

Mw. Mr. Drs. A. Eleveld¹

Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering

1. Inleiding

De intrekking van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) in 2004 betekende tevens het einde van een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten. Voor de verzekering van het risico van inkomensderving als gevolg van zwangerschap en bevalling zijn zelfstandigen, net als voor de invoering van de WAZ in 1998, aangewezen op een privaatrechtelijke verzekering.²

Van de circa 60 private arbeidsongeschiktheidsverzekeraars heeft inmiddels eenderde een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering in de arbeidsongeschiktheidspolis opgenomen.³ In de meeste gevallen wordt aan de zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering echter meer voorwaarden verbonden dan aan de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Deze onderscheidmakende bepalingen waren de aanleiding voor een aantal procedures bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), de Rechtbank en het Gerechtshof.

In dit artikel ga ik na hoe deze bepalingen beoordeeld kunnen worden tegen de achtergrond van het Europese gelijke behandelingsrecht. De keuze voor mijn analysekader vloeit voort uit het gegeven, dat een groot deel van de Nederlandse wetgeving ter bestrijding van seksdiscriminatie is aangenomen, om te voldoen aan de implementatieverplichtingen op grond van Europese richtlijnen. Daarnaast heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof) zich meerdere malen uitgesproken over de verhouding tussen zwangerschap, arbeidsongeschiktheid en ziekte. Een derde overweging voor de keuze van dit analysekader is gerelateerd aan het feit dat verzekerden in de laatste procedures een beroep deden op, de nog niet in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerde, Europese Goederen- en dienstenrichtlijn 2004/113/EG.⁴ Nu deze gelijke behandelingsrichtlijn specifiek betrekking heeft op de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde, is het interessant om te onderzoeken wat de mogelijke implicaties zijn voor de onderhavige geschillen.

Aangezien verzekeringsmaatschappij Movir in de meeste zaken één van de partijen was, zal ik me richten op de gerechtelijke procedures tussen Movir en verzekerden. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de door Movir gevoerde argumentatie ten aanzien van de dekking van haar arbeidsongeschiktheidsverzekering. In de conclusie schets ik (globale) criteria waaraan voldaan moet zijn, wil een private verzekering van

¹ Mr. Drs. A. Eleveld is promovendus aan de Universiteit Leiden en doet onderzoek naar de levensloopregeling.

² In de ZW bestaat ook de mogelijkheid voor het afsluiten van een vrijwillige publiekrechtelijke verzekering, echter van deze verzekeringsvorm blijkt weinig gebruik te worden gemaakt, omdat ze financieel onaantrekkelijk is.

³ P. Brouwer en P. Vroonhof, Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Ongelijkheid mannen en vrouwen door bepalingen zwangerschaps- en bevallingsverlof, Rapport in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling, EIM 2007.

⁴ Pb EG 2004 L 373/37. Er is inmiddels wel een wetsvoorstel ter implementatie ingediend, zie noot 26.

(arbeidsongeschiktheid als gevolg van) zwangerschap en bevalling in overeenstemming zijn met het Europese gelijke behandelingsrecht.⁵

2 De procedures

In deze paragraaf komen allereerst de belangrijkste geschilpunten tussen verzekeringsmaatschappij Movir en verzekerden in de verschillende procedures aan de orde. Daarna bespreek ik de uitspraken in de gedingen bij de Rechtbank en het Gerechtshof, waarbij tevens het standpunt van Movir weergegeven wordt.

2.1 De onderscheidmakende bepalingen

Movir kent een arbeidsongeschiktheidsverzekering welke uitkeert naar verzekerd dagbedrag. Om voor een uitkering in aanmerking te komen moet in ieder geval voldaan zijn aan het vereiste van arbeidsongeschiktheid. Volgens Movir is er sprake van arbeidsongeschiktheid, in de zin van de polis indien er in directe relatie tot ziekte of ongeval, objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde voor tenminste 25% beperkt is om de werkzaamheden te verrichten. De door Movir gehanteerde definitie komt grotendeels overeen met de veelvuldig gebruikte definitie uit de modelvoorwaarden van het Verbond van Verzekeraars. Movir kent daarnaast onder het kopje, 'extra dekking', een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering. Dit recht bestaat ongeacht of de verzekerde arbeidsongeschikt is in de zin van de polis. De verzekerde heeft recht op een uitkering gedurende 16 weken rond de bevallingsdatum ter hoogte van het verzekerde dagbedrag. Om recht te hebben op deze uitkering dient er een bevalling plaats te vinden na tenminste 32 weken zwangerschap.

In de onderzochte procedures richtte het geschil zich op de onderscheidmakende bepalingen in de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Hieronder geef ik een overzicht van een aantal onderscheidmakende bepalingen die door verzekerden in de verschillende procedures werden bestreden:

-De zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering is gekoppeld aan de langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering (L-verzekering). Om voor een zwangerschaps- en bevallingsuitkering in aanmerking te komen, moet zowel een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering (E-verzekering) als een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten worden. Een dergelijke voorwaarde geldt niet voor de verzekering tegen het inkomensverlies bij kortdurende arbeidsongeschiktheid.

-Om in aanmerking te komen voor een zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering geldt een wachttijd van twee jaar. Deze wachttijd geldt niet voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering.

-De hoogte van de zwangerschapsuitkering is gelijk aan de verzekerde daguitkering met een maximum van het verzekerde dagbedrag, zoals dat gold twee jaar voor de vermoedelijke bevallingsdatum. Deze termijn geldt niet voor een uitkering uit de arbeidsongeschiktheidsverzekering.

⁵ De basis voor dit artikel is gelegd in het rapport dat in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling is geschreven (A. Eleveld, Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden, Rapport in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling, Universiteit Leiden, 2007).

-De zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering is niet gekoppeld aan de vaste kostenverzekering waardoor tijdens de opname van zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze kosten niet verzekerd zijn. Indien verzekerde arbeidsongeschikt wordt, zijn deze kosten wel gedekt.

2.2 Eén of twee diensten

Gelijke behandeling impliceert dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Allereerst rijst dan de vraag of een of een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering en een arbeidsongeschiktheidsverzekering als gelijke gevallen kunnen worden beschouwd. In de procedures werd deze vraag beantwoord door na te gaan of beide verzekeringen al dan niet één dienst vormen.

De voorzieningenrechter in Utrecht is in haar uitspraken in 2004 en 2005, net als de CGB, van mening dat een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering en een arbeidsongeschiktheidsverzekering één en dezelfde dienst vormen.⁶ Deze zienswijze wordt gemotiveerd met een verwijzing naar het gebruik om, zoals in de vroegere WAZ, in arbeidsongeschiktheidsregelingen expliciet een regeling voor zwangerschap en bevalling op te nemen. Daarnaast overweegt de rechter dat zwangerschap en bevalling, net als ziekte, leiden tot een situatie waarin een vrouw fysiek niet meer tot werken in staat is. Op grond van het algemene verbod op het maken van onderscheid op grond van sekse van artikel 1 AWGB en het in artikel 7 AWGB neergelegde verbod op het maken van onderscheid bij het aanbieden of verlenen van goederen en diensten, concludeert de rechter vervolgens dat er sprake is van een ongeoorloofd onderscheid.⁷

In tegenstelling tot de voorzieningenrechter stelt de bodemrechter te Utrecht in latere uitspraken, vast dat een zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering en een arbeidsongeschiktheidsuitkering als twee verschillende diensten moeten worden beschouwd.⁸ Ze motiveert dit door er op te wijzen dat de arbeidsongeschiktheidsuitkering en de zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering in de polis twee van elkaar te onderscheiden uitkeringen zijn, die getoetst worden aan eigen voorwaarden en die dekking bieden tegen risico's van geheel verschillende aard. Hierbij verwijst de rechter behalve naar de al eerder genoemde polisvoorwaarden, naar de voorwaarde waarin wordt bepaald dat bij samenloop van de zwangerschapsuitkering en die wegens arbeidsongeschiktheid, de zwangerschapsuitkering slechts ten hoogste wordt uitgekeerd voor zover deze die wegens arbeidsongeschiktheid overtreft. Hieruit moet volgens de rechter worden afgeleid dat de verzekerde recht heeft op de arbeidsongeschiktheidsuitkering, indien en voor zover er sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis in verband met zwangerschap. Nu de extra dekking uitsluitend aan vrouwen wordt aangeboden, is er alleen sprake van een onderscheid tussen vrouwen onderling, dit levert geen strijd op met de AWGB

2.3 Definitie van het begrip arbeidsongeschiktheid en indirecte discriminatie

Het Gerechtshof te Amsterdam oordeelt eveneens in het hoger beroep tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter in 2005, dat er sprake is van twee diensten, maar oordeelt

⁶ Rb. Utrecht 27 mei 2004, LJN AP0146 en Rb. Utrecht 15 november 2005, LJN A46168.

⁷ Zie uitspraak Rb. Utrecht 15 november 2005, noot 6

⁸ Rb. Utrecht 3 mei 2006 LJN AW7505 en Rb Utrecht 10 januari 2007, LJN AZ6602.

tevens dat er, voor wat betreft alle aangevallen onderscheidmakende bepalingen sprake is van indirect onderscheid waarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het onderscheid vloeit voort uit de omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid, dat in zijn effect alleen vrouwen raakt.⁹

Indirecte discriminatie is gezien artikel 2 AWGB geoorloofd, indien er een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het Gerechtshof acht deze grond aanwezig nu Movir aangeeft dat aanvullende voorwaarden voor een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering noodzakelijk zijn in verband met het voorkomen van oneigenlijk gebruik en een juiste premiestelling.¹⁰

De motivering van het arrest door het Gerechtshof is zeer summier. De constatering dat het onderscheid voortvloeit uit het gehanteerde arbeidsongeschiktheidbegrip kan wellicht beter begrepen worden uit de interpretatie die Movir aan haar definitie geeft.¹¹ Movir brengt arbeidsongeschiktheid nadrukkelijk in verband met stoornissen in relatie tot ziekte. Movir betoogt voorts dat zwangerschap en bevalling niet hetzelfde is als ziekte, waardoor zwangerschap en bevalling niet onder de arbeidsongeschiktheidsverzekering vallen. Alleen ziekte als gevolg van zwangerschap geeft recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Movir beperkt “ziekte als gevolg van zwangerschap” tot zwangerschapscomplicaties, zoals zwangerschapsvergiftiging en postnatale depressie. Door deze uitleg is volgens Movir het vereiste van onzeker voorval (7:925 BW) niet in het geding is, het staat immers op voorhand niet vast of er complicaties zullen optreden bij de zwangerschap of bevalling.¹² Dat de door Movir gehanteerde (interpretatie van haar) definitie in zijn effect alleen vrouwen raakt, blijkt uit het feit dat arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling, met uitzondering van zwangerschapscomplicaties niet onder de dekking van haar arbeidsongeschiktheidsverzekering valt.

3. Zwangerschap en ziekte in Europeesrechtelijk perspectief

In de inleiding gaf ik aan dat een groot deel van de Nederlandse wetgeving ter bestrijding van sekse discriminatie aangenomen is om te voldoen aan de implementatieverplichtingen op grond van de richtlijnen van de Europese Gemeenschap. Hoewel een groot deel van de Europese gelijke behandelingsrichtlijnen en jurisprudentie van het Hof betrekking heeft op de relatie tussen werknemer en werkgever, kan op basis van deze jurisprudentie wel uitspraken gedaan worden over de vergelijkbaarheid tussen zwangerschap, arbeidsongeschiktheid en ziekte. Bovendien zal in de voorlaatste paragraaf blijken dat ook in de relatie tussen verzekeringsmaatschappij en verzekerde ongunstiger behandeling in verband met zwangerschap en moederschap directe discriminatie op grond van sexe moet worden beschouwd. In deze paragraaf zal ik

⁹ Gerechtshof Amsterdam 19 oktober 2006 LJN AZ0509, zie r.o. 4.10

¹⁰ FNV heeft voor haar leden overigens bij Zilveren Kruis Achmea wel een collectief contract uitonderhandeld waarbij geen wachttijd voor een zwangerschaps- en bevallingsverzekering is opgenomen. Hetzelfde geldt voor het collectieve contract dat het Platform Zelfstandige Ondernemers voor haar leden heeft afgesproken met diverse private arbeidsongeschiktheidsverzekeraars. In deze gevallen lijkt het gevaar van antiselectie, wellicht als gevolg van het grote aantal verzekerden die aanhaken bij de collectieve verzekering, minder op de voorgrond te staan

¹¹ Zie met name verweerschrift Movir bij Rb Utrecht 15-11-2005 (noot 7) en de memorie van grieven bij Gerechtshof Amsterdam 19-10-2006 (noot 9).

¹² Movir benadrukt dit standpunt in oordeel CGB 2006-44.

allereerst ingaan op de relatie tussen zwangerschap, arbeidsongeschiktheid en ziekte in het Europese gelijke behandelingsrecht.

3.1 Het zwangerschaps- en bevallingsverlof

Voorop staat dat, naar mijn mening, op grond van Europees recht de overheid, noch de private verzekeraar kan worden verplicht om een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering aan te bieden.¹³

Of gezien Europeesrechtelijke bepalingen een arbeidsongeschiktheidsverzekering en een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering met elkaar vergeleken dienen te worden, kan beoordeeld worden door allereerst te kijken naar de doelstellingen van het zwangerschaps- en bevallingsverlof in het Europees recht. Het recht op een zwangerschaps- en bevallingsverlof voor werknemers is vastgelegd in de Zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG).¹⁴ Doelstelling van deze richtlijn is de bescherming van de gezondheid van de moeder en de vrucht. De beschermende maatregelen verliezen volgens de richtlijn hun nuttige werking, indien ze niet gepaard gaan met behoud van bezoldiging of een adequate uitkering. Deze doelstelling vinden we ook terug in de uitspraken van het Hof in de periode voordat de Zwangerschapsrichtlijn was geïmplementeerd. Voorts dient, volgens een aantal uitspraken van het Hof, het zwangerschaps- en bevallingsverlof de bescherming van de ontwikkeling van de specifieke relatie tussen moeder en kind.¹⁵

Samengevat dient, volgens de Europese wetgever, de zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering in ieder geval de volgende doelen:

- compensatie van inkomensverlies tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid;
- bescherming van de gezondheid van de moeder en de vrucht;
- bescherming van de ontwikkeling van de specifieke relatie tussen moeder en kind;

Een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering verzekert dus meer dan inkomensverlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan geconcludeerd worden dat een arbeidsongeschiktheidsuitkering, aangenomen dat deze uitkering tot doel heeft inkomensverlies te compenseren tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid, een ander doel dient dan een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering. De verzekeringen zijn dus te beschouwen als ongelijke gevallen, ofwel betreffen verschillende diensten.

3.2 Vergelijking van zwangerschap en ziekte

In het geval dat het geoorloofd is, om aan een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering extra voorwaarden te koppelen, is de vraag interessant of

¹³ Zie r.o. 27 uit het Hofmann-arrest, HvJ EG 12 juli 1984, zaak 184/83, Jur. 1984, p. 3047; deze overweging werd herhaald in het Thibault-arrest, HvJ EG 8 april 1998, zaak C-136/95, Jur. 1998, p. I-621; zie hierover ook A. Eleveld, 'Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief', SMA (61) 2006-6, p. 261.

¹⁴ PbEG 1992, L 348/1.

¹⁵ Zie ondermeer: Het Webb-arrest, HvJ EG 14 juli 1994, zaak c-32/94, Jur. 1994, p. I-3567; het Brown-arrest, HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, Jur. 1998, p. I-4185; het Thibault-arrest, noot 13; het Stoeckel-arrest, HvJ EG 25 juli 1991, zaak 345/8, Jur. 1991, p. I-4047; en het Boyle-arrest, HvJ EG 27-10-1998, zaak C-411/96, Jur. 1998, P. I-6401.

arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap vergeleken moet worden met arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte en zodoende onder de dekking van de private arbeidsongeschiktheidsverzekering dient te vallen.

De Rechtbank Utrecht refereert aan 'arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis.'

Hiermee lijkt ze aan te geven dat de verzekeraar geheel vrij is om de omvang van dekking van de arbeidsongeschiktheidsverzekering vast te stellen. Movir stelt dat arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling, met uitzondering van zwangerschapscomplicaties, niet wordt gedekt door de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Movir doet de kwestie verder af met de opmerking dat andere arbeidsongeschiktheid ten gevolge van zwangerschap en bevalling niet relevant is, aangezien de arbeidsongeschiktheidsverzekering een eigenrisico termijn van 30 dagen kent. Movir betoogt dat een vrouw in het algemeen niet meer tijd nodig heeft om na zwangerschap en bevalling het werk weer volledig op te pakken.

Het Gerechtshof concludeert dat deze definitie indirect discriminerend is. Het Gerechtshof geeft echter geen antwoord op de vraag of arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling vergeleken dient te worden met arbeidsongeschiktheid. De relevantie van deze vraag volgt uit de bewoordingen van artikel 1 lid 2 AWBG: onder direct onderscheid op grond van geslacht wordt mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.¹⁶ Indien (arbeidsongeschiktheid als gevolg van) zwangerschap en ziekte met elkaar vergeleken moeten worden, is er dus mogelijk sprake van direct onderscheid op grond van geslacht. Kan het Europees recht opheldering geven over de vraag in welke situatie arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap of bevalling vergeleken moet worden met arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte?

Het Hof heeft meerdere malen geoordeeld dat zwangerschap niet met ziekte vergeleken kan worden. De soms ingewikkelde jurisprudentie komt voort uit het feit dat zwangerschap zich moeilijk met iets anders laat vergelijken. Zwangerschap is immers een unieke aan de vrouw verbonden omstandigheid. In de gelijke behandelingswetgeving in de Verenigde Staten heeft men er voor gekozen om zwangerschap, in ieder geval wat betreft haar directe fysieke effecten, te vergelijken met ziekte en arbeidsongeschiktheid. In Europa heeft zwangerschap daarentegen een beschermde positie gekregen.

Foubert is van mening dat door deze ontwikkeling zwangerschap en bevalling uit het gelijke behandelingsdebat is getrokken.¹⁷ De beschermingsgedachte is in wezen gematerialiseerd in de eerder genoemde zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG).

Wellicht kunnen we wel een aanknopingspunt vinden in de jurisprudentie naar aanleiding van de gelijke behandelingsrichtlijn betreffende gelijke beloning voor mannen en vrouwen (75/117/EEG). Wat betreft de gelijke beloning maakt het Hof namelijk wel een vergelijking tussen zwangere werknemers en arbeidsongeschikte werknemers. In het McKenna-arrest (2005) oordeelde het Hof dat een vrouwelijke werknemer tijdens een zwangerschapsgebonden ziekte voorafgaande aan het zwangerschapsverlof op dezelfde

¹⁶ Artikel 1 lid 2 AWBG is tot stand gekomen onder invloed van jurisprudentie van het Hof van justitie, zie bijvoorbeeld het Dekker-arrest, , HvJ EG, 8 november 1990, zaak C-177/88, Jur. 1990, p. I-3941. Een soortgelijke bepaling is te vinden in de Goederen- en dienstenrichtlijn (par. 4).

¹⁷ Dit is de algemene conclusie van P. Foubert (zie met name h. 4.), *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community. Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America*, The Hague: Kluwer Law International 2002.

wijze behandeld dient te worden als een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte.¹⁸

Het blijft echter de vraag wat het Hof bedoelt met een zwangerschapsgebonden ziekte. In ieder geval, zo blijkt uit het arrest, worden complicaties in verband met zwangerschap hiertoe gerekend. Een nadere afbakening kan wellicht gevonden worden in het Boyle-arrest. In dit arrest oordeelde het Hof dat, in het geval er buiten het zwangerschapsverlof niet wordt gewerkt vanwege medisch vastgestelde arbeidsongeschiktheid, maar vanwege normale zwangerschapsongemakken, zoals een advies van een arts om de vrucht te ontzien en het rustig aan te doen, het niet werken op de keuze van de werkneemster berust en het niet hoofdzakelijk haar grondslag vindt in de zwangerschap.¹⁹

Alleen medisch vastgestelde arbeidsongeschiktheid van de zwangere of bevallen vrouw moet, aldus het Hof, vergeleken worden met andere arbeidsongeschiktheid, bescherming van de gezondheid van de vrouw en de vrucht vallen hier niet onder.

3.3 Implicaties voor de polisvoorwaarden van de private verzekeraar

Gezien de Europese jurisprudentie met betrekking tot de loonhoogte van werknemers gedurende de periode van afwezigheid als gevolg van zwangerschap of bevalling buiten het zwangerschaps- en bevallingsverlof, dient arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte vergeleken te worden met medische vastgestelde arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap of bevalling. Een leidraad voor de betekenis van 'medische arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling' kan gevonden worden in de 'standaard zwangerschap en bevalling als oorzaak van ongeschiktheid voor haar arbeid' zoals die wordt gehanteerd door het UWV.²⁰ Volgens deze standaard kan medische arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling ondermeer vastgesteld worden, indien betrokkene als gevolg van symptomen als moeheid, misselijkheid, en klachten ten gevolge van toename van de buikomvang, niet of verminderd in staat is arbeid te verrichten. Het arbeidsongeschiktheids criterium in relatie tot zwangerschap is hiermee ruimer dan de door Movir aangegeven zwangerschapscomplicaties. Indien verzekerde arbeidsongeschikt is als gevolg van zwangerschap, zoals in de hierboven genoemde gevallen en geen recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, handelt de verzekeraar mogelijk in strijd met het gelijke behandelingsrecht. De particuliere verzekeraar is dus niet geheel vrij om de omvang van de dekking van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering vast te stellen.

4. De Goederen- en dienstenrichtlijn

In de laatste procedures deden de verzekerden een beroep op artikel 5 lid 3 van de nog niet in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerde Europese Goederen- en dienstenrichtlijn. De rechter ging hier echter niet inhoudelijk op in. Wat zijn nu de mogelijke implicaties van de richtlijn voor de onderhavige geschillen?

¹⁸ HvJ EG, 8 september 2005, zaak C-191/03. Eerder vergeleek het Hof zwangerschap met arbeidsongeschiktheid i.v.m. beloning in het Larsson-arrest, HvJ EG 19 mei 1997, zaak C-400/95, *Jur.* 1997, p. I-2757, het Gillespie-arrest, 13 december 1996, zaak C-342/93, *Jur.* 1996 p. I-475 en in het Pedersen-arrest, HvJ EG 19 november 1998, zaak C-66/96, *Jur.* 1998, p. I-7327.

¹⁹ Het Boyle-arrest, noot 15, r.o. 39 tot en met 41 en 49.

²⁰ T.E. Greven, *Standaard zwangerschap en bevalling als oorzaak van ongeschiktheid voor haar arbeid*, Cadans, 1999.

4.1 Artikel 5 van de richtlijn

De richtlijn heeft tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht bij toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Onder directe discriminatie op grond van geslacht moet, gezien artikel 4, lid 1 onder a van de richtlijn, ook de ongunstigere behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap begrepen worden. Ingevolge artikel 5, lid 3 van de richtlijn mogen kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, in geen geval leiden tot verschillen in premies en uitkeringen.

Aan de hand van de wetgeschiedenis van de richtlijn ben ik nagegaan op welke wijze de richtlijn van toepassing is op particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en hoe artikel 5 van de richtlijn geïnterpreteerd dient te worden.

Rond de totstandkoming van artikel 5, dat betrekking heeft op actuariële factoren, is veel discussie geweest. In de ontwerprichtlijn was een verbod opgenomen voor het gebruik van sekse als factor bij de berekening van premies en uitkeringen in het kader van verzekerings- en aanverwante financiële diensten. Een uitzondering op dit artikel was niet toegestaan, behoudens een uitstel van implementatie van maximaal 6 jaar. Met dit artikel was beoogd een einde te maken aan het verschil naar geslacht in premies en uitkeringen voor verzekeringen.

In de toelichting op de ontwerprichtlijn geeft de Europese Commissie aan, dat het gegeven dat vrouwen langer leven dan mannen veelal is meegenomen in de actuariële berekening van de premie voor een levens- en gezondheidsverzekering en in lijfrentes. Hierdoor betalen vrouwen een hogere premie dan mannen. Volgens de Commissie heeft echter de leefstijl een veel grotere impact op iemands levensverwachting. De verzekeringsindustrie is het hier niet mee eens. Een uitbanning van gender als factor voor de premieberekening zou gevolgen hebben voor de concurrentiepositie en uiteindelijk leiden tot hogere premies, aldus de industrie.²¹

Dit geschil heeft tijdens de behandeling van het voorstel tot veel discussie geleid. Het verbod op onderscheid is uiteindelijk afgezwakt door het aanbrengen van een 'opt-out clause' in het tweede lid voor situaties waarin sekse een bepalende factor is bij het vaststellen van het risico.²² Men wilde deze uitzondering echter niet laten gelden voor zwangerschap en bevalling, vandaar de toevoeging van artikel 5, lid 3. Deze bepaling moet dus in directe relatie worden gezien met artikel 5, lid 2 waarin op geslacht gebaseerde actuariële factoren in verzekeringen worden toegestaan.

In de literatuur wordt verder juist aan de hand van de bewoordingen van artikel 5 geïllustreerd dat het effect van de richtlijn gering is. In dit artikel wordt immers discriminatie alsnog toegestaan, nu het individu ondergeschikt wordt gemaakt aan statistische gegevens over de groep, terwijl op grond van het gelijke behandelingsrecht

²¹ Commission staff working paper SEC(2003) 1213, p. 7-8.

²² Deze discussie is terug te vinden in de documenten van de Raad vanaf nr. 9426/04, 11 mei 2004. Wijziging van het oorspronkelijke artikel 4 vindt plaats in document nr. 12240/04, d.d. 13-9-2004. Het uiteindelijke artikel 5 lid 2 luidt als volgt: "Niettegenstaande lid 1 kunnen de lidstaten (.....) besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. (.....).

juist de gelijke behandeling van het individu voorrang zou moeten hebben op abstracte groepsgegevens.²³

Bovendien wordt in artikel 5 discriminatie in feite gerechtvaardigd op grond van financiële overwegingen, terwijl het Hof, op grond van andere gelijke behandelingsrichtlijnen, meerdere malen geoordeeld heeft dat discriminatie niet gerechtvaardigd kan worden op grond van financiële overwegingen.²⁴

4.2 Implicaties voor de polisvoorwaarden van de private verzekeraar

Hoe moeten nu voorwaarden die gesteld worden aan een zwangerschaps- en bevallingsverlof binnen een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering beoordeeld worden tegen de achtergrond van artikel 5 van de richtlijn? Ik constateer het volgende:

-De arbeidsongeschiktheidsverzekering en de zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering wordt in de wethistorie niet met name genoemd in relatie tot artikel 5.

-De doelstelling van het artikel is gerelateerd aan de langere levensverwachting van vrouwen. Men kan zich afvragen in hoeverre de langere levensverwachting van vrouwen een rol speelt bij de berekening van de premies en uitkeringen van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Indien dit niet het geval is, is artikel 5 in relatie tot arbeidsongeschiktheidsuitkeringen overbodig en daarmee ook de uitzonderingsbepaling onder het derde lid.

- Artikel 5 ziet op premies en uitkeringen. In de gevoerde procedures gaan de geschillen in het algemeen niet over verschillen in premies en uitkeringen, maar over de aan de verzekering verbonden voorwaarden.²⁵

- In de toelichting op het recente wetsvoorstel ter implementatie in de Nederlandse wetgeving van Richtlijn 2004/113/EG wordt gesteld dat artikel 5 lid 3 van de richtlijn geen nieuwe norm stelt ten opzichte van artikel 1 lid 2 AWGB en derhalve geen implementatie behoeft.²⁶

Mijns inziens heeft, gezien bovenstaande constatering, artikel 5 geen implicaties voor de gevoerde geschillen.

5. Conclusie

²³ Zie bijvoorbeeld E. Caracciolo di Torella, 'The Goods and Services Directive : Limitations and opportunities', *Feminist Legal Studies* (13) 2005, p. 337-347; E. Caracciolo di Torella, 'The Principle of Gender Equality, the Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis', *Maastricht Journal of European and Comparative law* (13) 2006-3, p. 339-350; D. Schliek, 'Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law', *Maastricht Journal of European and Comparative law* (12) 2005-4, p. 427-466; C. Tobler, 'Die EG-Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter in Bezug auf den Zugang zu die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen. Entwicklungsperspektiven für das schweizerische Gleichstellungsrecht', *Aktuelle Juristische Praxis* 2006-11, p.1440-1445.

²⁴ Zie bijvoorbeeld het Dekker-arrest, zie noot 16; het Tele Danmark-arrest, HvJ EG, 4 oktober 2001, zaak C-109/00, Jur. 2001, p. 6993 en het Gillespie-arrest, zie noot 18.

²⁵ Een uitzondering hierop wordt gevormd door CGB oordeel 2001/39. Dit geschil gaat over de volgens verzekerde onterechte verrekening van de WAZ uitkering met de zwangerschapsuitkering.

²⁶ Deze vaststelling wordt overigens nauwelijks gemotiveerd (Kamerstukken II, 2006/07, 30 967, nr. 3, p.5).

Bepalend voor de uitspraken in de gerechtelijke procedures was de vraag of een zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering en een arbeidsongeschiktheidsuitkering als gelijke gevallen beschouwd moeten worden. Aan de hand van Europese jurisprudentie en nationale wetgeving heb ik betoogd dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet alleen dient ter compensatie van het inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid. De zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering is daarom niet vergelijkbaar met een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dit impliceert dat een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering en een arbeidsongeschiktheidsverzekering als verschillende diensten moeten worden beschouwd. In die zin kom ik tot een andere conclusie dan de CGB, de voorzieningenrechter en het Gerechtshof. Nu er geen sprake is van gelijke gevallen, mag een private verzekeraar in principe extra voorwaarden verbinden aan een zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering. Dit is echter naar mijn mening alleen toegestaan, indien medische arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap onder de dekking valt van de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Medische arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap moet immers gezien de Europese gelijke behandelingsjurisprudentie betreffende de verhouding tussen werkgever en werknemer, vergeleken worden met arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte. Verzekeringsmaatschappij Movir stelt dat verzekerde geen recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, indien verzekerde, met uitzondering van zwangerschapscomplicaties, arbeidsongeschikt is als gevolg van zwangerschap of bevalling. Movir maakt door deze beperkte uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap mogelijk direct onderscheid op grond van geslacht. De verzekeraar is dus niet, zoals de Rechtbank Utrecht impliciet betoogde, geheel vrij om de omvang van haar arbeidsongeschiktheidsbegrip te bepalen.

Verzekerden deden in de laatste procedures een beroep op artikel 5 lid 3 van de Europese Goederen- en diensten richtlijn waarin is bepaald dat kosten in verband met zwangerschap en moederschap geen invloed mogen hebben op de premiestelling en uitkering door de verzekeraar. Aan de hand van de wetgeschiedenis heb ik geconcludeerd dat artikel 5 lid 3 vooral bedoeld is om het effect van de 'opt-out clause' van het tweede lid te verzachten. Het derde lid is in de wetgeschiedenis niet in direct verband gebracht met de premiestelling en uitkeringen in arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De reikwijdte van de Goederen- en dienstenrichtlijn is naar mijn mening niet groter dan de huidige AWGB.

Tot slot nog een paar opmerkingen over de wenselijkheid van een verplichte verzekering.²⁷ Volgens het Hof moet de bescherming van de gezondheid van de vrouw en de vrucht onderscheiden worden van medische arbeidsongeschiktheid. Het zal echter soms moeilijk zijn om aan te geven waar de grens ligt. Mede om deze reden en gezien algemene overwegingen ter bescherming van de volksgezondheid, zou mijns inziens een herinvoering van een verplichte zwangerschaps- en bevallingsverlofverzekering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten aan te bevelen zijn.

²⁷ Een motie hiertoe is in het najaar van 2005 aangenomen in de Tweede Kamer (Kamerstukken II, 2006/07, 30 800 XV, nr. 48); In het coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007 is op p. 29 de volgende passage opgenomen: 'De mogelijkheid van een uitkeringsregeling voor zwangerschapsverlof voor zelfstandigen en meewerkende partners zal worden bezien.'