

Parkstraat 107
2514 JH Den Haag
Postbus 30457
2500 GL Den Haag

T 070 - 376 06 06
F 070 - 365 18 56

www.barentskrans.nl

PER FALKCOURIER
De weledelgestrengste vrouwe
mr. K. Machielsen
Zumpolle Advocaten
Biltstraat 101
3572 AL UTRECHT

T 070 - 376 07 26

F 070 - 361 54 98

E duk@barentskrans.nl

Behandelaars mrs. R.A.A. Duk en J. den Hoed, advocaten

Onze ref. 176/122204

Uw ref. 552912

19 maart 2012

Betreft: Hillebrand / IZZ

Amica, geachte collega,

1. Hierna gaan wij, indachtig de "quick scan" van mr. Dok d.d. 10 februari jl. en uw reactie daarop na of met een enige kans van slagen in cassatie valt op te komen tegen het tussen de heer Hillebrand, de heer Hillebrand, en IZZ Zorgverzekeraar N.V., hierna: IZZ, op 27 december 2011 door het Gerechtshof Amsterdam gewezen arrest met zaaknummer 200.076.405/01. Wij zijn ons bewust van de zeer ernstige gezondheidsschade die de heer Hillebrand kan ondervinden van de weigering van IZZ om deze kosten voor de (in een coffeeshop) aangeschafte cannabis onder zijn verzekeringen te vergoeden. Deze ernstige – in potentie zelfs levensbedreigende – consequenties rechtvaardigen, onzes inziens, reeds bij een relatief kleine kans op vernietiging in cassatie een gang naar ons hoogste rechtscollege te beproeven. Ofschoon de raadsheren van de Hoge Raad ongetwijfeld ook iedere kans zullen willen grijpen om de heer Hillebrand tegenover IZZ aanspraak te geven op vergoeding van deze kosten, dient het cassatiemiddel hun daartoe wel tenminste een handvat aan te reiken. Als zelfs een kleine kans op succes in cassatie niet aanwezig is, heeft het geen zin dit rechtsmiddel aan te wenden.

Het spijt ons des te meer de spreekwoordelijke laatste strohalm niet te kunnen aanreiken. Wij hebben, met andere woorden, geen grond kunnen vinden dit arrest met zelfs maar een minimale kans op succes ter cassatie voor te dragen. Ik schets u hieronder onze bevindingen. Hierbij zullen wij na een enkele opmerking over de Zorgverzekeringswet en een korte samenvatting van het voor de heer Hillebrand zo onfortuinlijke arrest, ingaan op de hoofdpunten van deze uitspraak: de uitleg van de verzekeringsovereenkomst en de afwijzing van het beroep op de aanvullende en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in art. 6:248 BW. Op het in **rov. 3.9** gegeven oordeel dat het vertrouwen moet zijn gewekt tegenover degene die zich daarop beroept, valt onzes inziens niets af te dingen. Wij laten dit hier daarom verder rusten.

Zorgverzekeringswet

2. In de Zorgverzekeringswet is vastgelegd op welke prestaties het basispakket de verzekerde recht geeft. Het door de minister vastgestelde basispakket begrenst de aanspraken die de verzekerde heeft op zijn verzekeraar. Ruimte voor extra dekking kan slechts worden geboden met een zogeheten aanvullende verzekering. Deze aanvullende verzekering mag (in tegenstelling tot de basisverzekering) recht geven op een vergoeding voor de aanschaf van medicinale cannabis, waaronder is te verstaan een als geneesmiddel door de apotheek aan de patiënt te verschaffen (speciaal voor dit doel ontwikkelde en gekweekte) cannabis.
3. Het onderhavige geschil heeft betrekking op andere, namelijk in coffeeshops gekochte, cannabis. Desalniettemin is niet onbelangrijk welk standpunt de wetgever inneemt over het recht op vergoeding van kosten voor medicinale cannabis (in deze betekenis).
4. Op 20 november 2009 heeft de toenmalige minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de heer A. Klink, een brief gestuurd aan de voorzitter van de Tweede Kamer waarin hij de mogelijkheid aftast om medicinale cannabis in het basispakket op te nemen. Hij schrijft hierover onder meer:

“Wanneer zou blijken dat het gebruik van medicinale cannabis een besparing oplevert in het gebruik van andere geneesmiddelen dan lijkt het mij inderdaad interessant voor verzekeraars om medicinale cannabis in het te verzekeren pakket aan te bieden. Zoals ik heb uitgelegd kan ik medicinale cannabis niet zomaar in het basispakket opnemen. Verzekeraars hebben daarentegen een grote mate van vrijheid hoe zij hun aanvullend pakket samenstellen.”.

5. In deze – tamelijk eenzijdig economische – benadering van de problematiek ziet de minister, zoals uit het voorgaande blijkt, in het genoemde potentiële financiële voordeel van gebruik van cannabis (in plaats van andere medicijnen) geen voldoende reden de in zijn brief eerder opgeworpen bezwaren tegen opname van medicinale cannabis in het (deels uit publieke middelen te financieren) basispakket opzij te zetten. De minister onderstreept de vrijheid van de verzekeraars om – zo zij dit wensen – vergoeding hiervan onder het aanvullend pakket aan te bieden. Onder de basisverzekering bestaat hiertoe geen ruimte.

Achtergrond van deze zaak

6. Sedert 1978 is de heer Hillebrand bij IZZ verzekerd tegen ziektekosten. Sinds 1 januari 2006 betreffen zijn verzekeringen een basispakket en een aanvullend pakket. Van 1 juli 2006 tot en met 1 februari 2009 heeft de heer Hillebrand voor de kosten van aanschaf van cannabis een vergoeding gekregen via de zogeheten bijzondere bijstand. In februari 2009 is zijn vermogenspositie als gevolg van een nabetaling van zijn invaliditeitspensioen gewijzigd. Vanaf het moment waarop deze wijziging optrad, heeft de heer Hillebrand geen aanspraak meer op een uitkering van bijzondere bijstand. Sedertdien is hij aangewezen op zijn verzekeraar, IZZ. IZZ weigert echter de kosten te vergoeden. Volgens haar vallen de kosten voor aanschaf van cannabis in een coffeeshop niet onder de verzekeringsdekking. IZZ beroept zich daartoe onder meer op de in het arrest weergegeven artikelen 2.3 (medische noodzaak) en artikel 31 (geneesmiddelen). Deze bepalingen luiden als volgt:

I. Algemeen gedeelte

(...)

Artikel 2 Algemene bepalingen

(...)

2.3 Medische noodzaak

Aanspraak op zorg of vergoeding van de kosten van zorg als vermeld in deze verzekeringsovereenkomst bestaat slechts als en voorzover de verzekerde op de zorgvorm naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen. De inhoud en de omvang van de vormen van zorg worden mede bepaald door de stand van de wetenschap en praktijk en, bij ontbreken van een zodanige maatstaf, door hetgeen in het betrokken vakgebied geldt als verantwoorde en adequate zorg.

II. Dekkings- en presentatiewijze

(...)

Farmaceutische zorg

Artikel 31 Geneesmiddelen

Omschrijving

terhandstelling van:

- a. de bij Regeling zorgverzekering aangewezen geregistreerde geneesmiddelen voorzover deze zijn aangewezen door Zorgverzekeraar IZZ;
- b. andere geneesmiddelen als bedoeld in de Geneesmiddelenwet op voorwaarde dat het rationele farmacotherapie betreft, zoals omschreven in artikel 2.8, eerste lid, onder b van het Besluit zorgverzekering.

Per voorschrift heeft de verzekerde aanspraak op geneesmiddelen voor een periode zoals vastgesteld in het Reglement farmaceutische zorg IZZ 2008.

Ter hand gesteld door:

Apotheker of apotheekhoudend huisarts.

Vordering

7. De heer Hillebrand vordert, kort samengevat, een verklaring voor recht dat IZZ hem na 1 februari 2009 cannabis dient te vergoeden op grond van de gebruikelijke prijs in de

coffeeshop en verder vordert hij om IZZ te veroordelen tot betaling van de door hem van 1 februari 2009 tot aan 31 december 2009 voor de aanschaf van die cannabis gemaakte kosten en de (nog te maken) kosten voor aanschaf van deze cannabis vanaf 1 januari 2010.

Dit geding

8. De Rechtbank heeft de vorderingen van de heer Hillebrand afgewezen. Het Hof heeft deze uitspraak in hoger beroep bekrachtigd. Het Hof komt op de volgende, kort weer te geven, gronden tot zijn beslissing.
9. Bij de coffeeshop verkregen cannabis is aan te merken noch als geregistreerd geneesmiddel noch als rationele farmacotherapie als bedoeld in de polis (rov. 3.1.7). De Zorgverzekeringswet schrijft dwingend voor welke prestaties onder de basisverzekering verzekerd dienen te zijn. Krachtens de Zorgverzekeringswet heeft de verzekerde op basis van een met zijn zorgverzekeraar gesloten overeenkomst recht op (niet meer of minder dan) deze prestaties. De afpaling van het basispakket berust op politieke besluitvorming. In de aanvullende verzekering mag een ruimere dekking worden geboden. De dekkingsomschrijving in de polisvoorwaarden strookt, zo is tussen partijen in confesso, met het dienaangaande bepaalde in de Zorgverzekeringswet. De rechter dient dan ook terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling of een bepaalde prestatie onder de polisvoorwaarden valt. Voor de aanvullende verzekering moet in de eerste plaats worden gelet op de vrijheid van de verzekeraar om de dekkingsomvang te bepalen. In het aanvullend pakket zijn additionele prestaties opgenomen, maar de voorwaarden op grond waarvan een aanspraak op zorg kan worden gemaakt, zijn dezelfde als die gelden onder de basisverzekering (rov. 3.5).

Wil een verzekerde aanspraak kunnen maken op een vergoeding voor een specifieke vorm van zorg, een prestatie:

- a. dan moet deze prestatie verzekerd zijn, en
- b. dan dient de verzekerde bovendien een indicatie te hebben voor deze prestatie.

Volgens dit systeem kan eerst worden toegekomen aan de vraag of een indicatie bestaat als die vorm van zorg verzekerd is, en niet andersom, zoals de heer Hillebrand heeft bepleit.

Naar tussen partijen niet in geschil is, valt cannabis niet aan te merken als geregistreerd geneesmiddel noch als rationele farmacotherapie. Cannabis behoort dan ook niet tot de op grond van de polisvoorwaarden te verzekeren prestaties (rov. 3.7.1 en 3.7.2).

Het staat IZZ vrij in haar aanvullende verzekering geen recht op vergoeding voor in een coffeeshop aangeschafte cannabis op te nemen. Ter beoordeling van een beroep op de aanvullende en, met name, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient de rechter, naar vaste rechtspraak, terughoudendheid te betrachten (rov. 3.8.1).

Gelet op het eerder geschetste wettelijke systeem, de vrijheid van de verzekeraar om de omvang van de aanvullende verzekering te bepalen en de door de rechter bij de beoordeling van een beroep op art. 6:248 lid 1 BW te betrachten terughoudendheid, is voor aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid hier geen plaats (rov. 3.8.3).

Dit geldt eveneens voor het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. "Het wettelijk systeem van de Zorgverzekeringswet in samenhang met de vrijheid van de verzekeraar om de omvang van de aanvullende verzekering te bepalen en de door de rechter in acht te nemen terughoudendheid brengt met zich dat een beroep op de dekkingsomschrijving niet met een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan worden afgeweerd." Het Hof gaat zijn rechtsvormende taak te buiten indien het aan IZZ een beroep op de beperking van de polis zou ontzeggen op de grond dat zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (rov. 3.8.3).

De vergelijking met de uitspraak van de CRvB van 26 januari 2010 gaat mank, nu die zaak handelde over de Wet Werk en Bijstand waarin, anders dan in de Zorgverzekeringswet met zijn dwingende systeem, een hardheidsclausule is opgenomen (rov. 3.8.4).

Uitleg overeenkomst

10. De uitleg van de overeenkomst getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd. De van de verzekeringsovereenkomst opgemaakte polis dient te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf¹. De

¹ Geformuleerd in het beroemde arrest HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. Vgl. voor verzekeringsovereenkomsten bijvoorbeeld HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m. nt. M.M. Mendel.

tussen de heer Hillebrand en IZZ gesloten verzekeringen zijn standaardverzekeringen, waarover niet onderhandeld pleegt te worden (en waarover ook in dit geval niet onderhandeld lijkt te zijn). Zowel de basisverzekering als de aanvullende verzekering behelst standaardbepalingen. Hooguit in de marges, waar het enkele variabelen van ondergeschikt belang betreft, is de aanvullende verzekering toegesneden op de persoonlijke wensen van de verzekeringsnemer. Het Hof heeft dan ook terecht de uitleg verricht aan de hand van meer objectieve factoren, zoals bewoordingen en opbouw van de polis. Wij benadrukken deze objectieve factoren, nu het hof de betekenis van de overeenkomst slechts aan de hand daarvan mocht bepalen.

11. Tussen de Haviltexnorm en de zogeheten CAO-norm bestaat, zoals de Hoge Raad heeft uitgemaakt in Pensioenfonds DSM/Fox², immers geen tegenstelling, maar veeleer een vloeiende overgang. In praktisch opzicht is, zo overwoog de Hoge Raad, bij de uitleg de taalkundige betekenis die de bewoordingen, gelezen in de context van het geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, van groot belang. De uitleg van de polis(bepalingen) is van feitelijke aard en daarmee voorbehouden aan de feitenrechter. In cassatie kan slechts worden getoetst of de rechter de juiste maatstaf heeft aangelegd en of zijn oordeel voldoende begrijpelijk is gemotiveerd³. Het Hof heeft in onze optiek de betekenis van (het betrokken gedeelte van) de polis terecht vastgesteld aan de hand van de taalkundige betekenis van de polisvoorwaarden (2.3 en 31) en de structuur van de polis. De uitleg waartoe het hof langs deze weg lijnen komt, is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Wij zien geen mogelijkheid deze uitleg in cassatie met succes te bestrijden.

² HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m. nt. C.E. du Perron.

³ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), 368.

Redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 1 en 2 BW

12. Het Hof stelt terecht de door de rechter bij de beoordeling van een beroep op art. 6:248 lid 1 en 2 BW te betrachten terughoudendheid voorop⁴. Acht moet worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval⁵. Aan de motivering worden in dit verband hoge eisen gesteld⁶. Het Hof heeft in onze optiek terecht de op een politieke afweging gestoelde afbakening van deze – deels uit publieke middelen te financieren – basisverzekering in zijn beoordeling betrokken. Mede gelet op de bewuste keuzes van de wetgever om bepaalde prestaties wel en andere niet in het basispakket onder te brengen en de gebondenheid van de zorgverzekeraars aan dit basispakket, is er geen ruimte voor een beroep op art. 6:248 lid 1 en 2 BW, voor zover het betreft de basisverzekering, te meer niet nu de behoefte aan en het heilzame effect van cannabis wel door de wetgever onder ogen is gezien, maar dat bekende effect geen aanleiding heeft gegeven een recht op vergoeding voor kosten voor aanschaf daarvan in het basispakket op te nemen. Redelijkheid en billijkheid kunnen dan ook enkel een aanspraak op vergoeding van deze kosten met zich brengen voor zover het betreft het aanvullende pakket. Hierbij doet zich, zoals het Hof heeft onderkend, een complicatie voor.

13. Zoals het Hof heeft overwogen, staat het de verzekeraar vrij de dekkingsomvang te bepalen. Een beroep op de derogerende en/of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan dus niet dan onder zeer bijzondere omstandigheden worden gehonoreerd. Volgens een enkele schrijver kan op de primaire dekkingsomschrijving zelfs in het geheel geen inbreuk worden gemaakt met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW⁷. De heersende leer

⁴ Vgl. bijvoorbeeld HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Gemeente Apeldoorn/Duisterhof), HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (FNV/Maas) en recent nog HR 17 februari 2012, RvdW 2012, 321.

⁵ HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141, rov. 3.5; HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585, rov. 3.7; HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412, rov. 3.4. Zie ook HR 21 december 2001, JOR 2002, 45 m.nt. Wessels, rov. 3.4 en HR 11 februari 2000, NJ 2000, 294, rov. 3.5 en 3.7.

⁶ HR 17 december 2004, NJ 2005, 271, rov. 3.3.2; HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141, rov. 3.5; HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585, rov. 3.7; HR 14 december 2001, NJ 2002, 59, rov. 3.4.3; HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412, rov. 3.4; alinea 2.9 van de conclusie van A - G Keus voor HR 24 februari 2006, RvdW 2006, 232; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 I*, 2008, nr. 369.

⁷ In Ph. H.J.C. van Huizen, J.B. Wezeman en J.C. van Eijk-Graveland, Grondslagen van het verzekeringsrecht, SDU Den Haag, 5e druk 2010, nr. 20 wordt beperking van de primaire dekkingsomschrijving met een beroep op de

luit, voor het tweede lid van art. 6:248 BW evenwel anders. Aanleiding voor deze onduidelijkheid vormt het zweefvliegtuig-arrest (HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326). Hierin overwoog de Hoge Raad voor zover thans van belang:

“Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsomschrijving niet met succes kan worden afgeweerd met de stelling dat een beroep van de verzekeraar daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. Met de dekkingsomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.”.

14. In het algemeen wordt hierin geen onmogelijkheid gelezen om art. 6:248 lid 2 BW in stelling te brengen tegen een regel uit de dekkingsomschrijving die in een gegeven situatie aan uitkering onder de verzekering in de weg staat⁸. De mogelijkheid om met een beroep op deze bepaling afbreuk te doen aan de wezenlijke vrijheid van de verzekeraar de dekkingsomvang te bepalen, wordt echter wel minimaal geacht. Het dient een zéér exceptionele situatie te betreffen⁹. Reden hiervoor is ook dat de dekking dus ab initio geacht moet worden te hebben ontbroken. De verzekeraar heeft bewust, om haar moverende redenen, bepaalde aanspraken van de dekking uitgesloten. Dit ligt anders bij uitsluitings- en vervalbedingen, ten aanzien waarvan een ruimere mogelijkheid wordt aangenomen om die op de voet van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing te laten. De grenzen tussen de betreffende categorieën zijn niet eenvoudig te trekken. In de literatuur wordt met deze

derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid niet mogelijk geacht. Geheel in lijn met de algemene opvatting in de literatuur wordt dit in dit boek wel mogelijk geacht ter afwering van een beroep op een garantieclausule in de verzekeringsovereenkomst.

⁸ In die zin A-G Rank-Berenschot in haar conclusie vóór HR 23 april 2010/NJ 2010, 454, A-G. Spier in zijn conclusie vóór HR 8 juli 2011, LJN; BQ6074 en J.G.J. Rinkes, in M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes (red.), Juridische aspecten van verzekeringsvoorwaarden blz. 29 en 30; Mendel in zijn noot onder HR 23 april 2010, NJ 2010, 454 sub 6. Hendrikse in B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden blz. 624. N. van Tiggele-Van der Velde, Contractsvrijheid: Hoe vrij is de verzekeraar in (de wijze van) begrenzing van de door hem geboden dekking, in: Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht, 2010, blz. 15-16.

⁹ A-G Spier in zijn conclusie vóór HR 8 juli 2011, LJN; BQ6074.

materie geworstd¹⁰. Het Hof gaat in casu uit van een primaire dekkingsomschrijving. Dit oordeel, wat de uitleg van de polis betreft, is feitelijk en niet onbegrijpelijk. In de eerder weergegeven bepalingen is de dekkingsomvang nadrukkelijk afgebakend. Dat het Hof op basis van deze afgrenzing uitgaat van een primaire dekkingsomschrijving is vanzelfsprekend. Het Hof komt niet tot een categorische afwijzing van de mogelijkheid van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, maar ziet in de opgesomde omstandigheden reden het beroep op art. 6:248 lid 2 BW af te wijzen. Dit oordeel zal in een cassatieprocedure stand houden.

15. Het Hof zet de volgens hem doorslaggevende factoren af tegen de door hem nadrukkelijk onderkende en benoemde ernstige consequenties van de afwijzing van het verzoek om vergoeding onder de verzekering en komt aldus tot dit voor de heer Hillebrand negatieve oordeel.
16. Het oordeel of toepassing van de contractuele regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is sterk verweven met (aan de feitenrechter voorbehouden) waarderingen van feitelijke aard. In cassatie kan worden geklaagd dat de feitenrechter een onjuiste maatstaf heeft aangelegd of dat het oordeel onvoldoende of onbegrijpelijk is gemotiveerd. Zoals uit het voorgaande volgt, is hiervan geen sprake.
17. Voor een aanvulling van de overeenkomst op de voet van 6:248 lid 1 BW zien wij hier geen ruimte, gelet op de door de Hoge Raad in het zweefvliegtuigarrest vooropgestelde vrijheid van de verzekeraar om de dekkingsomvang te bepalen en de hierboven weergegeven accentuering van deze vrijheid door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Tegen 's Hof's oordeel van deze strekking valt dan ook niet met succes op te komen.

¹⁰ Zie A-G Spier in zijn conclusie vóór HR 8 juli 2011, LJN; BQ6074 en vóór HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326.

Conclusie

18. Het voorgaande leidt tot de onvermijdelijke conclusie dat er in dit geval helaas geen aanknopingspunten zijn voor een tenminste met enige kans op succes in te stellen cassatieberoep. Wij hadden u graag anders bericht. Er is echter geen mogelijkheid een voldoende handvat te bieden voor vernietiging van het arrest. De cassatietermijn verstrijkt op 27 maart a.s.

Uiteraard staan wij open voor nader overleg.

Groetend,
t.t.



R.A.A. Duk

Hoogachtend,
uw dienstwillige confrère,



J. den Hoed