

RECHTSPRAAK

NEDERLAND

ZWANGERSCHAPS/BEVALLINGSUITKERING, VERZEKERAARS EN HET DISCRIMINATIEVERBOD

· Hoge Raad 11 juli 2008, LJV BD1850, JOL 2008, 595, RvdW 2008, 726

Met noot van Eva Cremers *

Vrouwelijke zelfstandigen kunnen het risico van inkomensderving vanwege arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling in de periode rondom de bevalling in beperkte mate verzekeren als onderdeel van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Niet alle verzekeraars bieden deze mogelijkheid. De arbeidsongeschiktheidsverzekeraars die dit wel doen, kennen doorgaans alleen onder beperkende voorwaarden een uitkering toe. De vraag of particuliere verzekeraars ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht maken jegens vrouwelijke zelfstandigen, is talloze malen aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) voorgelegd. Diverse rechterlijke instanties hebben zich inmiddels ook over deze vraag gebogen. De Hoge Raad heeft zich in dit arrest ten nadele van eiseres uitgesproken en de contractsvrijheid van de verzekeraar laten prevaleren. Het is opvallend dat de Hoge Raad geen prejudiciële vragen heeft willen stellen aan het Hof van Justitie van de EG over de uitleg van de in dit verband relevante Richtlijn 2004/113/EG. De richtlijn verbiedt onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten en perkt daarmee de contractsvrijheid van verzekeraars als aanbieders van diensten in.

FEITEN

Eiseres is als zelfstandig advocate werkzaam in een advocatenmaatschap. Zij heeft vier arbeidsongeschiktheidsverzekeringen afgesloten bij verzekeringsmaatschappij Movir. Deze verzekeraar biedt als onderdeel van twee van deze verzekeringen een zwangerschapsuitkering aan maar verbindt nadere voorwaarden aan de uitbetaling van deze uitkering. Een belangrijke voorwaarde is dat de verzekerde ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij Movir verzekerd moet zijn. De verzekering die voorziet in de dekking van de doorlopende kantoorkosten, geeft geen recht op een zwangerschapsuitkering.

Eiseres heeft de volgende vier verzekeringen afgesloten:

- een Eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: de E-verzekering) die het risico dekt van arbeidsongeschiktheid gedurende het eerste jaar;

▪ Mr. E. Cremers-Hartman is werkzaam als zelfstandig onderzoeker en publicist te Leiden.

NEDERLAND

- een daarop aansluitende Langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: de L-verzekering) die het risico van arbeidsongeschiktheid dekt vanaf het tweede jaar tot het 65e levensjaar van de verzekerde;
- een vastekostenverzekering (hierna: de VK-verzekering) ter dekking van doorlopende (vaste) kantoorkosten gedurende arbeidsongeschiktheid;
- een verzekering ter dekking van het risico dat tot augustus 2004 onder de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen viel (hierna: de WAZ-verzekering).

In alle vier polissen is het begrip arbeidsongeschiktheid als volgt omschreven:

‘Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake indien er in directe relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde voor ten minste 25% beperkt is om de werkzaamheden verbonden aan het in de polis omschreven beroep te verrichten.’

De L-verzekering en de WAZ-verzekering zijn de twee verzekeringen die aan de vrouwelijke verzekerde recht geven op een zwangerschapsuitkering. De polissen bevatten daartoe de volgende regeling:

- ‘1. De vrouwelijke verzekerde heeft in verband met haar bevalling recht op een zwangerschapsuitkering mits zij ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij Movir is verzekerd.
2. De uitkering wordt verstrekt gedurende ten hoogste zestien weken.
3. Indien een eigenrisicotermijn is overeengekomen, wordt deze termijn op de uitkeringsduur in mindering gebracht, met uitzondering van de eerste twee weken eigen risico. (...)
4. De hoogte van de uitkering is gelijk aan de verzekerde daguitkering, met een maximum van het verzekerd dagbedrag zoals dat gold twee jaar voor de vermoedelijke bevallingsdatum.
5. Bij samenloop van een zwangerschapsuitkering met een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid wordt de zwangerschapsuitkering slechts uitgekeerd indien en voor zover deze het bedrag van de vastgestelde uitkering wegens arbeidsongeschiktheid overtreft.
6. (...)
7. (...)
8. Het bovenstaande geldt voor vrouwelijke verzekerden, als zelfstandigen werkzaam in de vrije praktijk, die een L-verzekering en een E-verzekering hebben afgesloten. De eigenrisicotermijn bedraagt 1 maand, het verzekerd bedrag dat geldt is het dagbedrag van de L-verzekering.’

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft in 2004 geoordeeld over de polissen van Movir en kwam tot de conclusie dat de verzekeraar in strijd handelt met art. 7 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De CGB heeft dit oordeel gewezen naar aanleiding van een daartoe door eiseres en haar collega ingediend verzoek (oordeel 2004-44).

In juni 2005 heeft eiseres Movir in kennis gesteld van het feit dat zij zwanger is. Movir laat hierop weten dat eiseres geen recht kan ontlenen aan de WAZ-verzekering omdat zij ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum niet ten minste twee jaar verzekerd is voor die verzekering. Verder heeft Movir bericht dat eiseres onder de VK-verzekering geen recht heeft op een zwangerschapsuitkering omdat in de voorwaarden van deze verzekering geen zwangerschapsregeling is opgenomen. Wel heeft eiseres recht op een uitkering gedurende veertien weken onder de L-verzekering, waarbij overeenkomstig de polisvoorwaarden rekening is gehouden met een eigenrisicoperiode van 16 dagen.

Vanwege de afwijzingen heeft eiseres Movir in kort geding gedagvaard voor de rechtbank te Utrecht. De grondslag van haar vorderingen is – in het kort – dat Movir bij het aanbieden en uitvoeren van de hier aan de orde zijnde verzekeringen ongeoorloofd onderscheid naar geslacht maakt als bedoeld in artikel 7 eerste lid, onder a, in verbinding met artikel 1 AWGB, doordat deze verzekeringen een vrouwelijke zelfstandige beroepsbeoefenaar geen recht geven op een uitkering tijdens het zwangerschapsverlof dan wel doordat aan het recht op een dergelijke uitkering andere (meer beperkende) voorwaarden worden gesteld dan bij onderbreking van de werkzaamheden wegens ziekte.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 15 november 2005 de vordering toegewezen (Vzr. Rb. Utrecht 15 november 2005, *LJN AU6168*). Tegen dit vonnis heeft Movir hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Bij arrest van 19 oktober 2006 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de vordering van Mesters alsnog afgewezen (Hof Amsterdam 19 oktober 2006, *LJN AZ6602*). Eiseres heeft tegen dit arrest van het Hof beroep in cassatie ingesteld.

HET ARREST VAN DE HOGE RAAD

‘(...)

3.2 [Eiseres] heeft aan de onder 1 weergegeven vorderingen in dit kort geding ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat door Movir bij het aanbieden en uitvoeren van de hier aan de orde zijnde verzekeringen ongeoorloofd onderscheid naar geslacht wordt gemaakt als bedoeld in art. 7 lid 1, onder a, in verbinding met art. 1 Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb), doordat deze verzekeringen een vrouwelijke zelfstandige beroepsbeoefenaar geen recht geven op een uitkering tijdens ‘zwangerschapsverlof’ (waarmee kennelijk bedoeld is de periode rond de bevalling waarin zij haar werkzaamheden als zelfstandige onderbreekt vanwege de zwangerschap en bevalling), dan wel doordat aan het recht op een dergelijke uitkering andere (meer beperkende) voorwaarden worden gesteld dan bij onderbreking van de werkzaamheden wegens ziekte.

Movir heeft daartegen primair aangevoerd dat geen sprake is van een onderscheid naar geslacht. De onderhavige verzekeringen geven recht op een uitkering bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte zoals in de polis nader omschreven, waarbij voor vrouwen en mannen dezelfde voorwaarden gelden. Voor de toepassing van die polissen kan afwezigheid wegens zwangerschap of bevalling volgens Movir niet zonder meer aangemerkt worden als arbeidsongeschiktheid in directe relatie tot ziekte of ongeval. Movir biedt daarnaast in de WAZ- en de L-verzekering speciaal voor vrouwen een extra dienst aan, in de vorm van een dekking voor een zwangerschapsuitkering gedurende maximaal 16 weken, onder de voor die dekking omschreven voorwaarden. Subsidiair heeft Movir betoogd dat, zo er sprake is van onderscheid naar geslacht, het onderscheid niet verboden is omdat het gemaakt wordt voor een geval waarin het geslacht bepalend is als bedoeld in art. 2 lid 2 Awgb, dan wel omdat het een indirect onderscheid betreft en daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat als bedoeld in art. 2 lid 1 Awgb.

3.3 De voorzieningenrechter heeft zowel het primaire als het subsidiaire verweer van Movir verworpen, en de vorderingen van [eiseres] toegewezen.

In hoger beroep heeft het hof de juistheid van het primaire verweer – en van de daarop betrekking hebbende grieven 1 en 2 – van Movir in het midden gelaten (rov. 4.9 aanhef en rov. 4.12). Ten aanzien van het subsidiaire verweer heeft het hof geoordeeld:

NEDERLAND

- dat voorzover in de onderhavige verzekeringen door Movir onderscheid naar geslacht wordt gemaakt, dit als indirect onderscheid moet worden aangemerkt (rov. 4.10);
- dat voorshands aannemelijk is dat de door Movir geschetste ongewenste gevolgen van toewijzing van de vordering van [eiseres] voor alle verzekerden – een substantiële premieverhoging – in dit verband als objectieve rechtvaardigingsgrond zijn aan te merken, voorts dat het de grenzen van een in kort geding te geven spoedvoorziening te buiten gaat om verder onderzoek daarnaar te doen aangezien daarvoor ten minste uitgebreide actuariële gegevens nodig zijn, en dat de vordering van [eiseres] zich derhalve niet leent voor behandeling in kort geding (rov. 4.11).

Ten overvloed heeft het hof nog overwogen dat aanleiding bestaat tot terughoudendheid met betrekking tot het hanteren van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (hierna: Richtlijn 2004/113/EG) “als hulpmiddel om art. 7 Awgb te interpreteren”, en dat gelet op het vooroverwogene de vraag of genoemd artikel door de voorzieningenrechter juist is geïnterpreteerd verder in het midden kan blijven (rov. 4.13).

Het hof heeft om deze redenen de vorderingen van [eiseres] alsnog afgewezen.

Het middel is tegen de hiervoor kort weergegeven rov. 4.10-4.13 gericht.

3.4.1 Het gaat hier om een geval waarin een particuliere verzekeringsmaatschappij in de uitoefening van haar bedrijf verzekeringen aanbiedt ter dekking van het risico van arbeidsongeschiktheid van een zelfstandige beroepsbeoefenaar. Ingevolge art. 7 lid 1 in verbinding met art. 1 Awgb is het verboden daarbij onderscheid te maken naar (onder meer) geslacht. In dit verband is van belang dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap (art. 1 lid 2 Awgb). Hoewel het een verzekeringsmaatschappij vrijstaat de omvang van het te verzekeren risico, de voorwaarden waaronder dekking wordt verleend, en de omvang van de uitkering in haar polissen zelf te bepalen, mogen ook de desbetreffende polisvoorwaarden geen direct of indirect onderscheid naar geslacht maken (behoudens een objectieve rechtvaardiging als bedoeld in art. 2 lid 2 Awgb voor het maken van indirect onderscheid).

3.4.2 De vorderingen van [eiseres] strekken ertoe dat Movir op grond van (elk van) de E-, L-, WAZ- en VK-verzekeringen uitkeringen verstrekt overeenkomstig de bij arbeidsongeschiktheid geldende voorwaarden, gedurende de periode van zestien weken rond de bevalling waarin [eiseres] haar werkzaamheden in verband met haar zwangerschap en bevalling heeft onderbroken. Zij legt daaraan ten grondslag dat de onderhavige arbeidsongeschiktheidsverzekeringen ingevolge art. 9 Awgb nietig zijn wegens strijd met het discriminatieverbod, voor zover zij geen recht op een zwangerschapsuitkering geven (de VK- en de E-verzekering), dan wel voor zover zij recht op een dergelijke uitkering geven onder beperkende voorwaarden (de L- en de WAZ-verzekering). In het standpunt van [eiseres] ligt besloten dat het gelijkheidsbeginsel als neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling en de Richtlijn 2004/113/EG meebrengt, dat onder arbeidsongeschiktheid in de zin van de onderhavige polissen tevens begrepen moet worden het geval dat een vrouwelijke zelfstandige beroepsbeoefenaar vanwege zwangerschap haar werkzaamheden in een periode rond de bevalling onderbreekt, ongeacht of sprake is van een beperking om de beroepswerkzaamheden te verrichten als gevolg van objectief medisch vast te stellen stoornissen in directe relatie tot ziekte (al dan niet in verband met zwangerschap of bevalling).

3.4.3 Dit standpunt kan niet als juist worden aanvaard. Movir heeft in de onderhavige polissen het begrip arbeidsongeschiktheid telkens omschreven als het voor ten minste 25% beperkt zijn om de beroepswerkzaamheden te verrichten ten gevolge van “in directe relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen”. Naar tussen partijen vaststaat, vallen onder deze omschrijving ook objectief medisch vast te stellen stoornissen die in directe relatie staan tot een ziekte die verband houdt met zwangerschap of bevalling. Aldus maakt deze omschrijving geen onderscheid (direct of indirect) naar geslacht. Vrouwen

hebben immers in geval van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis op gelijke voet met mannen recht op een uitkering, ook als die arbeidsongeschiktheid verband houdt met zwangerschap of bevalling.

Noch de Algemene wet gelijke behandeling, noch (naar buiten redelijke twijfel aangenomen moet worden) de Richtlijn 2004/113/EG, brengt mee dat zwangerschap en bevalling bij de uitvoering van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in hun algemeenheid op één lijn gesteld moeten worden met (arbeidsongeschiktheid als gevolg van) ziekte. Uit deze regelingen kan niet afgeleid worden dat een particuliere verzekeringsmaatschappij als Movir op grond van een arbeidsongeschiktheidsverzekering een zwangerschapsuitkering dient te verstrekken aan een vrouwelijke zelfstandige beroepsbeoefenaar gedurende de periode waarin zij haar werkzaamheden in verband met haar zwangerschap en bevalling onderbreekt, buiten het geval van arbeidsongeschiktheid als in de desbetreffende polis voor vrouwen en mannen gelijkelijk omschreven. Uit de genoemde wet en richtlijn kan overigens in het geheel niet afgeleid worden gedurende hoeveel dagen of weken een dergelijke uitkering dan verstrekt zou moeten worden, hetgeen temeer laat zien dat een verplichting tot het verstrekken van een zwangerschapsuitkering zoals door [Eiseres] bedoeld, niet uit die wet of richtlijn afgeleid kan worden.

Het staat een verzekeringsmaatschappij derhalve vrij om, naast een door haar aangeboden dekking voor arbeidsongeschiktheid die voor mannen en vrouwen gelijk is, al dan niet een verzekering voor een zwangerschapsuitkering aan te bieden. Dit omvat ook de vrijheid om voor een dergelijke zwangerschapsuitkering afwijkende voorwaarden in de polis op te nemen, aangezien het een aparte, van de dekking voor arbeidsongeschiktheid te onderscheiden dienst betreft die zich uitsluitend op vrouwen richt. Opmerking verdient nog dat ingevolge art. 5 lid 3 van de Richtlijn 2004/113/EG de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen. In dit geval staat evenwel vast dat hieraan in ieder geval voldaan is, nu de onderhavige verzekeringen van Movir gelijke uitkeringen verstrekken aan mannen en vrouwen in geval van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polissen, en voor mannen en vrouwen gelijke premies kennen, ook voor zover de L- en de WAZ-verzekeringen mede voorzien in een zwangerschapsuitkering ten behoeve van vrouwen.

3.5 [Eiseres] heeft haar vorderingen uitsluitend gebaseerd op het hiervoor verworpen argument van ongeoorloofd onderscheid. Zij heeft aan haar aanspraak op uitkeringen gedurende de periode rondom de bevalling waarin zij haar werkzaamheden heeft onderbroken (voor zover die aanspraak door Movir is afgewezen) niet subsidiair ten grondslag gelegd dat zij in die gehele periode, of een gedeelte daarvan, arbeidsongeschikt was in de zin van de onderhavige polissen, derhalve vanwege een objectief medisch vast te stellen stoornis in directe relatie tot ziekte (al dan niet in verband met haar zwangerschap of bevalling).

Dit betekent dat haar vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen, zodat het hof de vorderingen terecht heeft afgewezen. [Eiseres] heeft dan ook geen belang bij behandeling van haar klachten tegen de rov. 4.10 – 4.13.

Die klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

(...)

NOOT

1. In dit arrest heeft de Hoge Raad zich ten nadele van vrouwelijke zelfstandigen uitgesproken over de vraag of een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht maakt door het hanteren van beperkende voorwaarden bij de toekenning van een zwangerschaps/bevallingsuitkering. Ook zou de verzekeraar geen verboden onder-

NEDERLAND

scheid maken door deze uitkering uit te sluiten van de vastekostenverzekering. De Hoge Raad past een eenvoudige redenering toe door de definitie van arbeidsongeschiktheid in de polissen van arbeidsongeschiktheidsverzekeraar Movir als uitgangspunt te nemen. De polissen omschrijven arbeidsongeschiktheid als: 'het voor ten minste 25% beperkt zijn om de beroepswerkzaamheden te verrichten ten gevolge van *in directe relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen* [curs. EC].'¹ Zwangerschap en bevalling vallen buiten deze definitie van arbeidsongeschiktheid. Ziektes die gerelateerd zijn aan zwangerschap of bevalling vallen er wel onder. Volgens de Hoge Raad maakt Movir om die reden geen direct of indirect onderscheid op grond van geslacht. In het geval van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis hebben vrouwen op gelijke voet met mannen recht op een uitkering, ook als de arbeidsongeschiktheid verband houdt met zwangerschap of bevalling, zo is de redenering. Volgens de Hoge Raad brengen de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en Richtlijn 2004/113/EG¹ niet mee dat zwangerschap en bevalling bij de uitvoering van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in hun algemeenheid op één lijn gesteld moeten worden met (arbeidsongeschiktheid als gevolg van) ziekte. Er zou geen verplichting bestaan een zwangerschapsuitkering te verstrekken in de periode waarin de werkzaamheden worden onderbroken in verband met zwangerschap en bevalling. Dat zou ook blijken uit het gegeven dat uit de AWGB en de richtlijn niet valt af te leiden hoeveel dagen of weken een dergelijke uitkering zou moeten worden verstrekt.

Volgens de Hoge Raad heeft een verzekeringsmaatschappij daarom de vrijheid om wel of niet een zwangerschapsuitkering aan te bieden en tevens om afwijkende voorwaarden in de polis op te nemen, omdat het om een aparte, van de dekking voor arbeidsongeschiktheid te onderscheiden dienst betreft.

2. Het is goed eerst stil te staan bij de rechten van vrouwelijke zelfstandigen in de periode rondom de bevalling. Hierbij moet worden onderscheiden tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aanspraken. Over de publiekrechtelijke regeling valt het volgende te vermelden. Met ingang van januari 1998 kregen zelfstandigen voor het eerst recht op een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering. Op die datum trad de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ) in werking.² De WAZ was een verplichte verzekering voor arbeidsongeschiktheid, kende een wachttijd van één jaar en had daarmee betrekking op de arbeidsongeschiktheid na afloop van het eerste ziektejaar. Daarnaast voorzag de wet in een zwangerschaps- en bevallingsuitkering gedurende een periode van zestien weken rondom de bevalling. De uitkering bedroeg maximaal 100% van het minimumloon. De regeling was sterk geënt op artikel 29a Ziekewet (ZW) dat voorzag in de zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor vrouwen in loondienst en daaraan gelijkgestelden. Deze regeling is na enkele jaren ongewijzigd overgeheveld naar de Wet Arbeid en Zorg (WAZO) die in december 2001 in werking trad.

1 Richtlijn 2004/113/EG van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, Pb EG 2004, L 373/37.

2 Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, 176.

In augustus 2004 is de zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen afgeschaft met de Wet einde toegang verzekering WAZ. Vrouwelijke zelfstandigen zouden zelf een voorziening kunnen treffen voor het risico van inkomensderving als gevolg van zwangerschap en bevalling en er zou in die zin geen verschil zijn met 'gewone' arbeidsongeschiktheid.³

Deze afschaffing heeft tot de nodige commotie geleid, zowel binnen als buiten het parlement. Uiteindelijk heeft dit alles geresulteerd in een nieuwe wettelijke regeling: sinds 4 juni 2008 hebben vrouwelijke zelfstandigen weer recht op een zwangerschaps- en bevallingsuitkering.⁴ Het risico op te lang doorwerken van de zwangere zelfstandige en de schade die dit kan opleveren voor de gezondheid van moeder en kind, is als doorslaggevend argument genoemd. De nieuwe regeling is wederom opgenomen in de WAZO en ook deze uitkering bedraagt maximaal 100% van het minimumloon.

3. Vrouwelijke zelfstandigen kunnen het risico van inkomensderving gedurende de verlofperiode rondom de bevalling in beperkte mate verzekeren als onderdeel van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Een dergelijke verzekering kan dienen als aanvulling op de publieke voorziening. Uit een onderzoek dat de CGB heeft laten verrichten, blijkt dat dit mogelijk is bij 21 van de ruim 50 aanbieders van deze verzekeringen.⁵

De verzekeraars die dit risico wel verzekeren, bieden binnen de arbeidsongeschiktheidsverzekering een uitkering aan voor de periode van zestien weken rond de bevalling. De mate van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis doet er niet toe en er vindt ook geen keuring plaats. Vrouwen hoeven hiervoor geen extra premie te betalen. De verzekeraars bieden deze uitkering echter in bijna alle gevallen onder beperkende voorwaarden aan.

Voor 1995 sloten de verzekeraars het risico van zwangerschap en bevalling expliciet uit van de arbeidsongeschiktheidspolis door te bepalen:

'Geen uitkering wordt verleend terzake van ongeval en/of arbeidsongeschiktheid, welke is ontstaan, bevorderd of verergerd door: zwangerschap of bevalling, tenzij hierbij complicaties optreden, in welk geval alleen recht op uitkering bestaat bij volledige arbeidsongeschiktheid.'⁶

De CGB heeft in 1995 uitgemaakt dat een dergelijke bepaling in strijd is met art. 7 AWGB.⁷ Daarna heeft het Verbond van Verzekeraars de leden geadviseerd het risico van zwangerschap en bevalling niet langer expliciet uit te sluiten. De *expliciete* uitsluiting heeft vervolgens plaats gemaakt voor een *impliciete* uitsluiting door middel van de definitie van arbeidsongeschiktheid.

3 *Kamerstukken* 29 497, *Stb.* 2004, 324; voor kritische kanttekeningen valt met name te verwijzen naar de behandeling in de Eerste Kamer: *Kamerstukken I* 2003/04, 29 497, nr. B, p. 2-4; *Handelingen I* 2003/04, p. 37-2023-p. 37-2032 en p. 37-2037 – p. 37-2050.

4 Wet zwangerschap- en bevallingsuitkeringen zelfstandigen van 29 mei 2008, *Stb.* 2008, 192; *Kamerstukken* 31 366.

5 CGB-advies/2007/04, *Advies Gelijke behandeling van zelfstandigen*, Utrecht juni 2007, p. 19.

6 CGB oordeel 1992-54; vgl. ook Rechtbank Breda 5 oktober 1993, RN 1994, 399 (De Jong-Interpolis).

7 CGB oordeel 1995-03 en oordeel 1995-04; de CGB verklaarde zich onbevoegd voor zover het de periode van voor inwerkingtreding van de AWGB betrof omdat art. 2 WGB met het verbod van onderscheid in het vrije beroep zich niet tot de verzekeraars zou richten; dit standpunt is ook ingenomen tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB: *Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 35.

NEDERLAND

In de modelvoorwaarden van het Verbond van Verzekeraars werd daartoe de volgende bepaling opgenomen:

‘Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake indien er in directe relatie tot ziekte of ongeval, objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan.’⁸

De definitie van verzekeraar Movir waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld, is een variatie hierop.

4. Over de verzekeraarbaarheid van het risico van zwangerschap en bevalling bij de particuliere verzekeraars is veel geprocedeerd. De CGB krijgt sinds 1995 bijna ieder jaar klachten die vooral afkomstig zijn van vrouwelijke vrije beroepsbeoefenaren.⁹ De klachten hebben betrekking op de uitsluiting van dit risico van de arbeidsongeschiktheidsverzekering en/of op de nadere voorwaarden die aan de uitbetaling van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering worden verbonden.

Oordeel 2004-44 betreft verzekeraar Movir. Anders dan de Hoge Raad oordeelde de CGB dat Movir direct onderscheid op grond van geslacht maakt. De Commissie betreft relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG in de oordeelsvorming. De CGB geeft aan dat de ratio van het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten hetzelfde is als die van het – al langer geldende – verbod van onderscheid bij de arbeid, namelijk de bescherming van vrouwen tegen ondermeer de nadelige gevolgen voortvloeiend uit zwangerschap. Direct onderscheid op grond van geslacht ziet mede op onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Door ongunstiger voorwaarden te hanteren bij een uitkering in geval van zwangerschap handelt de verzekeraar in strijd met het verbod van direct onderscheid op grond van geslacht. Hetzelfde geldt als deze een vrije beroepsbeoefenaar een verzekering aanbiedt tegen het financiële risico van arbeidsongeschiktheid, waarbij geen uitkering wordt aangeboden bij zwangerschap en bevalling. De CGB merkt daarmee de impliciete uitsluiting via de definitie van arbeidsongeschiktheid aan als verboden direct onderscheid.

In het oordeel geeft de Commissie ook aan dat het verzekeraars vrijstaat om, ook in geval van zwangerschap, bepalingen in de polis op te nemen ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik, mits daarmee geen onderscheid wordt gemaakt in de zin van de AWGB. Door voorzorgsmaatregelen te treffen alleen gericht op (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik maakt de verzekeraar verboden onderscheid op grond van geslacht.

5. Inmiddels zijn er zeven rechterlijke uitspraken geweest waarin heel verschillend is geoordeeld. Voorzieningenrechter Rb. Utrecht heeft in twee uitspraken de CGB geheel of gedeeltelijk

⁸ Anja Eleveld, *Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden*, Onderzoeksmemorandum 2007. 01, Leiden 2007, p. 25, 26.

⁹ CGB oordeel 1996-19, oordeel 1997-87, oordeel 2001-39, oordeel 2002-76, oordeel 2004-44, oordeel 2004-45, oordeel 2005-80, oordeel 2006-44, oordeel 2006-232, oordeel 2007-63. Zie: www.cgb.nl en eveneens het commentaar op de grond ‘geslacht’ in de jaarlijks verschijnende Oordelenbundel.

gevolgd.¹⁰ In de uitspraak waartegen het cassatieberoep is aangetekend, heeft Hof Amsterdam de beschikking van de voorzieningenrechter van november 2005 vernietigd.¹¹ Het Hof is afgeweken van het oordeel van de CGB en heeft de impliciete uitsluiting van arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap van de definitie van arbeidsongeschiktheid aangemerkt als indirect onderscheid op grond van geslacht. Anders dan de voorzieningenrechter heeft het Hof echter aangenomen dat er sprake is van objectief gerechtvaardigd onderscheid. In drie bodemprocedures heeft de rechter een standpunt ingenomen dat tegenovergesteld is aan dat van de CGB.¹² Het is duidelijk dat dit ook geldt voor de Hoge Raad.

In de loop van 2006 heeft de CGB een oordeel gewezen waarin een aantal van de afwijkende rechterlijke uitspraken uitdrukkelijk zijn meegewogen.¹³ De Commissie motiveert hierin waarom het noodzakelijk is toch aan de oordelenlijn vast te houden: omdat een arbeidsongeschiktheidsverzekering als ratio heeft een voorziening te bieden voor het niet kunnen werken vanwege psychische en/of fysieke oorzaken, mag arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschapsverlof niet anders worden behandeld dan andere vormen van arbeidsongeschiktheid.¹⁴ Mijns inziens is het terecht om bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheidspolissen mee te wegen dat zwangerschaps- en bevallingsverlof een op medische gronden noodzakelijk verlof is.¹⁵

De zevende rechterlijke uitspraak is van de Hoge Raad. In het arrest dat dateert van juli 2008, is voor dezelfde benadering gekozen als die van de rechtbank Utrecht die enkele maanden daarvoor (april 2008) uitspraak heeft gedaan in de bodemprocedure tegen Movir. Het gaat ook om exact dezelfde vragen. Een verschil is onder andere dat deze bodemprocedure aanmerkelijk meer eisende partijen kent, waaronder het Proefprocessenfonds Clara Wichmann. Uiteraard heeft een bodemprocedure een ander karakter dan het kort geding. De rechtbank motiveert in ieder geval veel uitvoeriger dan de Hoge Raad. Volgens de rechtbank is het toegestaan om andere voorwaarden te stellen aan de zwangerschapsuitkering omdat Movir in één polis (de langlopende polis) twee verschillende diensten zou aanbieden.¹⁶ De CGB meent daarentegen dat er sprake is van het aanbieden van één dienst omdat ook gedurende de verlofperiode sprake is van arbeidsongeschiktheid. De rechtbank heeft vervolgens de vraag beoordeeld of Movir het begrip arbeidsongeschiktheid zo uitlegt dat daarmee direct of indirect onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. Volgens de rechter is er geen sprake van direct onderscheid omdat de gehanteerde definitie voor mannen en vrouwen identiek is. Er zou evenmin sprake zijn van indirect onderscheid omdat zwangerschap en ziekte verschillende

10 V.zr. Rb. Utrecht 27 mei 2004, *LJN AP0146*, *NJF* 2004, 473 en V.zr. Rb. Utrecht 15 november 2005, *LJN AU6168*, *PRG* 2005, 222.

11 Hof Amsterdam 19 oktober 2006, *LJN AZ6602*.

12 Rb. Utrecht 3 mei 2006, *LJN AW7505*; Rb. Utrecht 10 januari 2007, *LJN AZ6602*; Rb. Utrecht 2 april 2008, *LJN BC8320*, *NJF* 2008, 265, besproken door : A. Eleveld, 'Een uitkering voor zwangere zelfstandigen: formele of materiële gelijkheid', *SMA* 2008, p. 313-317.

13 CGB-oordeel 2006-232.

14 In vergelijkbare zin: A. De Keizer, 'De standaard verzekerde is nog steeds een man', *SR* 2007, p. 239-246.

15 Zie hierover mijn eerdere bespreking: E. Cremers-Hartman, 'Zwangere zelfstandige moet beter verzekerd', *SR* 2007, p. 233-239 en de verwijzingen hierin naar de NVAB-richtlijn *Zwangerschap, postpartumperiode en werk*.

16 De rechtbank weet zich in deze opvatting gesteund door A. Eleveld in: 'Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', *AV&S* 2007, p. 119-125.

NEDERLAND

gesteldheden zijn. Naar het oordeel van de rechtbank valt zwangerschap niet onder arbeidsongeschiktheid, ook al zullen vrouwen in een – beperkte – periode rondom de bevalling conditioneel niet in staat zijn om te werken. Volgens de rechter heeft het zwangerschapsverlof het grootste deel het karakter van een zorgverlof.

6. Het mag verbazen dat tot dusverre geen van de rechters prejudiciële vragen heeft willen stellen aan het Hof van Justitie van de EG. De CGB heeft zowel in de oordelen als in de uitgebrachte adviezen¹⁷ uitvoerig beargumenteerd waarom en hoe de gekozen oordelenlijn past binnen de uitgebreide zwangerschapsjurisprudentie van het Hof. De rechters zijn in de meeste gevallen hiervan afgeweken zonder aan te geven hoe hun oordeel zich verhoudt tot die jurisprudentie. Op grond van artikel 234 tweede lid EG kan de rechter het Hof een prejudiciële vraag stellen als de rechter een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van het vonnis en volgens het derde lid is een rechterlijke instantie in dat geval hiertoe verplicht bij een beslissing die niet vatbaar is voor hoger beroep. De vraag kan gesteld worden of de Hoge Raad als hoogste rechterlijke instantie hiertoe verplicht was geweest. Een complicerende factor is wel dat het een procedure in kort geding betrof.

Op het stellen van prejudiciële vragen over onder andere de uitleg van Richtlijn 2004/113/EG is bijvoorbeeld in de bodemprocedure aangedrongen. Deze richtlijn verbiedt het maken van discriminatie op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten. De implementatiedatum verstreek op 21 december 2007. Omdat het terrein van goederen en diensten al deel uitmaakte van de AWGB, is in Nederland half september 2007 een heel beperkte wetwijziging doorgevoerd.¹⁸ Er is vanuit gegaan dat artikel 7 AWGB voldeed aan de eisen die de richtlijn stelt.

Een belangrijke overweging uit de Considerans van de richtlijn is overweging 20:

‘Het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht en moet daarom worden verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. De kosten in verband met zwangerschaps- en moederschapsrisico’s mogen derhalve niet aan de leden van één geslacht worden toegerekend.’

Deze uitgangspunten zijn verwerkt in de artikelen 4 en 5 van de richtlijn. Artikel 5 derde lid van de richtlijn bepaalt dat de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen. Volgens de Hoge Raad wordt hieraan voldaan omdat de polissen van Movir gelijke uitkeringen verstrekken aan mannen en vrouwen in geval van arbeidsongeschiktheid en omdat de polissen die tevens voorzien in een zwangerschapsuitkering gelijke premies kennen voor mannen en vrouwen. In de bodemprocedure tegen Movir heeft Rechtbank Utrecht het verzoek om prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van artikel 5 derde lid uitdrukkelijke van de hand gewezen omdat deze bepaling niet van toepassing zou zijn op de situatie waarbij een zwangerschapsuit-

17 CGB-advies/2006/06 *De afschaffing van de publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen in relatie tot Europese regelgeving*, met aanvullend briefadvies van 20 juni 2006; en tevens het in noot 7 genoemde CGB-advies/2007/04.

18 *Stb.* 2007, 321; *Kamerstukken* 30 967; de wijzigingen betroffen het verbod van seksuele intimidatie.

kering wordt geweigerd omdat zwangerschap een andere situatie is dan arbeidsongeschiktheid dan wel op het hanteren van bepaalde voorwaarden voor het geldend kunnen maken van een zwangerschapsuitkering (r.o. 4.11).

Mijns inziens is juist dát de vraag waarover een nadere uitleg aan het Hof had moeten worden gevraagd. Uit de hier aangehaalde juridische literatuur en de adviezen van de CGB blijkt ook dat verschillend wordt gedacht over de betekenis van Richtlijn 2004/113/EG voor de hier besproken situatie. Ten behoeve van de bodemprocedure hebben de advocaten van het Proefprocessenfonds en de individueel benadeelde personen contact gezocht met het bureau van de Europese Commissie. De reactie van september 2007 is in de procedure als productie 67 ingebracht.¹⁹ Hierin valt ondermeer te lezen:

‘As regards, more specifically, your question as the conditions offered by private insurers in the context of incapacity for work, I take the view that the Directive applies to incapacity of work insurances that cover maternity related costs and that Member States have to make sure, in this context, that private insurers who offer insurances against the risks of pregnancy and maternity offer them without additional conditions that apply only to women.’

Het document eindigt met het onderstrepen van het belang om interpretatiekwesties vooral voor te leggen aan het Hof van Justitie van de EG.

7. Verzekeraars bieden hun producten aan op basis van het inschatten van risico's. Het verzekeringbedrijf moet gezond blijven en daar is ook niets mis mee. Om klanten aan te kunnen trekken, moet de verzekeraar verzekeringnemers een premie in rekening kunnen brengen die in overeenstemming is met het risico dat deze willen verzekeren. Doet de verzekeraar dat niet, dan mist het bedrijf de concurrentieslag. Solidariteit met zwakkeren is bijvoorbeeld normaal gesproken niet een uitgangspunt dat een vertaalslag krijgt bij het tot stand brengen van een verzekeringproduct. Voor alle verzekeraars gelden echter wel de wettelijke grenzen die hun contractsvrijheid inperken. Het discriminatieverbod dat voor het aanbieden van goederen en diensten is uitgewerkt in de AWGB, is zo'n grens. Verzekeraars hebben daarnaast te maken met de Wet op de medische keuringen die weer grenzen stelt ten aanzien van gezondheidsvragen en het verrichten van medisch onderzoek. Over enige tijd zullen verzekeraars ook te maken gaan krijgen met het voorstel voor een nieuwe brede EG-richtlijn (COM (2008) 426) dat de Europese Commissie op 2 juli 2008 heeft ingediend.²⁰ De richtlijn betreft het terrein van het aanbieden van goederen en diensten. Voor de verzekeraars zal met name het verbod van discriminatie op grond van handicap en leeftijd een rol gaan spelen. Het verzekeringsvak zal er niet gemakkelijker op worden.

19 Bureau Europese Commissie, DG Werkgelegenheid, Sociale Zaken en Gelijke behandeling (Gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen: rechtsvragen), brief d.d. 21 september 2007 van F. Pereira als fungerend hoofd van de afdeling; kenmerk: Brussels, EMPL/G/2/DB/PS//hd D (2007) 19153; met dank aan Marlies Vegter en Meike Terhorst, advocates van de eisende partijen, voor toezending van de processtukken.

20 *Kamerstukken II* 2007/08, 22 112, nr. 694; het betreft het voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

NEDERLAND

Ook vanwege deze ontwikkelingen zou het belangrijk zijn geweest dat de prejudiciële vragen over de verhouding tussen het discriminatieverbod en de contractsvrijheid wel waren gesteld. Hoeveel creativiteit mogen verzekeraars bijvoorbeeld aan de dag leggen bij het definiëren van verzekerbare risico's?

In de onderhavige casus zou de Hoge Raad ongetwijfeld grote moeite hebben gehad met de expliciete uitsluiting van het risico van arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling van de arbeidsongeschiktheidspolis zoals verzekeraars dit tot 1995 formuleerden. De impliciete uitsluiting waarvoor naderhand is gekozen, bewerkstelligt een vergelijkbare uitsluiting maar wordt geaccepteerd vanwege de neutrale formulering en is daarom het uitgangspunt voor de beoordeling van de contractsvrijheid. Het Hof van Justitie van de EG had moeten kunnen oordelen over de vraag of de CGB een correcte uitleg heeft gegeven van het gemeenschapsrecht.

Een van de prejudiciële vragen had kunnen luiden: is het juist dat arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschapsverlof niet anders mag worden behandeld dan andere vormen van arbeidsongeschiktheid omdat een arbeidsongeschiktheidsverzekering als ratio heeft een voorziening te bieden voor het niet kunnen werken vanwege psychische en/of fysieke oorzaken?