

wat schade is en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010 (6867, p. 901-909). In het onderhavige geval zou de omvang van de schade moeten worden vastgesteld door een vergelijking te maken van – kort gezegd – de situatie met fraude met de situatie zonder fraude. Dat betekent niet per definitie dat al hetgeen aan of voor de benadeelde is betaald als schade is te kwalificeren. Het ongeval heeft in 2008 plaatsgevonden. De fraude is in 2014 vastgesteld. Het plegen van fraude op enig moment betekent niet dat de benadeelde van meet af aan heeft gefraudeerd en dat er in het geheel geen schade is geweest. De toewijzing van de vordering van de verzekeraar lijkt zich uit te strekken buiten het fundament van de normschending waarop het recht op schadevergoeding is gebaseerd. Het is invoelbaar. Wie zo fraudeert, moet daarvoor worden bestraft. De rechtbank lijkt echter te kort door de bocht te gaan.

Nog afgezien daarvan is het maar de vraag of het oordeel van de rechtbank de verzekeraar daadwerkelijk verder brengt. De fraude vindt plaats in de relatie tussen de benadeelde en de verzekeraar en niet tussen de benadeelde en de verzekerde. Fraude gepleegd door de benadeelde brengt geen verandering in de wijze waarop de verzekerde uitkering is verschuldigd aan de benadeelde. De benadeelde kan zich na de vaststelling van fraude door de verzekeraar nog altijd tot de verzekerde wenden, waardoor de verzekeraar onverminderd gehouden is om de schade van de benadeelde te vergoeden (N. van Tiggele-van der Velde, 'Fraude aan de kant van het gevonden slachtoffer. Een status aparte?', *TREMA* 2015/8, p. 256-262. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816). In de literatuur wordt gezocht naar mogelijkheden om een frauderende benadeelde tóch te kunnen sanctioneren, bijvoorbeeld door matiging van de schadevergoeding op grond van art. 6:109 jo. 6:2 BW (C. Baris, L.K. de Haan, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering: onze visie op hoe het eigenlijk heurt', *TAV* 2016:188). Het lijkt er voorsnog op dat het voor de verzekeraar het hoogst haalbare is om te laten vaststellen dat door de fraude op haar én op haar verzekerde geen schadevergoedingsplicht (meer) rust. Zie bijvoorbeeld de zaak waarin de benadeelde stelt zijn werkzaamheden als horecamedewerker niet

te kunnen verrichten, terwijl uit persoonlijk onderzoek blijkt dat hij volop in een restaurant werkzaam is. De verzekeraar stelt dat er geen schade meer is en wikkelt de zaak eenzijdig af. De rechtbank volgt de verzekeraar hierin (Rb. Den Haag 25 mei 2016, «JA» 2016/136). Bij deze benadering kan de verzekeraar hetgeen zij na de vastgestelde fraude aan de benadeelde heeft betaald en de onderzoekskosten als schade vorderen. Het is geen bevredigende oplossing wanneer er overduidelijk fraude is gepleegd. Tot er een oplossing is gevonden zorgt het er wel voor dat de verzekeraar én de verzekerde aan haar verplichting tot schadeloosstelling hebben voldaan en ook écht van de zaak af zijn.

J. van de Klashorst,
advocaat bij Joosten Advocaten

30

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
25 oktober 2016, nr. 200.151.669/01,
ECLI:NL:GHSHE:2016:4750
(mr. Milar, mr. Delfos-Roy, mr. Cremers)
Noot mr. dr. E.J. Wervelman

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Uitsluitingsclausule. Discriminatie.

[BW art. 7:925; WGBH/CZ]

Werkneemster leed sinds oktober 2005 aan de ziekte MS. Zij trad in dienst bij werkgever met ingang van 1 oktober 2008. Werkgever had een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten. Na haar zwangerschapsverlof in oktober 2009 bleek zij niet in staat om haar werkzaamheden te hervatten en ontving zij aansluitend van het UWV een uitkering. Zij meldde zich volledig arbeidsongeschikt bij verzekeraar en maakte aanspraak op uitkering. Verzekeraar weigerde die, omdat er volgens de polisvoorwaarden geen recht op uitkering bestond indien bij aanvang van de verzekering reeds sprake was van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De toename van de arbeidsongeschiktheid kon volgens de polisvoorwaarden niet tot uitkering leiden, indien deze het gevolg was van dezelfde oorzaak als die welke ten grondslag lag aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid die reeds op het moment van de aanvang van de verzekering bestond, tenzij verzekerde aantoonde dat

er sprake was van verschillende oorzaken. Verzekerde betoogde dat de verzekeraar haar hierdoor discrimineerde. De rechtbank wees haar vordering af. Zo niet het hof.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
hierna aan te duiden als [appellante],
advocaat: mr. E.P.M.J. Prop te Bergen op Zoom,
tegen
[Schade] Schade NV te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
hierna aan te duiden als [Schade],
advocaat: mr. A.N.A.G. Boer te Klimmen.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/03/176243/HA ZA 12-441) (...; red.)*

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

3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. [appellante], geboren op [geboortedatum] 1978, lijdt sinds oktober 2005 aan de ziekte MS. In verband met die ziekte is aan haar per 1 juli 2008 een WAJONG-uitkering toegekend.

b. Per 1 oktober 2008 is [appellante] een arbeids-overeenkomst aangegaan met AVANS Contractactiviteiten B.V., verder te noemen "Avans". De overeengekomen arbeidsduur betrof 4 x 7 uur per week (0,73684 fte). De overeengekomen werkzaamheden betroffen het leiding geven aan de afdeling P&O.

c. Avans had met [Schade] een collectieve verzekering afgesloten welke (gedeeltelijk) dekking gaf tegen het risico van inkomensverlies bij arbeidsongeschiktheid. De arbeidsongeschiktheidsverzekering, IPAP genoemd, vult het pensioengevend inkomen bij volledige arbeidsongeschiktheid voor 10% aan.

d. [appellante] heeft een aanmeldingsformulier ingevuld en [Schade] heeft de aanmelding van [appellante] blanco, zonder nader medisch onderzoek, geaccepteerd, waardoor een verzekerings-overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Op de overeenkomst waren de polisvoorwaarden van toepassing die als productie 3 bij dagvaarding in eerste aanleg zijn overgelegd.

e. [appellante] is zwanger geraakt. Op advies van haar gynaecoloog heeft zij zich met ingang van 9 maart 2009 ziek gemeld met het oog op de gezondheid van de baby. Op [geboortedatum] 2009 is [appellante] bevallen van haar dochter [dochter].

f. In de periode van 11 juli 2009 tot en met 23 oktober 2009 heeft [appellante] een uitkering ontvangen op grond van de Wet Arbeid en Zorg (WAZO). Na afloop van haar zwangerschapsverlof bleek [appellante] niet in staat om haar werkzaamheden te hervatten. Het UWV heeft in dat verband haar eerste ziekteadvies bepaald op 23 of 24 oktober 2009. Aan haar is voor de duur van twee jaar een Ziekteadvies-uitkering toegekend voor de volle 100% van het dagloon.

g. [appellante] heeft het feit dat zij volledig arbeidsongeschikt was verklaard gemeld bij [Schade] en heeft aanspraak gemaakt op een uitkering op grond van de IPAP. [Schade] heeft deze uitkering met een beroep op artikel 4, lid 3 sub b [hof: de rechtbank vermeldt kennelijk per abuis "sub c"] van de polisvoorwaarden geweigerd.

h. Artikel 4, lid 3 sub b van de polisvoorwaarden luidt als volgt:

"Eveneens bestaat geen recht op uitkering: (...)

b) Indien bij aanvang van de verzekering reeds sprake is van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, zal toename van de arbeidsongeschiktheid niet tot een uitkering kunnen leiden indien de toename van de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van dezelfde oorzaak als de oorzaak die ten grondslag ligt aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid die reeds op het moment van aanvang van de verzekering bestond, tenzij verzekerde aantoonde dat er sprake is van verschillende oorzaken."

3.2.1. In de onderhavige procedure vordert [appellante] dat gedaagde bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad verklaard, wordt veroordeeld:

I. tot toekenning van de aanvullende IPAP-uitkering, inhoudende dat [Schade] binnen 14 dagen na het vonnis in eerste aanleg zal zorgdragen voor een betaling van een bedrag ad € 3.865,29, zijnde het bedrag aan uitkering dat [appellante] tot aan de dagvaarding in eerste aanleg had dienen te ontvangen in het geval [Schade] haar verplichtingen voortvloeiend uit de tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst was nagekomen en inhoudende dat vanaf datum wijzing vonnis in eerste aanleg dan wel per oktober 2012 [Schade] maandelijks voor betaling van de aanvullende

IPAP-uitkering ten bedrage van € 297,33 zal zorgdragen tot aan de eerste maand waarop [appellante] de leeftijd van 65 jaar bereikt, wat neerkomt op een totaal nog te ontvangen bedrag van € 110.012,10;

II. in het geval van afwijzing van vordering I: tot terugbetaling binnen 14 dagen na dit vonnis van de door [appellante] betaalde verzekeringspremies ten bedrage van € 604,=;

III. tot betaling van de door [appellante] gemaakte buitengerechtelijke incassokosten ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW, neerkomend op een bedrag van € 2.500,= exclusief btw en verschotten;

IV. tot betaling van de wettelijke rente over de onder I, II of in geval van afwijzing van de vordering I en II, over de onder III genoemde kosten vanaf het opeisbaar worden van die bedragen tot de dag der algehele voldoening;

V. tot betaling van de kosten van deze procedure.

3.2.2. Aan deze vordering heeft [appellante], kort samengevat, ten grondslag gelegd dat aan de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid niet dezelfde oorzaak ten grondslag ligt als de oorzaak die ten grondslag ligt aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid die bestond bij het aangaan van de overeenkomst met [Schade]. Om die reden kan [Schade] niet met een beroep op artikel 4, lid 3 sub b van de polisvoorwaarden weigeren om tot uitkering over te gaan.

Het standpunt van [Schade] in deze zaak vloeit voort uit hetgeen [appellante] ter onderbouwing van haar vordering heeft aangevoerd.

3.2.3. In het vonnis van 24 juni 2014 heeft de rechtbank de vorderingen van [appellante] afgewezen en [appellante] in de proceskosten veroordeeld.

3.4. [appellante] heeft in hoger beroep drie grieven aangevoerd. [appellante] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen, zoals vermeerderd bij dagvaarding in hoger beroep. [Schade] heeft verweer gevoerd. Het hof zal daar bij de beoordeling van de grieven nader op terugkomen.

3.5. Grief 1 is gericht tegen de vaststelling van het percentage waarvoor [appellante] arbeidsongeschikt is verklaard. [appellante] merkt op dat zij met terugwerkende kracht tot 1 juli 2008 een WAJONG-uitkering heeft ontvangen van 21%, behorende bij een arbeidsongeschiktheid van 25-35%. Bij het aangaan van de verzekeringsovereen-

komst ontving zij dus geen uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35-45%.

3.6. Het hof overweegt ten aanzien van het arbeidsongeschiktheidspercentage van [appellante] dat uit de brief van het UWV van 26 februari 2009 (prod. 33 bij memorie van grieven) blijkt dat zij op dat moment onverminderd ingedeeld bleef in de arbeidsongeschiktheidsklasse van 35-45%, waarbij slechts in verband met de door haar genoten inkomsten de omvang van de uitkering is beperkt. Aanleiding voor een herbeoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid werd daar echter nog niet in gevonden. Uit de brief van het UWV van 17 mei 2011, waarbij mededeling is gedaan van de aanpassing van het arbeidsongeschiktheidspercentage naar de klasse 80-100% blijkt dat zij tot dat moment onverminderd ingedeeld is geweest in de klasse 35-45%. De enkele omstandigheid dat de omvang van de uitkering van [appellante] vanwege de door haar genoten inkomsten naar beneden is aangepast doet daar niet aan af, omdat aan die aanpassing geen herbeoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid ten grondslag ligt. Grief 1 faalt.

3.7. Grief 2 betreft, mede gelet op de algemene toelichting op de grieven, de kern van het geschil. [appellante] stelt dat de klachten waarmee zij na haar zwangerschap is uitgevallen volledig los staan van het feit dat zij bij aanvang van de verzekeringsovereenkomst al aan een chronische ziekte leed. [Schade] voert aan dat er een verband bestaat tussen de toename van arbeidsongeschiktheid en de aandoening waar [appellante] al vóór haar zwangerschap aan leed, zodat geen aanspraak op een uitkering bestaat. Grief 2 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de toename van de mate aan arbeidsongeschiktheid haar oorzaak niet vindt in de oorzaak voor het toekennen van een WAZO-uitkering (de zwangerschap), maar dat de ziekmelding na afloop van de zwangerschap rechtstreeks was veroorzaakt door de neurologische aandoening (MS) waar zij voordien al aan leed en waarvan de klachten door de zwangerschap zijn toegenomen.

3.8.1. Met betrekking tot deze causaliteit doen beide partijen een beroep op verklaringen van medici en andere betrokkenen. Het hof verwijst naar de navolgende relevante rapporten en verklaringen:

1. een medische verklaring van 11 augustus 2009 van de gynaecoloog [gynaecoloog 1] (prod. 38 bij memorie van grieven);

2. een verzekeringsgeneeskundig onderzoeksverslag d.d. 4 januari 2010 van de verzekeringsarts [verzekeringsarts 1] (prod. 5 bij conclusie van antwoord);

3. een verzekeringsgeneeskundige rapportage d.d. 15 april 2011 van de verzekeringsarts [verzekeringsarts 2] (prod. 2 bij conclusie van antwoord);

4. een ongedateerde medische verklaring van de neuroloog [neuroloog] (prod. 36 bij memorie van grieven);

5. een ongedateerde medische verklaring van de anesthesioloog [anesthesioloog] (prod. 37 bij memorie van grieven);

6. een verklaring d.d. 20 augustus 2014 van de fysiotherapeut [fysiotherapeut] (prod. 39 bij akte d.d. 13 januari 2015);

7. een verklaring d.d. 16 oktober 2014 van de gynaecoloog [gynaecoloog 2] (prod. 40 bij akte d.d. 13 januari 2015).

3.8.2. Aan de verklaring van de gynaecoloog [gynaecoloog 1] kan geen direct relevante informatie ten aanzien van de causaliteit worden ontleend, omdat deze alleen informatie bevat omtrent de bevalling in juli 2009 en daarop volgende medicatie.

3.8.3. De verklaringen uit 2010 en 2011 zijn opgesteld door verzekeringsartsen en berusten enkel op door [appellante] verstrekte informatie. Uit de verklaring uit 2011 blijkt niet waarop de dossiergegevens berusten. De rapporten zijn opgesteld in het kader van de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid van [appellante] en niet, althans niet in de eerste plaats, in verband met een onderzoek naar de oorzaak voor een mogelijke toename van de mate van arbeidsongeschiktheid. Uit beide rapporten blijkt niet dat de verzekeringsartsen navraag hebben gedaan bij behandelaars van [appellante].

3.8.4. Uit het rapport van 4 januari 2010 blijkt dat een lichamenlijk onderzoek van [appellante] niet heeft plaatsgevonden. De verzekeringsarts [verzekeringsarts 1] merkt onder aan pagina 1 van zijn rapport op dat nader onderzoek leerde dat sprake was van een nieuwe Schub van de MS, gepaard gaande met krachtverlies in armen en benen en met gevoelsstoornissen in de armen. Voorts merkt hij op dat behoudens deze klachten sprake is van rugklachten die volgens [appellante] zouden voortvloeien uit een vergroeiing van de SI-gewrich-

ten, waardoor zij vanuit de heup compensatoire bewegingen moest maken. Onder het hoofd "Beschouwing" merkt hij op dat uit een nader onderzoek is gebleken dat sprake was van een verergering van de reeds bestaande neurologische aandoening. Welk onderzoek dat is geweest en wie dat heeft uitgevoerd wordt in het rapport niet vermeld. Op grond van een weging van de gegevens in het dossier en de anamnese concludeert [verzekeringsarts 1] dat bij [appellante] sedert 31 juli 2009 sprake is van een toename van de bestaande beperkingen, voortkomend uit dezelfde ziekteoorzaak als voorheen.

3.8.5. Uit het rapport van 15 april 2011 blijkt niet dat de desbetreffende verzekeringsarts een lichamenlijk onderzoek heeft uitgevoerd. Dit rapport vermeldt weliswaar dat de ziekmelding na afloop van het zwangerschapsverlof rechtstreeks was veroorzaakt door een neurologische aandoening die door de bevalling is toegenomen, maar waarop de verzekeringsarts deze bevinding/conclusie baseert blijkt niet uit het rapport.

3.8.6. De neuroloog [neuroloog] verklaart dat vanaf de bevalling een nadrukkelijke achteruitgang is opgetreden van met name de loopfunctie en de armfunctie en welke therapie en medicatie daarop is voorgeschreven. Hij merkt op dat tot aan de bevalling het klinisch beloop van de MS buitengewoon voorspoedig was en dat de nadien opgetreden deterioratie niet was te voorspellen en te verwachten.

3.8.7. De verklaring van de anesthesioloog [anesthesioloog] bevestigt de verklaring van de verzekeringsarts [verzekeringsarts 1] in zoverre, dat naast en los van de MS tijdens de zwangerschap andere klachten zijn ontstaan in de linker heupregio als gevolg van een sclerose ter hoogte van de SI-gewrichten. Uit deze verklaring blijkt echter niet van enig verband tussen deze klachten en de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid.

3.8.8. De fysiotherapeut [fysiotherapeut] bevestigt het bestaan van pijnklachten in de linker heupregio en klachten in de vorm van bekkeninstabiliteit. Uit deze verklaring volgt echter niets ten aanzien van een mogelijk verband tussen deze klachten en de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid.

3.8.9. De gynaecoloog [gynaecoloog 2] bevestigt dat zich bij [appellante] tijdens de zwangerschap bekkenklachten hebben ontwikkeld, maar ver-

bindt hieraan geen conclusies met betrekking tot de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid.

3.9. Het hof stelt vast dat in de verklaring van de behandelend neuroloog sprake is van een toename (deterioratie) van de MS-gerelateerde klachten na de bevalling. Ook de verzekeringsarts [verzekeringsarts 1] spreekt over een nieuwe schub van de MS. Uit geen van de verklaringen volgt (in voldoende mate) dat de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid los staat van de MS. Nu [appellante] aan haar vordering ten grondslag legt dat dit wel het geval is en [Schade] dit gemotiveerd betwist, is het aan [appellante] om bewijs bij te brengen voor de juistheid van haar standpunt. Het hof acht het nodig dat daartoe een nadere rapportage door een deskundige wordt opgesteld met betrekking tot na te melden vraag. Het hof overweegt hiertoe een deskundige te benoemen en aan deze meer in het bijzonder de navolgende vragen voor te leggen:

a. is de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid na juli 2009 (mede) het gevolg van de MS-klachten, dan wel het gevolg van klachten die zich los van deze neurologische aandoening (tijdens of als gevolg van de zwangerschap) hebben ontwikkeld?

b. heeft u naar aanleiding van uw bevindingen verder nog opmerkingen die relevant kunnen zijn voor het verdere verloop van deze zaak?

3.10. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen om partijen de gelegenheid te bieden om zich uit te laten over de vraag wie zij als deskundige benoemd zouden willen zien. Het hof denkt daarbij voorsnog aan de benoeming van één deskundige op het vakgebied neurologie en verzoekt partijen om, zo dat mogelijk is, in onderling overleg een dergelijke deskundige voor te dragen. Voorts zullen partijen zich kunnen uitlaten over de vraagstelling en over het bestaande voornemen om het voorschot ten bate van de kosten van het onderzoek ten laste te brengen van [appellante]. Op grond van artikel 195 Rv. dient immers de eisende partij een vast te stellen voorschot ter griffie te deponeren.

3.11. Grief 3 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [Schade] met de uitsluitingsgrond van artikel 4, lid 3, aanhef en sub b van de polisvoorwaarden geen ongerechtvaardigd onderscheid maakt of anderszins handelt in strijd met de wet. Blijkens de toelichting op de grief erkent [appellante] dat [Schade] zich mag indekken tegen

misbruik en oneigenlijk gebruik van de verzekering. Zij verwijt [Schade] echter dat [Schade] meteen, zonder eerst een nader medisch onderzoek te hebben laten uitvoeren, een verband legt tussen de bestaande ziekte en de later ingetreden arbeidsongeschiktheid. Dat verband is, aldus [appellante], sowieso onterecht. Door zonder nader medisch onderzoek direct dat verband aan te nemen, maakt [Schade] volgens [appellante] een ongerechtvaardigd onderscheid ten opzichte van verzekeringnemers met een chronische ziekte. Ook chronisch zieken verdienen een eerlijke kans om zich te verzekeren tegen eventuele later volgende volledige arbeidsongeschiktheid, aldus [appellante].

3.12.1. Het hof overweegt ten aanzien van deze grief het navolgende.

Blijkens de toelichting richt het beroep op een discriminatieverbod zich niet tegen de uitsluitingsclausule op zich, maar tegen de wijze waarop [Schade] daar uitvoering aan heeft gegeven. Het hof begrijpt de toelichting op de grief dan ook zo dat daarmee niet is bedoeld om een beroep te doen op de nietigheid van het in artikel 4, lid 3 aanhef en sub b van de polisvoorwaarden opgenomen beding.

3.12.2. Voor zover [appellante] ook met grief 3 beoogt te betogen dat een oorzakelijk verband tussen de toename van de arbeidsongeschiktheid en de MS ontbreekt, verwijst het hof naar hetgeen het hiervoor met betrekking tot grief 2 heeft overwogen. Grief 3 behoeft slechts een beoordeling in het geval waarin uit het deskundigenrapport mocht blijken dat er een verband bestaat tussen de toename van de mate van arbeidsongeschiktheid en de ziekte waar [appellante] bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aan leed. In dat geval heeft [appellante] echter geen belang meer bij de grief, omdat het onderzoek waarvan zij [Schade] verwijt dat zij het niet heeft laten uitvoeren dan wel zal zijn uitgevoerd. Mocht daar uit blijken dat enig verband bestaat tussen de bij aanvang van de verzekering al aanwezige MS en de toename van de arbeidsongeschiktheid, dan volgt uit de erkenning van de legitimiteit van de uitsluitingsclausule dat [Schade] terecht de uitkering met een beroep op artikel 4, lid 3 aanhef en sub b van de polisvoorwaarden mocht weigeren. Grief 3 kan dus niet leiden tot een ander oordeel dan in eerste aanleg door de rechtbank gegeven.

3.13. Het voorgaande voert het hof dan tot de navolgende beslissing. Elke verdere beoordeling en beslissing zal worden aangehouden.

4. De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 8 november 2016 voor akte aan de zijde van beide partijen met het hiervoor in 3.10 vermelde doel; houdt elke verdere beslissing aan.

NOOT

Er is zeer weinig jurisprudentie voorhanden over discriminatie bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Alleen al daarom verdient het arrest van het hof aandacht. Bovendien is het thema actueel, nu het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap op 14 juni 2016 voor Nederland in werking is getreden. Gelet op de inwerkingtreding van dit Verdrag is art. 5b Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte ontworpen.

Daarin is bepaald dat onderscheid bij het aanbieden van goederen of diensten verboden is indien dit geschiedt (...) in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De wet definieert de begrippen "handicap" en "chronische ziekte" niet. Art. 1 VN-Verdrag definieert "handicap" als een "langdurige, fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperking die betrokkene in wisselwerking met diverse drempels kan beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving". Het College voor de Rechten van de Mens heeft bij beslissing van 17 oktober 2016 (2016-112) bepaald dat het begrip "handicap" als bedoeld in de WGBH/CZ moet worden uitgelegd in lijn met het VN-Verdrag. In die zaak was het College voor de Rechten van de Mens van oordeel dat stotteren een handicap was.

Het Hof van Justitie EU heeft bij arrest van 12 april 2013 (C-335/11, *Ring*) overwogen dat het begrip "handicap" aldus moet worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte. Die ziekte moet leiden tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de

betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. De beperking moet voorts langdurig zijn. De handicap hoeft niet aangeboren te zijn of door een ongeval veroorzaakt, maar kan ook het gevolg zijn van ziekte. De ziekte hoeft niet perse ongeneeslijk te zijn, aldus nog steeds het hof. De International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH) definieert handicap als een nadelige positie van een persoon als gevolg van een stoornis of een beperking die de normale rolvervulling van de betrokkene gezien de leeftijd, geslacht en sociaal-culturele achtergrond begrenst of verhindert. Ook geneeslijke ziektes van langdurige aard kunnen leiden tot een handicap. De oorzaak van de handicap is voor de WGBH/CZ niet relevant. Tal van beperkingen kunnen dus binnen de reikwijdte van die wet vallen, mits sprake is van een beperking. Iemand die een spraakgebrek heeft, maar gewoon zijn werkzaamheden kan uitoefenen en geen beperkingen ondervindt, is niet gehandicapt in de zin van de WGBH/CZ. De advocaat die aan een spraakgebrek lijdt (stotteren) en daardoor uit de procespraktijk gemeden wordt, ondervindt die beperkingen daarentegen wel.

Opvallend genoeg neemt het College voor de Rechten van de Mens (voorheen geheten: Commissie Gelijke Behandeling) al snel aan dat sprake is van een handicap of chronische ziekte. Bij bestudering van de rechtspraak valt echter op dat daarover bij het College vrijwel geen debat tussen partijen wordt gevoerd. Dit element wordt door de aangesprokene – opmerkelijk genoeg – veelal niet bestreden. Het College voor de Rechten van de Mens liet zich hier wel over uit bij beslissing van 8 december 2015 (2015/136). Volgens het College was een hernia (in dat geval) geen chronische ziekte. Op het moment dat het besluit tot de beëindiging van het dienstverband werd genomen, was immers bij betrokkene geen sprake van langdurige of terugkerende hernia. Het College oordeelde daarom dat geen sprake was van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte. Met de inwerkingtreding van het VN-Gehandicapten Verdrag voor Nederland met ingang van 14 juni 2016 geldt het verbod tot het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte ook bij het aanbieden van goederen

of diensten in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Daarmee is deze discriminatie-wetgeving aldus integraal van toepassing op de acceptatie-procedures in de fase van de totstandkoming van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De wetgever heeft evenwel in art. 3 lid 2 WGBH/CZ een uitzondering opgenomen. Het verbod tot het maken van onderscheid geldt daarmee niet ten aanzien van indirect onderscheid, indien dat objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Met "indirect onderscheid" doelt het College voor de Rechten van de Mens op een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die juist personen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen benadeelt (CGB 2005-186).

De jurisprudentie van het College voor de Rechten van de Mens omtrent discriminatie bij collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die zijn verbonden aan arbeidsverhoudingen is niet nieuw. Te dien aanzien geldt de Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte immers al jarenlang. De opvatting van het College voor de Rechten van de Mens is voor deze annotatie dan ook relevant. Zulks klemt temeer ook, daar de stellingname van verzekerde jegens verzekeraar in deze zaak bepaald opvallend is te noemen. Verzekerde erkende immers op zichzelf dat verzekeraar zich mocht indekken tegen misbruik en oneigenlijk gebruik van de verzekering. Zij verweet verzekeraar echter dat meteen, zonder eerst een nader onderzoek te hebben laten plaatsvinden, verband was gelegd tussen de bestaande ziekte en de later ingetreden arbeidsongeschiktheid. Dat aanstonds aangenomen verband achtte verzekerde onterecht. Ook chronisch zieken verdienen volgens haar een eerlijke kans zich te verzekeren tegen eventuele latere volledige arbeidsongeschiktheid. Het hof begreep dat betoog aldus dat het beroep van verzekerde op het discriminatieverbod zich niet richtte tegen de uitsluitingsclausule op zich, maar tegen de wijze waarop verzekeraar daar uitvoering aan had gegeven. Het hof begreep dat aldus dat niet bedoeld was om een beroep te doen op de nietigheid van het in art. 3 lid 4 onder b van de polisvoorwaarden bedoelde beding. Het hof gelastte in hoger be-

roep een medisch onderzoek, waardoor het belang van verzekerde bij de grief kwam te vervallen.

Inhoudelijk gaat het mij om het betoog van verzekerde. Het College voor de Rechten van de Mens heeft zich immers bij beslissing van 13 oktober 2005 (2005-186) uitgesproken over soortgelijke polisvoorwaarden. Deze bepaalden dat van dekking was uitgesloten arbeidsongeschiktheid die voortvloeide uit een ziekte die verzekeringnemer al had bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Het College achtte deze bepaling in overwegende mate nadelig voor werknemers met een handicap of chronische ziekte. Bovendien, zo vervolgde het College, gold de uitsluiting levenslang. Dat was disproportioneel, wat dus strijd met de wet opleverde. Het College overwoog dat het risico dat verzekeringnemer door middel van een arbeidsongeschiktheidsverzekering overdraagt aan verzekeraar het risico op inkomstenderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid is. Verzekeraars hebben de mogelijkheid om in de polis een eigen begrip "arbeidsongeschiktheid" op te nemen waardoor dat kan afwijken van hetzelfde begrip in de sociale zekerheidswetgeving. Het hebben van een bepaalde handicap of chronische ziekte kan duiden op een bestaand risico van arbeidsongeschiktheid. Daardoor wordt niet voldaan aan het vereiste van onzekerheid (art. 7:925 BW). Dat is echter niet noodzakelijkerwijs het geval. De begrippen "ziekteverzuim" en "arbeidsongeschiktheid" wijzen er volgens het College op dat een persoon die in beginsel geschikt is voor een functie al dan niet tijdelijk zijn werk niet (volledig) kan verrichten. De begrippen "handicap" of "chronische ziekte" duiden op het hebben van een bepaalde onomkeerbare of langdurige beperking. Dat impliceert echter niet dat iemand vaker en/of langer verzuimd en/of arbeidsongeschikt is of zal worden (vgl. CGB 5 november 2004, 2004-145; CGB 26 april 2005, 2005-77). Een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar zal aldus in het kader van haar acceptatiebeleid desgewenst, maar in ieder geval binnen de grenzen van de Wet Gelijke Behandeling en de Wet op de Medische Keuringen (WMK), van geval tot geval en aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden moeten nagaan of een handicap of chronische ziekte correspondeert met een al bestaand risico op arbeidsongeschiktheid. De aanwezigheid van een dergelijk

risico rechtvaardigt niet zonder meer een blijvende uitsluiting. De Commissie Gelijke Behandeling trekt op dit punt een vergelijking met art. 44 lid 1 onder b Ziekewet en de daarmee samenhangende Beleidsregels weigering ziekengeld bij bestaande of te verwachten ongeschiktheid (1 juni 2004, *Stcrt.* 2004, 115), al gaat het daar niet om een arbeidsongeschiktheidsverzekering. In art. 44 Ziekewet is de bevoegdheid opgenomen om de uitkering van ziekengeld – naast geheel en blijvend ook – gedeeltelijk of tijdelijk te weigeren als de ongeschiktheid tot werken wegens ziekte – anders dan wegens zwangerschap of bevalling – is ingetreden binnen een half jaar na aanvang van de verzekering, terwijl de gezondheidstoestand van betrokkene bij aanvang van de verzekering het intreden van de ongeschiktheid tot werken binnen het half jaar kennelijk moest doen verwachten. Het gaat daarbij om een stellige verwachting. Dat wil zeggen dat uit de bij aanvang van de verzekering bestaande gezondheidstoestand van de betrokkene met vrij grote mate van zekerheid moet zijn af te leiden dat deze toestand binnen een half jaar tot ongeschiktheid zal leiden (vgl. CRvB 12 oktober 1973, *RSV* 1974, 111; CRvB 9 november 1973, *RSV* 1974, 141). De Commissie achtte de uitsluiting die was opgenomen in de polisvoorwaarden disproportioneel. Immers, ook arbeidsongeschiktheid van een deelnemer die reeds bestond op de ingangsdatum van verzekering was uitgesloten, ongeacht of de deelnemer bij de ingang van de verzekering verzuimde. Daarbij tekende de Commissie aan dat de polis ook niet rechtstreeks verwees naar handicap of chronische ziekte. Evenmin was sprake van een criterium dat onlosmakelijk was verbonden met het hebben van een handicap of chronische ziekte. De begrippen ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vallen immers niet met die begrippen samen, aldus het College. Een en ander heeft volgens hem onmiskenbaar tot gevolg dat verzekeringnemers die bij aanvang van de verzekering een handicap of chronische ziekte hebben, meer kans hebben om hierdoor te worden benadeeld. Het effect van de gehanteerde uitsluitingsclausule is dat verzekerden die ten tijde van het afsluiten van de verzekering een handicap of chronische ziekte hebben, anders dan verzekerden zonder handicap of chronische ziekte, gedurende de gehele looptijd van de verzekering het risico lopen dat verzekeraar niet tot uitkering

overgaat indien een op enig moment intredende arbeidsongeschiktheid verband houdt met de handicap of chronische ziekte. Het ontbreken van een horizonbepaling keert zich hier tegen personen met een handicap of ziekte. De maatregel heeft immers niet een in tijd beperkt effect. Nu verzekeringnemers met een handicap of chronische ziekte in overwegende mate worden getroffen door deze bepaling, is volgens de Commissie sprake van indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Dat is verboden. Daarbij tekent de Commissie nog aan dat dergelijk onderscheid onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. De partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt dient daartoe feiten aan te dragen ter rechtvaardiging. Of sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van de beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking daarvan is ingezet. Het doel moet legitiem zijn in de zin van voldoende zwaarwegend, dan wel beantwoorden aan de daadwerkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel moet passend en noodzakelijk zijn. Dat is het, indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk, indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat minder bezwaarlijk is. Voorts moet het middel in evenredige verhouding tot het doel staan. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijke behandelingswetgeving.

Getoetst aan deze beslissing zou ik menen dat verzekerde in deze zaak toch wel erg snel alle wren heeft laten varen. Een horizonbepaling in de zin van een “in tijd beperkt effect” ontbrak immers. Anders dan de polisvoorwaarden die inzet vormden van de beslissing van het College voor de Rechten van de Mens, stelde art. 4 lid 3 onder b van de toepasselijke polisvoorwaarden overigens wel als eis dat reeds sprake was van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Maar dan nog speelt bij deze polisvoorwaarden dus, net zoals in de casus die leidde tot de beslissing van 13 oktober 2005, dat het begrip “arbeidsongeschiktheid” niet zonder meer op één lijn is te stellen met de wettelijke begrippen “handicap” of “chronische ziekte”. Door echter aldus te procederen, behoeft het hof over deze problematiek geen oordeel te vellen. Het laat zich raden

dat de belangen van verzekerde hierdoor in ieder geval in potentie zijn geschaad. Immers, indien sprake is van indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, zou de polisvoorwaarde in beginsel buiten toepassing zijn gebleven. Daar komt nog bij dat MS, het ziektebeeld waarvan bij verzekerde sprake was, volgens vaste rechtspraak voor het College voor de Rechten van de Mens een “chronische ziekte” is in de zin van de Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (vgl. CRM 21 september 2015, 2015-104).

Er zijn overigens wel grenzen. Zo hebben verzekeraars het recht om zelfselectie te voorkomen en misbruik en oneigenlijk gebruik van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen tegen te gaan. Dat beantwoordde aan de werkelijke behoefte van verzekeraars, aldus het College bij beslissing van 25 juni 2002 (2002-67; CRM 29 april 2004, 2004-44). Bespreking verdient voorts de beslissing van het College voor de Rechten van de Mens van 9 december 2011 (2011-187). Inzet daarvan vormde de vraag van het Verbond van Verzekeraars of sprake was van verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door afspraken te maken over de dekking van het in- en uitloopriscico van arbeidsongeschikte werknemers. Die afspraken hadden betrekking op een arbeidsongeschiktheidspensioen en vrijstelling van premie bij arbeidsongeschiktheid. Het College beantwoordde de vraag negatief, door het onderscheid objectief gerechtvaardigd te achten. Daartoe wees het erop dat dekking van het inloopriscico bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen niet kon worden beschouwd als een alternatief middel waarmee het doel tevens kon worden bereikt en dat niet leidde tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk was. Het Verbond had er voorts – volgens het College met recht – op gewezen dat het bieden van dekking van het inloopriscico in strijd is met art. 7:925 BW. Daarin is bepaald dat bij een verzekering sprake moet zijn van onzekerheid wanneer een uitkering moet worden betaald, hoe lang en tot welke hoogte. Voorts voerde het Verbond met succes aan dat re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers vooral plaatsvond in het midden- en kleinbedrijf. In die sector zijn de financiële consequenties groot wanneer werknemers arbeidsongeschikt worden voor hun werk. Indien daar in die situatie tevens dekking van het inloopriscico dient plaats te vinden, zal de re-

integratie van arbeidsongeschikte werknemers in deze sector leiden tot een aanzienlijke premiestijging van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Er is dan immers sprake van een volledige dekking van het uitloopriscico, maar ook van dekking van het inloopriscico. In dat geval is de kans aanwezig dat werkgevers besluiten af te zien van het aanbieden van collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekeringen aan hun werknemers. Daarmee werd het doel volgens het College voorbijgeschoten. Het laat zich evenwel niettemin raden dat particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars bij acceptatie van nieuwe verzekeringen sinds de inwerkingtreding van het VN-Verdrag nog veel met deze problematiek te maken gaan krijgen.

E.J. Wervelman,
advocaat bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten te Utrecht

Werkgeversaansprakelijkheid

31

Gerechtshof Den Haag
25 oktober 2016, nr. 200.171.222/01,
ECLI:NL:GHDHA:2016:2920
(mr. Damsteegt-Molier, mr. Schreuder, mr. Ter Haar)

Werkgeversaansprakelijkheid. Causaliteit beroepsziekte en werk. Geen omkeringsregel.

[BW art. 7:658]

A (appellant) was 12 jaar lang in dienst bij Van der Velden (geïntimeerde). Zijn werk bracht mee dat hij veelvuldig moest werken in kruipruimtes, waar hij in contact kwam met schimmels, ongedierte en rioolgas. A krijgt huid- en longproblemen, raakt arbeidsongeschikt en spreekt zijn werkgever aan ter vergoeding van zijn schade.

De kantonrechter laat A toe tot bewijs van zijn stelling dat zijn schade het gevolg is van de werkzaamheden en gelast een deskundigenbericht. Op basis van het deskundigenrapport concludeert de kantonrechter dat geen causaal verband bestaat tussen gezondheidsklachten en werkzaamheden en wijst de vordering af.