarheden groeien immers met de genetica en medische kennis (vergelijk de behandelbaarheid van aids). Het aantal aandoeningen onder de bescherming van de WMK slinkt daardoor. Anderzijds ontdekt de genetica van vele ziekten de erfelijke aanleg, waardoor de beschermingsomvang wellicht juist weer zou kunnen toenemen. Veel aandoeningen zullen enkel een genetische component blijken te hebben en zowel een erfelijk als een niet-erfelijk aspect en karakter dragen. Wat daarmee te doen? Doorzichtiger wordt het er niet op, nog minder het verband met de premiestelling vanwege de intransparantie van de premiestelling door verzekeraars.

Voor zover verzekeraars wel kunnen vragen naar erfelijke aandoeningen (boven de vragengrens of bij behandelbare ziekten), rijst de vraag of de bescherming van de privacy en autonomie in stand kan worden gehouden, indien verzekeraars leef- en therapie-regels als voorwaarden voor een premie stellen (deze vraag is nu waarschijnlijk nog academisch). In hoeverre kan het recht op niet weten onder druk worden gezet, doordat aan een lagere premie de voorwaarde wordt verbonden van een genetisch onderzoek (zoals voor de risicogroep Nederlandse Hindoestanen met een verhoogde kans op hypercholesterolemie een standaard hogere premie wordt gesteld, en men zelf voor premiereductie mag aantonen geen drager te zijn)? Het is een nog onbeantwoorde vraag. Zelfselectie ('gen shopping', een voordelige verzekering zoeken als men een gunstig genenpaspoort heeft) en antiselectie (hoge bescherming zoeken met een slecht paspoort) bedreigen de solidariteit en verzekeraarbaarheid. Toch kan de evaluatie op deze punten niet veel meer doen dan suggesties aanreiken over hoe de ontwikkelingen zouden kunnen lopen. Aanknopingspunten zijn er wel voor, maar empirisch materiaal ontbreekt als men te ver in de toekomst wil kijken. De WMK wordt er niet op korte termijn door onder druk gezet. Het meest kritisch is op het ogenblik de verwerking van de erfelijke gegevens en het mogelijke hergebruik ervan door verzekeraars. Een algemeen verbod op 'genendiscriminatie' verdient volgens de onderzoekers overweging teneinde een splitsing in de verzekeringsmarkt te voorkomen.²⁶

Aanbevelingen en kabinetsstandpunt

De evaluatie mondt aansluitend op de genoemde bevindingen

21 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 114-116.

22 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 117-119.

23 Gezondheidsraad, *Behandelbaarheid; het*

begrip 'behandelbaar' in de Wet op het bevolkingsonderzoek en de Wet medische keuringen, publicatie nr. 2006/02.

24 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 124-126.

25 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 127-128.

26 Popma e.a. (2007), *Tweede evaluatie*, p. 143-158.

gen uit in zestien aanbevelingen, waarvan ik hier de meest in het oog springende noem:

- er dient afstemming te komen van het begrippenkader uit de WMK en de regeling van aanstellingskeuringen in categorale wet- en regelgeving en cao's (aanbeveling 2);
- keuringsartsen dienen zich beter op de hoogte te stellen van de rechtmatigheid van een keuring, waartoe een verplichting dienaangaande in art. 10 WMK dient te worden opgenomen (aanbeveling 5);
- ondernemingsraden of personeelsvertegenwoordigingen dient de bevoegdheid toe te komen om een oordeel te vragen aan de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen over aanstellingskeuringen in hun organisatie (aanbeveling 9);
- via een verkenningssysteem moeten baanwisselaars verzekerd kunnen blijven (aanbeveling 10);
- de problemen rond de mededelingsplicht van aspirant-verzekerden moeten nader worden onderzocht en via zelfregulering tot duidelijkheid worden gebracht (aanbeveling 12);
- de indexatie van de vragengrens moet meer geënt worden op de reële ontwikkeling van de huizenprijzen en de vragengrens moet bij wijze van inhaalslag worden verhoogd (aanbeveling 14);
- in de aanstaande evaluatie van de WBP moet het thema 'opslag van genetische informatie' worden meegenomen (aanbeveling 15).

Het kabinet heeft uit de evaluatie vooral de boodschap ontleend dat de WMK op koers ligt, ook al is er nog wel het nodige te doen.²⁷ In de eerste plaats zal het kabinet het wettelijk kader verduidelijken en de categorale regelgeving in overeenstemming brengen met de WMK. De eigen verantwoordelijkheid van de keurend arts zal via een aanpassing van art. 3 lid 1 Besluit aanstellingskeuring worden benadrukt (in plaats van door een aanpassing van de WMK). Een keurend arts zal een aanstellingskeuring slechts mogen verrichten indien aan de wettelijke eisen is voldaan.²⁸ Art. 4 lid 2 WMK zal dusdanig worden aangepast dat ook vragen naar het ziekteverzuim in het verleden onder het verbod vallen.²⁹

De bekendheid van de Leidraad aanstellingskeuringen en de klachtmogelijkheid bij de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen moeten worden vergroot. De klachtmogelijkheid bij de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen zal moeten worden opengesteld voor ondernemingsraden en personeelvertegenwoordigingen.³⁰

Voor de arbeidsgerelateerde verzekeringen neemt het kabinet de aanbeveling over om de brandendhuisclausules aan banden te leggen. Bij voorkeur door zelfregulering, waarvoor het Verbond van Verzekeraars en het Breed Platform Verzekering en Werk al de handschoen hebben opgenomen. Als binnen het jaar er geen verrekeningsregeling tussen de verzekeraars tot stand komt waardoor overstappen mogelijk wordt, zal de regering haar verantwoordelijkheid nemen met een wettelijke regeling.³¹ Het kabinet wil de partijen uitdrukkelijk nog niet met een oplossing 'voor de voeten lopen'.³²

Op het gebied van de particuliere verzekeringen ziet het kabinet geen aanleiding tot het nemen van maatregelen. De zelfregulering werkt inmiddels redelijk goed, zij het dat de voorlichting aan de aspirant-verzekerden nog steeds te wensen overlaat. De regeling gaat in overleg met het Breed Platform trachten hierin verbetering te brengen.³³ Het voorspellend geneeskundig onderzoek zal kritisch worden gevolgd, maar geeft nog geen aanleiding tot ingrijpen. Verzekeraars houden zich aan het moratorium. Nederland volgt de ontwikkelingen in internationaal verband (binnen de Raad van Europa).³⁴

Tot slot: theorie en praktijk

Al met al een *staedy as she goes* voor de WMK. Maar er zijn ook meer kritische geluiden te vernemen. Onder meer Westerveld en Aerts en in aansluiting daarop Gevers wezen na de eerste evaluatie op de blijvende spanning tussen het verzekeringsrechtelijke beginsel van de mededelingsplicht van de aspirant-verzekerde voor alle voor de verzekering relevante feiten en het vraagverbod uit de WMK. De aspirant-verzekerde zal toch het gevoel hebben oneigenlijk feiten over zijn gezondheid te verzwijgen als hij dankzij de bescherming van het vragenverbod een verzekering aangaat.³⁵ Voor privaatrechtelijke verzekeringen zou dit probleem blijven bestaan. Formeel bestaat deze spanning evenwel niet meer, nu met ingang van 1 januari 2006 in art. 7:928 BW over de mededelingsplicht bij het sluiten van verzekeringen expliciet de uitzondering is opgenomen, dat de mededelingsplicht geen feiten betreft waarnaar ingevolge art. 4 t/m 6 WMK geen medisch onderzoek mag worden verricht en geen vragen mogen worden gesteld. De wetgever stelt de verzwijgende aspirant-verzekerde gerust. Er mag hem niet worden gevraagd en hij hoeft uit zichzelf geen mededeling te doen zonder dat de gevolgen van verzwijging als beschreven in art. 7:930 BW intreden. De verzekeraar dient met dergelijke ri-

27 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5.

28 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 5.

29 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 6.

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 6.

31 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 7-8. Zie voorts de brief van de Staatssecretaris VWS aan de Tweede Kamer van 4 juni 2008 (*Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 6): 'Het kabinet is er van overtuigd dat de deelnemers aan het

zelfreguleringsoverleg zich rekenschap geven van de maatschappelijke opvattingen over participatie en vanuit dat perspectief tot afspraken komen over het omgaan met brandendhuisclausules, carenz- en wachttijden en andere polisvoorwaarden. Dat daarbij ook rekening gehouden moet worden met de aard van het verzekeringsbedrijf spreekt voor zich. Het omgaan met een inloop- of uitlooprisico voor verzekeraars is daarbij een belangrijk aandachtspunt.' (p. 10).

32 Zie de aanvullende brief van de staatsse-

cretaris van 27 oktober 2008 (kenmerk PG-CB-U-2879120), p. 10 en *Kamerstukken II* 2008/09, 28 172, nr. 7, p. 15.

33 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 12-13.

34 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 172, nr. 5, p. 13-14.

35 Westerveld & Aerts (2002), p. 125 en J.K.M. Gevers, 'De WMK, het Protocol verzekeringskeuringen en de toegang tot particuliere verzekeringen', *Sociaal Recht* 2004, 79, p. 372-377, m.n. p. 375.

sico's rekening te houden bij de premiestelling, want zij zijn voor hem *all in the game*. Alleen neemt dit nog niet de problemen rond de vragengrens zelf weg, die de vaagheid van de grens zelf, namelijk de behandelbaarheid en de ernst van de ziekte betreffen. De aspirant-verzekerden kunnen hiervan nauwelijks een goede inschatting maken. Aan de verkeerde kant van de streep geldt voor de aspirant-verzekerde wel de mededelingsplicht met de ultieme sanctie dat de verzekering bij verzwijging geheel vervalt (art. 7:930 lid 4 BW). Dan maar toch spreken, met het risico dat men te veel prijsgeeft? Het kabinetstandpunt constateert slechts dat niet geregeld is hoe verzekeraars dienen te handelen indien genetische informatie hen via andere bronnen bereikt (via vragen over de familie bijvoorbeeld) en laat deze kwestie onopgelost. Beter en duidelijk zou zijn van bepaalde (potentiële) aandoeningen een verboden discriminatiegrond bij verzekering te maken,³⁶ maar daarmee wordt mogelijk te zeer ingegrepen in de con-

tractsvrijheid op de private verzekeringsmarkt (raakt aan het te verzekeren risico) en zou de paradox optreden, dat met mindere ernstige potentiële aandoeningen zich verzekeren wel eens duurder of lastiger zou kunnen zijn dan met de kans op ernstige (moeilijk of niet-behandelbare) aandoeningen.³⁷ Gevers voorspelde in 2004 dat de wetgever wel geen zin zou hebben in dit vraagstuk zijn tanden te zetten en dat lijkt er inderdaad niet op gegeven het kabinetstandpunt. De gebreken in de zelfregulering door de verzekeringsbranche zijn sedert de invoering telkens op de korrel genomen (en waren bijvoorbeeld reden voor het Besluit Aanstellingskeuring en het bij algemene maatregel van bestuur instellen van de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen), maar het lijkt er bij deze tweede evaluatie ook op dat de geboekte vooruitgang en de gematigde opstelling van de verzekeraars er juist voor zorgen dat de WMK voorlopig niet 'terug naar de tekentafel' zal worden gehaald.³⁸

36 Westerveld & Aerts (2002), p. 126.

37 J.K.M. Gevers (2004), p. 374.

38 Antwoorden Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer op vragen over de evaluatie van de WMK, brief aan de

Tweede Kamer van 4 juni 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 28 172, nr. 6: 'Het kabinet zet in op zelfreguleringsoverleg door partijen vanuit de inschatting en ervaring dat dergelijke afspraken kunnen bogen op

draagvlak bij betrokken partijen. Op die wijze wordt een grotere zekerheid verkregen op het bereiken van het gewenste maatschappelijk effect.' (p. 12).