

omvang van de dekking daarvan afhankelijk stelt. Omgekeerd geldt dit mijns inziens ook voor de vraag of sprake is van een primaire dekkingsomschrijving. Weliswaar volgt uit het *Valschermzweeftoestel*-arrest dat de formulering van een dekkingsbepaling 'erop wijzen' kan dat sprake is van een primaire dekkingsomschrijving, maar juist daaruit volgt ook dat de formulering van de polisbepaling niet zonder meer beslissend is; het *Valschermzweeftoestel*-arrest sluit een objectief-inhoudelijke benadering dus niet uit (zie Overes, *AV&S* 2020, p. 26-27).

Is een elektrische installatie-clausule een preventieve garantie?

10. Het hof oordeelt, de argumenten van het café en de verzekeraar tegen elkaar afwegend, dat sprake is van een preventieve garantie (r.o. 3.31-3.34). Met dat oordeel stem ik in. Sterker: in mijn voornoemde publicatie was ik al ingegaan op deze casus waarvan de rechtbank Den Haag nog had geoordeeld dat sprake was van een primaire dekkingsomschrijving; ik betoogde dat bij een inhoudelijke benadering van het begrip 'preventieve garantie' de uitspraak 'duidelijk anders zou zijn uitgevallen' (Overes, *AV&S* 2020, p. 25). Hoe wel het hof niet de vier onderscheidende kenmerken van een preventieve garantie langsloopt die volgen uit de definitie van preventieve garantie, die het hof overigens dus wél vooropstelde, volgt mijns inziens inderdaad uit een inhoudelijke benadering van de term preventieve garanties dat in dit geval daarvan sprake was.

11. De polisvoorwaarde dat sprake moest zijn van een periodieke en gecertificeerde inspectie van de elektrische installatie conform de norm NEN-3140 behelst mijns inziens immers een specifieke resultaatsverplichting voor de verzekerde van preventieve aard. Ook lijkt mij die verplichting in zoverre van relatieve aard, nu de verzekerde niet ook los daarvan daartoe gehouden was (zoals autorijden zonder te veel alcohol wel al wettelijk verplicht is). Interessant is dat NEN-normen weliswaar kunnen worden gezien als 'publiek-rechtelijk algemeen geldende normen', maar dan gaat het wel om NEN-normen waarnaar specifiek wordt verwezen in wettelijke bepalingen zoals het Bouwbesluit (HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393). Daarvan was geen sprake: voor zover ik kon nagaan, geldt de NEN-3140 niet op grond van het Bouwbesluit, laat staan ook voor de verzekerde (het café). Dat be-

tekent dat de verzekeraar hier dus een verplichting op de verzekerde had gelegd die niet al op een andere grond voor de verzekerde gold. In zo'n geval is het mijns inziens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als de verzekeraar zich kan beroepen op niet-naleving van zo'n verplichting als die niet-naleving niet tot de schade leidde, zoals dat ook in het *Biçak/Aegon*-arrest werd aangenomen. 12. Wat evenwel van het oordeel in deze zaak ook zij, in elk geval biedt het arrest een interessante toevoeging aan de bestaande jurisprudentie over het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garanties. Het is nog onduidelijk of deze lijn in andere uitspraken zal worden doorgetrokken. Uiteindelijk zal dit onderscheid naar mijn verwachting, gezien de nog bestaande onduidelijkheden, weer bij de Hoge Raad aan bod komen voor nadere duiding. Het onderscheid tussen beide polisbepalingen is door de Hoge Raad in het leven geroepen; laat de Hoge Raad de betekenis van dit onderscheid dan ook vervolmaken.

mr. J.S. Overes
professional Support Lawyer bij Dirkwager te
Arnhem

45

Hiv-positieve man geweigerd voor AOV

College voor de Rechten van de Mens
13 december 2022, nr. 2022-150
(mr. dr. Loof, prof. dr. Donders,
mr. dr. Eleveld)
Noot mr. dr. E.J. Wervelman

**Discriminatie. Afwijzing aanvraag AOV.
Indirect onderscheid. Objectieve rechtvaardiging. Handicap of chronische ziekte.**

[WGBH/CZ art. 1, 5b; BW art. 7:935]

Een man is hiv-positief. Hij vraagt bij een verzekeraar zowel een overlijdensrisicoverzekering als een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan. De verzekeraar sluit de overlijdensrisicoverzekering af, maar weigert de arbeidsongeschiktheidsverzekering met hem aan te gaan. De man dient een

klacht tegen de verzekeraar in bij het College voor de Rechten van de Mens, omdat hij vindt dat sprake is van discriminatie. Het College voor de Rechten van de Mens wijst de klacht af, omdat het het aannemelijk acht dat het voor de verzekeraar niet mogelijk is om een voor hem en de klant financieel aantrekkelijk aanbod te doen. De verzekeraar kan op dit moment niet worden verplicht om een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan te bieden aan een persoon die hiv-positief is. Er zijn te weinig data om een goede inschatting te kunnen maken van het risico op arbeidsongeschiktheid en om af te wijken van de manual van de herverzekeraar. Het College acht enkele andere aangevoerde argumenten van de verzekeraar ook overtuigend en neemt die over. Het College roept de verzekeraar en diens collega-verzekeraars wel op om een lopend onderzoek naar en het verzamelen van data over het arbeidsongeschiktheidsrisico van personen met een hiv-infectie met spoed voort te zetten en daar waar nodig hierin te investeren.

Oordeel in de zaak van

[...]

wonende te [...], verzoeker

tegen

TAF B.V.

gevestigd te Eindhoven, verweerster.

1. Verzoek

Verzoeker vraagt het College om te beoordelen of verweerster jegens hem verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt door zijn aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) af te wijzen, omdat hij hiv-positief is.

2. Verloop van de procedure

Het College heeft kennis genomen van de volgende stukken:

– verzoekschrift van 3 januari 2022, ontvangen op 4 januari 2022;

– verweerschrift van 27 juni 2022.

Het College heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 oktober 2022. Partijen zijn verschenen. Verzoeker nam deel aan de zitting via een videoverbinding. Verzoeker werd bijgestaan door [...], consulent discriminatiezaken bij Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam (MDRA). Verweerster werd vertegenwoordigd door mr. S.B. Weyn, advocaat te Amersfoort, die werd vergezeld door

[...], jurist TAF B.V., [...], verzekeringsarts/medisch adviseur Sedgewick MEDAS en [...].

3. Feiten

3.1. Verweerster is een assurantietussenpersoon. Zij biedt arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (AOV) en overlijdensrisicoverzekeringen (ORV) aan. Verweerster werkt in exclusieve volmacht van een aantal verzekeraars en heeft de bevoegdheid om namens die verzekeraars verzekeringen af te sluiten en te beheren. De verzekeraars en de herverzekeraars die het risico op arbeidsongeschiktheid of overlijden (her)verzekeren dragen het risico.

3.2. Een verzekeraar neemt pas een beslissing over een aanvraag voor een AOV of ORV, nadat de medisch adviseur de verzekeraar heeft geadviseerd over het risico dat de kandidaat-verzekerde arbeidsongeschikt raakt of overlijdt (medische risico-inschatting). De medisch adviseur is een arts die is gespecialiseerd in het beoordelen van medische gegevens. Het uitgangspunt bij deze risico-inschatting is het gezondheids(risico)profiel van de kandidaat-verzekerde. Hiervoor wordt de kandidaat-verzekerde voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst gevraagd een gezondheidsverklaring in te vullen. Indien nodig wordt dit aangevuld met informatie van de behandelend arts of uit een medisch onderzoek.

3.3. Verzoeker is hiv-positief. In oktober 2020 heeft hij zowel een Maandlastbeschermer als een ORV aangevraagd bij verweerster. De Maandlastbeschermer is een pakket van een werkloosheidsverzekering in combinatie met een AOV. Het is niet mogelijk om uitsluitend een AOV bij verweerster af te sluiten. Verzoeker heeft op 5 oktober 2020 de gezondheidsverklaring voor de door hem aangevraagde Maandlastbeschermer ondertekend. Hierin geeft verzoeker aan dat hij bekend is met een hiv-infectie en dat hij hiervoor onder behandeling en controle staat bij een internist.

3.4. In een brief van 20 oktober 2020 deelt verweerster verzoeker mee dat zijn aanvraag voor de ORV is geaccepteerd, maar de aanvraag voor de Maandlastbeschermer is afgewezen. Vanwege privacyredenen wordt in de brief geen nadere toelichting gegeven. In een telefoongesprek van dezelfde dag deelt een medewerker van verweerster verzoeker mee dat de reden van afwijzing is dat hij hiv-positief is. Verzoeker vraagt vervolgens om een schriftelijke verklaring. Per e-mail van 3 november 2020 bevestigt de medisch adviseur

van verweerster dat de aanvraag is afgewezen omdat hij hiv-positief is. Daarbij vermeldt hij dat het feit dat verzoeker op dit moment geen gezondheidsklachten heeft, niet betekent dat er geen gezondheidsrisico's zijn in de toekomst.

3.5. Verzoeker wendt zich vervolgens tot het MDRA, omdat hij zich door deze reden van afwijzing gediscrimineerd voelt. Het MDRA stuurt namens verzoeker op 4 februari 2021 een brief naar verweerster en vraagt om een reactie. Verweerster reageert hierop per brief van 23 maart 2021. In deze brief betwist verweerster dat sprake is van discriminatie. Zij geeft aan dat de risico's op arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een hiv-infectie, ongeacht het beloop tot dan toe, dermate groot zijn, dat dit een afwijzing van de aanvraag voor een AOV rechtvaardigt. Voor de medische beoordeling van de aanvraag voor een AOV is geen aanvullende informatie over de gezondheidstoestand van verzoeker opgevraagd, omdat dit volgens verweerster voor de acceptatie geen gevolgen zou hebben gehad. Daartoe voert verweerster aan dat hiv-positiviteit gepaard kan gaan met tal van specifieke klachten, ook vanwege eventueel ingezette medicatie met bijwerkingen. Deze risico's vallen volgens verweerster niet te normaliseren door middel van premieopslagen of uitsluitingen. Het gegeven dat tot dusver het beloop van verzoekers ziekte ongecompliceerd is geweest, vormt geen garantie voor de toekomst.

4. Standpunt verzoeker

Verzoeker stelt dat verweerster jegens hem verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt, door zijn aanvraag voor een AOV af te wijzen omdat hij hiv-positief is. Zijn medische situatie is al jaren stabiel en hij heeft geen (gezondheids)klachten. Hij neemt medicatie waarmee het virus wordt onderdrukt en niet meer te traceren is. Bovendien wordt hij twee keer per jaar onderzocht door zijn arts, een internist die is gespecialiseerd in hiv en onder andere lid is van de Nederlandse Vereniging van Hiv Behandelaren (NVHB). Deze internist verklaart dat 'opvlaming' van het virus zeer onwaarschijnlijk is en onderschrijft de stabiele medische situatie van verzoeker. Verder voert verzoeker aan dat het volgens de Hiv Vereniging en Stichting Hiv Monitoring niet te onderbouwen is dat een mogelijke opvlaming van het virus in directe relatie staat tot arbeidsongeschiktheid.

Daarnaast gaat hiv volgens deze vereniging niet gepaard met specifieke klachten, zoals verweerster stelt, maar met duidelijk meetbare comorbiditeiten (nevenaandoeningen), die gemeten en behandeld worden in de hiv-behandelcentra. Ook de Hiv Vereniging en Stichting Hiv Monitoring stellen dat er geen reden is om aan te nemen dat hiv in het algemeen leidt tot arbeidsongeschiktheid. Ten slotte stelt verzoeker dat verweerster geen nader onderzoek heeft gedaan naar de (individuele) medische situatie van verzoeker en niet heeft onderzocht in hoeverre een aanpassing van het verzekeringsaanbod, zoals een premieopslag of een verkorte duur voor de looptijd van de verzekering, mogelijk is.

5. Standpunt verweerster

Verweerster betwist dat zij jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt door de aanvraag voor een AOV af te wijzen. Verweerster is van mening dat zij geen direct onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. Voor zover verweerster indirect onderscheid heeft gemaakt, is zij van mening dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De afwijzing is gebaseerd op het advies van de medisch adviseur. De medisch adviseur is van mening dat de risico's op klachten en de daaruit voortvloeiende beperkingen die kunnen leiden tot arbeidsongeschiktheid bij hiv-positiviteit te groot zijn. Deze risico's zijn volgens de medisch adviseur niet te normaliseren met een premieopslag, uitsluitingsclausule of verkorting van de looptijd van de verzekering. Verweerster handelde in dit geval als gevolmachtigde van de verzekeraar en de herverzekeraar van deze verzekeraar adviseert bij een infectie met het hiv-virus negatief. Aan dit negatieve advies ligt een risicoanalyse ten grondslag van de kansen op arbeidsongeschiktheid als gevolg van hiv-besmetting. In die risicoanalyse worden medische ontwikkelingen en de positieve ontwikkelingen in de medische behandeling van hiv-besmette personen meegenomen. Dergelijke analyses worden binnen de (her)verzekeringsbranche – ook bij andere ziektes – gemaakt op basis van grote hoeveelheden data. Zij zijn dus niet gericht op de gezondheidstoestand van het individu dat de verzekering aanvraagt. Het lastige is echter dat, vanwege het feit dat hiv-besmetting relatief niet zo vaak voorkomt, er op dit moment nog te weinig data beschikbaar zijn over het risico

op arbeidsongeschiktheid bij hiv-positiviteit om duidelijke conclusies over het risico te kunnen trekken. Er zijn wel ontwikkelingen. Binnen de verzekeringsbranche wordt gekeken naar de mogelijkheden voor het afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij seropositiviteit. Hiervoor is een werkgroep opgericht, waaraan ook verweerster meewerkt. Als er, net als bij de ORV, voldoende data beschikbaar zijn over het risico, kan verweerster, onder bepaalde voorwaarden, eventueel wel een AOV aanbieden aan mensen die hiv-positief zijn. Verweerster heeft geen aanvullende informatie opgevraagd bij de behandelend arts of een via een medisch onderzoek, omdat dit niet tot een andere beslissing zou leiden. Op grond hiervan heeft verweerster de aanvraag van verzoeker afgewezen.

6. Beoordeling

Verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door de aanvraag voor een AOV af te wijzen?

6.1. Het is verboden om onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte te maken bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (artikel 1 WGBH/CZ, in samenhang met artikel 5b, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WGBH/CZ). Verweerster biedt verzekeringen aan en valt daarmee onder de reikwijdte van deze bepaling.

6.2. Verzoeker is hiv-positief. Dit is een chronische ziekte in de zin van de WGBH/CZ (zie onder meer: College voor de Rechten van de Mens 15 september 2015, 2015-101). Verzoeker kan daarom een beroep doen op de bescherming van de WGBH/CZ. Dit wordt niet door verweerster betwist. Acceptatievrijheid verzekeraars en de gelijkebehandelingswetgeving

6.3. Ingevolge artikel 7:925, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (BW) is een verzekering een 'overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal du-

ren.' Het criterium van onzekerheid wordt dus gekoppeld aan de uitkering en de premie. Verzekeraars kunnen de uitkering en de premie afstemmen op de mate waarin het risico ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst reeds aanwezig was (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 7-IX 2019/20, Hoofdstuk 1 Inleiding, nr. 20: Definitie verzekeringsovereenkomst (algemeen)). Een verzekeraar is vrij een risico al dan niet te accepteren en daarbij een eigen acceptatiebeleid te voeren, maar hij mag daarbij niet discrimineren. Ook moet hij daarbij rekening houden met de belangen van de persoon die de verzekering aanvraagt. Een verzekeraar mag in beginselen nader medisch onderzoek verlangen voordat hij het risico accepteert (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/20, Hoofdstuk 1 Inleiding, nr. 86 en 90).

6.4. De gelijkebehandelingswetgeving beschermt tegen het gebruik van een limitatief opgesomd aantal persoonlijke kenmerken of eigenschappen, omdat die door de wetgever als irrelevant voor de risico-acceptatie worden geacht, maar staat toe dat relevante kenmerken of eigenschappen bij die risico-acceptatie een rol spelen. In het kader van een arbeidsongeschiktheidsverzekering is informatie over het risico van het intreden van – tijdelijke of blijvende – ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid een relevant kenmerk. Hieruit volgt dat het verbod van onderscheid niet uitsluit dat een verzekeraar, binnen de grenzen van de gelijkebehandelingswetgeving, verzekerden indeelt in risicogroepen, afhankelijk van de mate waarin het risico ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst reeds aanwezig is (vergelijk Commissie Gelijke Behandeling (CGB) 17 maart 2006, 2006-44 en CGB 13 oktober 2005, 2005-186). Het risico dat de verzekeringnemer door middel van een arbeidsongeschiktheidsverzekering overdraagt aan de verzekeraar, betreft het risico op inkomstenderving als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Als een verzekeringnemer een bepaalde handicap of chronische ziekte heeft, kan dit betekenen dat er een verhoogd risico op arbeidsongeschiktheid bestaat. Maar het is niet noodzakelijkerwijs het geval dat er bij iedere handicap of chronische ziekte van de verzekeringnemer een groter risico op arbeidsongeschiktheid bestaat.

6.5. De begrippen ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vallen niet automatisch samen met het

begrip handicap of chronische ziekte. De begrippen ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid wijzen er op dat een persoon, die in beginsel geschikt is voor een functie, al dan niet tijdelijk zijn werk niet (volledig) kan verrichten. Het begrip handicap of chronische ziekte duidt op het hebben van bepaalde onomkeerbare of langdurige beperkingen, maar impliceert niet dat iemand vaker en/of langer verzuimt en/of arbeidsongeschikt is of zal worden (zie onder meer: CGB 5 november 2004, 2004-145 en CGB 26 april 2005, 2005-77).

6.6. Uit het voorgaande volgt dat een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in het kader van zijn acceptatiebeleid, desgewenst maar in ieder geval binnen de grenzen van de gelijkebehandelingswetgeving (en de Wet Medische Keuringen), van geval tot geval en aan de hand van relevante feiten en omstandigheden moet nagaan of een handicap of chronische ziekte leidt tot een verhoogd risico op arbeidsongeschiktheid en in hoeverre iemand daardoor blijvend kan worden uitgesloten van een AOV (vergelijk CGB 13 oktober 2005, 2005-187).

Is sprake van direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte?

6.7. In artikel 1 WGBH/CZ is bepaald dat onder onderscheid wordt verstaan direct en indirect onderscheid. Er is sprake van direct onderscheid indien een persoon op grond van handicap of chronische ziekte op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Van indirect onderscheid is sprake indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen bijzonder treft.

6.8. Verzoeker stelt dat verweerster jegens hem direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt. In de e-mail van 3 november 2020 en de reactie van verweerster op de klachtbrief van 23 maart 2021 heeft verweerster bevestigd dat de AOV-aanvraag van verzoeker is afgewezen omdat hij hiv-positief is.

6.9. Verweerster is van mening dat zij geen direct onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. Zij heeft de aanvraag van verzoeker niet afgewezen omdat hij hiv-positief is, maar omdat een dergelijke infectie een te hoog risico op arbeidsongeschiktheid meebrengt in vergelijking met een kandidaat-verzekerde die

deze infectie niet heeft. Van elke kandidaat-verzekerde wordt een medische risico-inschatting gemaakt en ook mensen met een handicap of chronische ziekte kunnen bij verweerster een AOV afsluiten.

6.10. Het College stelt vast dat de formulering van de afwijzingsreden in de e-mail van 3 november 2020 en de brief van verweerster van 23 maart 2021 de indruk wekt dat sprake is van direct onderscheid op grond van chronische ziekte. Er staat immers dat het feit dat verzoeker hiv-positief is ertoe leidt dat de aanvraag moet worden afgewezen. Dit is door verweerster ter zitting ook erkend. Uit de nadere uitleg die verweerster in haar brief van 23 maart 2021 en tijdens deze procedure heeft gegeven, blijkt echter dat verweerster verzoeker heeft afgewezen, omdat sprake is van een te hoog (medisch) risico op arbeidsongeschiktheid, dat in dit geval voortvloeit uit of samenhangt met het feit dat verzoeker hiv-positief is. Het College is van oordeel dat verweerster door het hanteren van het criterium dat een verzekering niet wordt geaccepteerd indien sprake is van een te hoog medisch risico, geen direct onderscheid op grond van chronische ziekte maakt. Hierbij wordt immers niet rechtstreeks verwezen naar de grond handicap of chronische ziekte zoals bedoeld in de WGBH/CZ. Er is evenmin sprake van een criterium dat onlosmakelijk is verbonden met het hebben van een handicap of chronische ziekte. Niet iedereen met een handicap of chronische ziekte heeft immers een hoog risico om arbeidsongeschikt te worden. Het gegeven dat in het geval van verzoeker het (vermeende) te hoge risico op arbeidsongeschiktheid samenhangt met het feit dat hij hiv-positief is en dus aan een chronische ziekte leidt, maakt niet dat van direct onderscheid gesproken kan worden.

6.11. Naar het oordeel van het College maakt verweerster door het hanteren van het criterium dat geen AOV wordt aangeboden als sprake is van een te hoog (medisch) risico wel indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Mensen met een handicap of chronische ziekte, zoals verzoeker, zullen immers door het hanteren van dit criterium bijzonder worden getroffen. Bij hen zal relatief gezien vaker een negatief medisch advies worden gegeven. Dat niet elke handicap of chronische ziekte een verhoogd risico op arbeidsongeschiktheid tot gevolg heeft, maakt dit niet anders.

6.12. Indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is niet verboden wanneer dit onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en wanneer de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 3, tweede lid, WGBH/CZ).

Is het doel van het onderscheid legitiem?

6.13. Het doel van verweerster is het voorkomen van collectieve premieverhoging en het handhaven van haar marktpositie. Als elke kandidaat-verzekerde meteen handicap of chronische ziekte zonder meer zou worden geaccepteerd, zou dat volgens verweerster tot een onevenredige impact op de schadelast van verweerster leiden, waardoor de premies van alle verzekerden extreem hoog zouden worden. Daardoor zou het voor verzekerden met een normaal of laag risico niet meer mogelijk zijn om zich te verzekeren bij verweerster. Dit klemt te meer nu verweerster juist relatief goedkope AOV's en ORV's aanbiedt in vergelijking met de rest van de verzekeringsmarkt, zodat ook deze verzekeringen voor veel mensen toegankelijk zijn. Het College is van oordeel dat dit doel legitiem is. Het voldoet aan een werkelijke behoefte van verweerster en het heeft geen discriminerend oogmerk.

Is het middel dat verweerster hanteert passend?

6.14. Een middel is passend als het geschikt is om het doel te bereiken of als het middel bijdraagt aan het bereiken van dat doel. Naar het oordeel van het College kan door toepassing van het middel – te weten: het afwijzen van de aanvraag voor een AOV als het risico van de kandidaat-verzekeringnemer op arbeidsongeschiktheid niet goed in te schatten is, maar op goede gronden wordt geacht te hoog te zijn – het doel worden bereikt. Het middel is dan ook passend. Is het middel noodzakelijk om het doel te bereiken?

6.15. Het middel is noodzakelijk als het voldoet aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Het middel voldoet aan het subsidiariteitsvereiste als er geen ander middel dat tot minder onderscheid zou leiden voorhanden is om het doel te bereiken. Het middel is proportioneel als doel en middel met elkaar in verhouding zijn. Daarbij is het van belang dat een belangenafweging is gemaakt.

Voldoet het middel aan het proportionaliteitsvereiste?

6.16. Verweerster heeft aangevoerd dat zij verzoeker geen AOV kan aanbieden, omdat er een niet precies kwantificeerbaar, maar reëel en voor verweerster te groot medisch risico op arbeidsongeschiktheid bestaat. Er kunnen in de toekomst, als gevolg van een opvlamming of bijwerkingen van de medicijnen, klachten optreden. Het is voor verweerster niet met objectieve informatie verifieerbaar dat verzoeker geen last van bijwerkingen van de hiv-medicatie heeft en verder is niet te voorspellen welke medicatie verzoeker in de toekomst zal (moeten) gebruiken en dus kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat een wijziging van medicatiebeleid tot stabilisatie zonder klachten zal leiden. Ter onderbouwing hiervan verwijst verweerster naar twee producties: de informatiepagina van het Zorginstituut Nederland[1] en Table 20 Common and/or Severe Adverse Effects Associated with Antiretroviral Therapy van een beleidsonderdeel gespecialiseerd in HIV/aids van de National Institutes of Health van de Verenigde Staten. De in deze producties genoemde bijwerkingen van antiretrovirale middelen omschrijven de klachten waarvan verzoeker als gevolg van zijn medicatiegebruik last kan krijgen. Ten aanzien van een eventuele opvlamming van het hiv-virus voert verweerster aan dat dit bijvoorbeeld kan optreden doordat het virus resistent wordt tegen de gebruikte medicatie of doordat de medicatie wordt doorbroken door het virus. Volgens verweerster kunnen dan gezondheidsklachten van specifieke aard ontstaan en kunnen de gezondheidsklachten leiden tot mentale problemen. Ook de behandelend arts van verzoeker sluit een opvlamming van het virus niet uit, maar acht dit slechts onwaarschijnlijk. Verweerster merkt daarbij op dat deze conclusie van de behandelend arts een momentopname betreft en dat het acceptatieadvies van de medisch adviseur wordt gegeven voor de gehele looptijd van de aangevraagde AOV. Daarnaast brengt verweerster naar voren dat tussen de behandelend arts en verzoeker een arts-patiënt relatie bestaat, waardoor de behandelend arts per definitie niet objectief/onafhankelijk is. Dit is de reden dat verweerster voorbijgaat aan de verklaring van de behandelend arts. Ten slotte stelt verweerster dat het feit dat verzoeker twee keer per jaar wordt onderzocht door een internist, al bewijst dat hij een groter risico heeft op klachten dan iemand die hiv-nega-

tief is en niet onder controle staat. Bij het acceptatieadvies zijn de richtlijnen (opgenomen in de zogenoemde 'manual') van de herverzekeraar als leidraad gebruikt. Herverzekeraars beschikken over veel meer gegevens dan de medisch adviseur en dit zijn belangrijke hulpmiddelen bij het inschatten van de risico's op, bijvoorbeeld, arbeidsongeschiktheid. De herverzekeraar hanteert bij een infectie met het hiv-virus een afwijzend advies. Anders dan bij bijvoorbeeld diabetes mellitus mist verweerster bij hiv-positiviteit data over het risico op arbeidsongeschiktheid. Er is onvoldoende informatie en ervaring over de risico's in de toekomst. Op basis van het voorgaande heeft verweerster de aanvraag van verzoeker afgewezen en is geen nadere informatie opgevraagd bij de behandelend arts van verzoeker. Dit laatste had immers voor de acceptatie geen gevolgen gehad.

6.17. Verzoeker wijst erop dat uit verschillende recente onderzoeken blijkt dat het risico op arbeidsongeschiktheid van mensen die hiv-positief zijn steeds kleiner wordt. Dit wordt door verweerster ook niet betwist. Er zijn ontwikkelingen op dit gebied en verweerster verwacht dat op termijn, onder bepaalde voorwaarden, de aanvraag van een kandidaat-verzekeringnemer met een hiv-infectie wellicht wel kan worden geaccepteerd. Naar het oordeel van het College betekenen de medische ontwikkelingen en onderzoeksresultaten echter niet dat verweerster op dit moment op grond van de WGBH/CZ verplicht is om een AOV aan te bieden aan een persoon die hiv-positief is. Verweerster heeft gemotiveerd aangevoerd dat er op dit moment nog te weinig data zijn om een goede inschatting te kunnen maken van het risico op arbeidsongeschiktheid en af te wijken van de manual van de herverzekeraar. Een nader onderzoek naar de gezondheidstoestand van verzoeker door de eigen medisch adviseur van verweerster zou in dit geval ook geen relevante informatie hebben kunnen opleveren, omdat een dergelijk onderzoek niets zegt over de toekomstige ontwikkelingen in de gezondheidstoestand van verzoeker en een verzekeraar zijn beslissingen over risico-acceptatie nu eenmaal moet baseren op inschattingen over die toekomstige ontwikkelingen.

6.18. Het College acht het aannemelijk dat het voor verweerster niet mogelijk is om een voor de verzekeringsmaatschappij en de klant financieel aantrekkelijk aanbod te doen. Het College stelt vast dat niet ter discussie staat dat het belang van

verzoeker bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering en, omdat sprake is van een pakketaanbod, een daaraan gekoppelde werkloosheidsverzekering, zwaarwegend is. Vooral omdat dit belangrijke voorwaarden zijn om te kunnen blijven participeren in de samenleving en op de arbeidsmarkt in het bijzonder, en daardoor op gelijke voet te worden behandeld met mensen die geen chronische ziekte hebben. Het College is echter van oordeel dat op dit moment het belang van een verzekeringsmaatschappij om een product aan te bieden waaraan geen onverantwoorde risico's verbonden zijn en dat qua premiestelling en dekkingduur aantrekkelijk genoeg is zwaarder weegt dan het belang van verzoeker om een AOV via verweerster te kunnen afsluiten. In dit verband kent het College groot gewicht toe aan het risico van zogenoemde 'antiselectie' waarmee verweerster als marktpartij te midden van andere verzekeraars gedwongen is rekening te houden. Als verweerster in de huidige omstandigheden op grond van de WGBH/CZ zouden worden verplicht om een AOV aan te bieden aan kandidaat-verzekeringnemers die hiv-positief zijn, zou dit leiden tot ofwel een aanbod aan deze verzekeringsnemers dat qua dekkingduur en/of premiestelling zeer onaantrekkelijk is (wat volgens de voor de verzekeringsbranche geldende gedragscodes niet is toegestaan), ofwel tot een generieke premieverhoging voor alle verzekeringsnemers van verweerster. Dit laatste werkt het effect van antiselectie in de hand: zo'n premieverhoging zal ertoe leiden dat mensen met een normaal of laag risico op arbeidsongeschiktheid gaan uitwijken naar andere verzekeraars met een lagere premie en verweerster alleen klanten met dure verzekeringen en hoge risico's overhoudt. Op die manier zou verweerster zich uit de markt prijzen. Dit schaadt niet alleen de belangen van verweerster, maar mogelijk ook van alle verzekeringsnemers van verweerster. Daarbij merkt het College opdat deze belangenafweging in de (nabije) toekomst anders kan uitpakken, omdat verwacht kan worden dat op afzienbare termijn voldoende data beschikbaar zullen zijn over het risico op arbeidsongeschiktheid bij hiv-positiviteit.

6.19. Op grond van het voorgaande oordeelt het College dat het doel en het middel op dit moment met elkaar in verhouding staan en dat het middel proportioneel is. Voldoet het middel aan het subsidiariteitsvereiste?

6.20. Verweerster stelt dat redelijkerwijs niet van haar kon worden verwacht dat zij – als middel dat minder onderscheid zou maken dan volledige uitsluiting van de AOV – een AOV met slechts een uitsluitingsclausule voor hiv-gerelateerde klachten of een AOV met een verhoogde premie zou hebben aangeboden aan verzoeker. Bij hiv-positiviteit kunnen veel verschillende specifieke gezondheidsklachten optreden, waarvan de onderliggende oorzaak medisch niet of heel moeilijk kan worden geobjectiveerd. Dit staat in de weg aan het opnemen van een uitsluitingsclausule voor arbeidsongeschiktheid ten gevolge van hiv-gerelateerde klachten. Verweerster zal immers moeten bewijzen dat de klachten, waarvoor aanspraak wordt gemaakt op de uitkering onder de AOV, vallen onder een eventuele uitsluitingsclausule. Bij specifieke klachten is dat niet (goed) mogelijk. Het is voor een medisch adviseur praktisch onmogelijk om tot een (aangepast) acceptatieadvies te komen, ongeacht het beloop van de hiv-infectie. Daarom adviseert de medisch adviseur in dergelijke gevallen om de aanvraag af te wijzen. Hierbij gaat het er dus niet om dat niet duidelijk is welke nevenaandoeningen gepaard gaan met een hiv-infectie, maar om de specifieke klachten, waarvan niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat deze worden veroorzaakt door de beoogde uit te sluiten aandoening. Dit geldt niet alleen bij hiv-positiviteit, maar ook bij andere ziektes die specifieke klachten veroorzaken, zoals diabetes mellitus. Ook een premieopslag, al dan niet met beperkende voorwaarden, was volgens verweerster in dit geval geen goed alternatief. Ten eerste werkt verweerster bij het door verzoeker aangevraagde product niet met premieopslag. Ten tweede is normalisatie met een premieopslag niet mogelijk ingeval van hiv-positiviteit. Verweerster beschikt niet over data op grond waarvan zij kan bepalen hoe hoog deze premie dan zou moeten zijn of de premieopslag wordt onaanvaardbaar hoog (een opslag van 150% of meer), waarbij ook nog eens zeer strenge randvoorwaarden zouden worden opgelegd, zoals een zeer korte looptijd van de verzekering. Hierdoor zou een aanbod niet redelijk, onaanvaardbaar en onaantrekkelijk zijn. Bovendien zou dit leiden tot een onevenredige aanslag op de premie-schadelast verhouding. Ten slotte is een kortere termijn van een arbeidsongeschiktheidsverzekering ook geen goed alternatief, omdat dit geen reëel aanbod is. Een verzekeringsnemer heeft immers niet

veel aan een AOV die slechts voor een korte termijn wordt afgesloten.

6.21. Het College acht de door verweerster aangevoerde argumenten overtuigend en neemt die over. Het College is van oordeel dat ook is voldaan aan het subsidiariteitsvereiste, omdat geen andere middelen voorhanden zijn om het doel te bereiken, die tot minder onderscheid zouden leiden.

Conclusie

6.22. Het College komt tot de conclusie dat het door verweerster gemaakte indirecte onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door verzoeker geen AOV aan te bieden, objectief gerechtvaardigd was. Ten overvloede voegt het College hieraan toe dat zijn conclusie dat het op dit moment objectief gerechtvaardigd is om bij hiv-positiviteit geen AOV af te sluiten, niet betekent dat dit in de (nabije) toekomst ook nog zo zal zijn. Vergelijkbaar met de ontwikkelingen rondom het sluiten van een ORV (wat in het verleden ook niet mogelijk was voor hiv-besmette personen), is te verwachten dat er een omslagpunt komt met betrekking tot (duidelijkheid over) het risico, waardoor het aanbieden van een AOV bij hiv-positiviteit mogelijk wordt en dan ook niet langer geweigerd kan worden zonder in strijd te handelen met de WGBH/CZ.

7. Oordeel

TAF B.V. heeft jegens [...] geen verboden onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door zijn aanvraag voor een AOV af te wijzen.

8. Aanbeveling

Het College heeft met waardering kennis genomen van het feit dat er binnen de verzekeringsbranche een werkgroep met onder meer medisch adviseurs is opgericht die bezig is met onderzoek naar en verzamelen van data over het arbeidsongeschiktheidsrisico van personen met een hiv-infectie. Het College acht dergelijk onderzoek zeer belangrijk, omdat het voorbeeld van verzoeker duidelijk laat zien dat het relevant is dat iedereen zich voor arbeidsongeschiktheid kan verzekeren. Daarnaast draagt de onmogelijkheid om bepaalde verzekeringen af te sluiten bij aan het stigma van mensen die hiv-positief zijn. Het College roept verweerster en haar collega-verzekeraars op om dit onderzoek met spoed voort te zetten en waar nodig te investeren in nader onderzoek of in ver-

dere data-analyse om zo bij te dragen aan een zo voortvarend mogelijke uitbanning van de nu nog bestaande ongelijke behandeling van mensen die hiv-positief zijn.

NOOT

1. Inleiding

Een man is hiv-positief sinds 1993. In oktober 2020 vraagt hij een arbeidsongeschiktheidsverzekering en een overlijdensrisicoverzekering aan. De verzekeraar accepteert zijn aanvraag voor de overlijdensrisicoverzekering, maar wijst de aanvraag voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering af vanwege de kans op arbeidsongeschiktheid als gevolg van de hiv-besmetting. De man is het daarmee niet eens en dient een klacht in bij het College voor de Rechten van de Mens (CRM), dat de klacht tegen de verzekeraar afwijst. In deze noot ga ik achtereenvolgens in paragraaf 2 kort in op de historie van de huidige mogelijkheid om hierover te klagen bij het CRM. Aansluitend ga ik in paragraaf 3 tot en met 7 in op de overwegingen van het CRM die ertoe hebben geleid om de klacht tegen de verzekeraar af te wijzen. Ik rond in paragraaf 8 af met een vergelijking van deze problematiek met schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (art. 7:928-930 BW).

2. Korte historie

In 2007 heeft Nederland het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap ondertekend. Dit verdrag heeft tot doel een volledige inclusie van mensen met een chronische ziekte of handicap. Het verdrag is geratificeerd in de Wet gelijke behandeling chronisch zieken en gehandicapten (WGBH/CZ). De ratificering heeft een uitbreiding van de werkingsfeer van de wet naar goederen en diensten tot gevolg gehad. En dus ook tot verzekeringsproducten. Deze uitbreiding is opgenomen in art. 5b van de WGBH/CZ, waarin is bepaald dat onderscheid bij het aanbieden van en/of verlenen van toegang tot goederen of diensten verboden is, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De Rijkswet houdende goedkeuring van het verdrag inzake de rechten van personen met een handicap is in werking getreden op 14 juni 2016. Hierdoor vallen per die datum ook goederen en

diensten, waaronder aldus arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, onder de werkingsfeer van deze wet. Voor arbeidsongeschiktheidsverzekeraars betekent dit dat het maken van direct onderscheid verboden is. Indirect onderscheid is wel toegestaan, maar daarvoor moet een objectieve rechtvaardiging bestaan. Dat wil zeggen dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor dat doel passend en noodzakelijk zijn, waarmee moet zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het toezicht op de implementatie en de uitvoering van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap ligt bij het CRM. Individuen en patiënten- en consumentenorganisaties kunnen bij het CRM klagen of discriminatie melden. Het oordeel van het CRM van 13 december 2022 is het tweede oordeel dat betrekking heeft op arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sinds de invoering per 14 juni 2016. Eerder oordeelde het CRM op 10 januari 2020 dat de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar tegen wie was geklaagd geen verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte had gemaakt (oordeel 2020-1).

3. Acceptatievrijheid

Binnen de door de wetgever gestelde grenzen is een verzekeraar in beginsel vrij om een ter verzekering aangeboden risico al dan niet te accepteren binnen het kader van door hem gehanteerd beleid. Of om daaraan bij acceptatie eventueel beperkende voorwaarden te verbinden. Het staat de verzekeraar vrij daarbij een eigen acceptatiebeleid te voeren, zij het dat hij niet mag discrimineren (Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons*, 7-IX 2019/86; E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer, 3e druk 2016, p. 136-143; A.K. Sjouw, 'Verzekering en het gebruik van medische gegevens', in: *Compendium Verzekeringsrecht* 2019/4.1 en 4.2.1; J.H. Wansink & M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Verzekering en discriminatie bij zwangerschaps- en bevallingsuitkering', *VA* 2008, p. 99-106). Een en ander sluit ook naadloos aan op het Protocol Verzekeringskeuringen dat eveneens op de acceptatie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van toepassing is. De wettelijke basis van het Protocol Verzekeringskeuringen vormt art. 9 WMK. Afgezien van de gang van zaken rondom keuringen

gaat het Protocol Verzekeringskeuringen in op de contractsvrijheid van partijen bij het aangaan van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De inleiding tot het Protocol Verzekeringskeuringen benadrukt dat niemand de plicht heeft tot het afsluiten van een levens-, arbeidsongeschiktheids- of een pensioenverzekering. Voor de verzekerde bestaat dus contractsvrijheid. Wie een verzekering wil afsluiten heeft vrije keuze wat betreft de reikwijdte van de dekking en de hoogte van de te verzekeren prestatie en een vrije keuze wat betreft de verzekeraar. Ook de verzekeraar heeft contractsvrijheid. Het staat hem vrij om de condities te bepalen waaronder hij een verzekering aanbiedt. Denk daarbij aan de hoogte van het verzekerd bedrag, de premie, de eventuele wachttijd en het geheel of gedeeltelijk uitsluiten van bepaalde risico's. De contractsvrijheid van de verzekeraar betekent ook dat hij geen plicht heeft om elke verzekerde te accepteren, aldus nog steeds het Protocol Verzekeringskeuringen.

4. WGBH/CZ

Om te kunnen bepalen of de casus onder de reikwijdte van de wet valt, is allereerst noodzakelijk om vast te stellen of sprake is van een chronische ziekte in de zin van de WGBH/CZ. Het CRM is van oordeel dat hiv-positiviteit een chronische ziekte is in de zin van de WGBH/CZ (vgl. CRM 15 september 2015, 2015-101). Bij bestudering van de oordelen van het CRM valt overigens op dat het snel een handicap en/of chronische ziekte aanneemt. Dat komt doordat tegen dit element weinig verweer wordt gevoerd. Bij nadere bestudering blijkt dat het begrip 'handicap' niet is gedefinieerd in de WGBH/CZ. Art. 1 van het VN-verdrag omschrijft handicap als een 'langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuigelijke 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 CRM oordeelde bij beslissing van 17 oktober 2016 (2016-112) dat het begrip 'handicap' in de zin van de WGBH/CZ moet worden uitgelegd in lijn met het Verdrag. In die zaak was het CRM van oordeel dat stotteren een handicap was. Het CRM achtte bij beslissing van 8 december 2015 (2015-136) de hernia waar het in die zaak over ging geen chronische ziekte, omdat ten tijde van het einde van het dienstverband geen sprake was van een langdurige of terugkerende hernia. Volgens het Hof van Justitie

EU in zijn arrest van 11 april 2013 (C-335/11) (*Ring*) moet een handicap voortvloeien uit een (on)geneeslijke ziekte, leidend tot een beperking die het gevolg is van een lichamelijke of psychische aandoening die belet dat betrokkene volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen aan het beroepsleven deelneemt. De beperking moet langdurig zijn, maar hoeft niet aangeboren te zijn of door een ongeval veroorzaakt. De beperking mag ook het gevolg zijn van ziekte. (Vgl. omtrent een en ander ook Commissie Gelijke Behandeling, de rechtsvoorgangster van het CRM, 5 november 2004, 2004-145 en Commissie Gelijke Behandeling 26 april 2005, 2005-77).

5. Bewijslast

Art. 10 lid 1 WGBH/CZ regelt de bewijslastverdeling tussen partijen. Deze houdt in dat degene die meent dat in zijn nadeel onderscheid is of wordt gemaakt, feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Als de verzoeker daarin slaagt, is het aan de wederpartij om te bewijzen dat niet in strijd met de WGBH/CZ is gehandeld. Het CRM laat de bewijslastverdeling in zijn oordeel van 13 december 2022 onbesproken, maar gaat direct in op de vraag of sprake is van direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Dat lag anders in het oordeel van het CRM van 10 januari 2020 (2020-1). Die zaak had betrekking op het voornemen van een medisch adviseur tot het uitbrengen van een negatief acceptatieadvies naar aanleiding van de aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Verzoekster kampte in die zaak met een *torticollis spasmodica*. Dit is een neurologische aandoening waarbij het hoofd een dwangstand kan innemen en niet vrij bewogen kan worden. Deze aandoening kent motorische beperkingen die verdere gezondheidsklachten kunnen veroorzaken. Deze kunnen diverse hindernissen opwerpen, waaronder bijvoorbeeld deelname aan het arbeidsproces. De medisch adviseur baseerde zich in de afwijzing en het negatief advies aanvankelijk op de klachten die uit de *torticollis spasmodica* zouden kunnen voortvloeien. Tijdens de procedure bij het CRM breidde de medisch adviseur het acceptatiebeleid uit in die zin dat er nog een aantal andere medische redenen waren om tot een negatief advies te komen, waaronder het gegeven dat verzoekster in het verleden al enige perioden arbeidsongeschikt

was geweest. Het enkele feit dat de medisch adviseur niet op eenduidige wijze alle relevante informatie aan verzoekster had verstrekt was volgens het CRM op zichzelf onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de procedure niet inzichtelijk was of dat het negatief advies zijn oorzaak vond in de chronische ziekte. Om een vermoeden van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte te kunnen bevestigen waren volgens het CRM bijkomende feiten nodig. Hiervan was het CRM niet gebleken. Daarbij tekende het CRM aan dat verzoekster had aangegeven dat de gegevens die waren opgenomen in het medisch advies op zichzelf allemaal juist waren. Zij wist ook dat de medisch adviseur daarover nadere informatie zou inwinnen bij haar behandelaars, want daarvoor was haar toestemming gevraagd. Het inwinnen van de informatie was derhalve op transparante wijze geschied. En het advies was gebaseerd op correcte medische gegevens. In die zin was het CRM van oordeel dat het advies op een controleerbare en systematische wijze tot stand was gekomen. In feite had verzoekster alleen problemen met de conclusie van het medisch advies, dat volgens haar geen recht deed aan het gegeven dat de klachten die uit *torticollis spasmodica* kunnen voortvloeien zich bij haar al vele jaren niet of nauwelijks voordoen. Het CRM constateerde echter dat de medisch adviseur had uitgelegd waarom zij tot die conclusie was gekomen. Namelijk omdat het erom gaat dat bij personen die *torticollis spasmodica* hebben zich frequent klachten voordoen die tot arbeidsongeschiktheid leiden en dat de medisch adviseur uitgaat van dit risico op groepsniveau (risicocohorten) en niet kijkt naar het risico op de eventuele afwijkende mate van gezondheidsklachten op individueel niveau. Ook op dat punt achtte het CRM de procedure en de daarover verstrekte uitleg dan ook inzichtelijk. Al met al was het CRM van oordeel dat verzoekster er niet in geslaagd was om feiten aan te voeren die onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte konden doen vermoeden. Zoals gezegd ligt dat in de zaak die leidt tot de beslissing van 13 december jl. anders en heeft het CRM dan ook onderzocht of sprake is van direct of indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Het CRM is van oordeel dat verzekeraar geen direct onderscheid op grond van chronische ziekte heeft gemaakt door het hanteren van het criterium dat een verzekering niet wordt geac-

cepteerd indien sprake is van een te hoog medisch risico. Daarbij tekent het CRM aan dat de verzekeraar de aanvraag niet had afgewezen omdat verzoeker hiv-positief was, maar omdat een dergelijk infectie een te hoog risico op arbeidsongeschiktheid meebrengt in vergelijking met een kandidaat-verzekerde die deze infectie niet heeft.

6. Direct onderscheid?

Het CRM achtte in deze zaak geen sprake van direct onderscheid. Dat lag anders in de zaak die leidde tot een klacht bij dat CRM over de beëindiging van woon- en inboedelverzekeringen voor woonwagens. Alle klanten van de verzekeraar waren woonwagenbewoners die betoogden dat er sprake was van discriminatie op grond van ras. De verzekeraar nam diverse ingrijpende maatregelen om de financiële resultaten, die onder druk stonden, te verbeteren. In dat verband beëindigde zij verschillende verzekeringsproducten, waaronder de verzekeringen voor woonwagens. De woon- en inboedelverzekeringen van reguliere woningen had verzekeraar niet beëindigd. Een woonwagen is, net als een reguliere woning, een geaccepteerde woonvorm. En vormt een wezenlijk onderdeel van de cultuur van woonwagenbewoners, aldus het CRM. Door te besluiten om deze verzekeringen te beëindigen heeft de verzekeraar daarom gediscrimineerd op grond van ras. Daarom is sprake van directe discriminatie. De woonwagenbewoners, die vanuit hun cultuur in een woonwagen wonen, worden immers onvermijdelijk door dat besluit getroffen. Discriminatie is niet verboden als een wettelijke uitzondering voorhanden is. Dat was echter in het oordeel van het CRM van 9 februari 2018 (2018-14) niet aan de orde.

7. Indirect onderscheid – proportionaliteit en subsidiariteit

Het CRM besteedt in het oordeel waarop deze noot ziet veel aandacht aan bespreking van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Dat is ook logisch, omdat dat een van de wettelijke vereisten is om te beoordelen of sprake is van een verboden (indirect) onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Het CRM onderschrijft dat het middel dat de verzekeraar hanteert in de vorm van afwijzing van het ter verzekering aangeboden risico proportioneel is. En dat dat voldoet aan de eisen van subsidiariteit. Het

CRM onderschrijft de argumenten van de verzekeraar dat het ter verzekering aangeboden risico voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering in de vorm van hiv-positiviteit niet is te schatten. Bij hiv-positiviteit kunnen veel verschillende specifieke gezondheidsklachten optreden waarvan de onderliggende oorzaak medisch niet of heel moeilijk is te objectiveren, aldus het CRM, dat vervolgt dat hiv-gerelateerde klachten daarom ook niet zijn te normaliseren door een uitsluitingsclausule. Bij specifieke klachten is dat niet (goed) mogelijk. Het is dan ook praktisch onmogelijk om tot een (aangepast) acceptatieadvies te komen, ongeacht het beloop van de hiv-infectie. Daarom adviseert de medisch adviseur in dergelijke gevallen ook om de aanvraag af te wijzen. Ook dit standpunt van de verzekeraar deelde het CRM, dat de daartegen gerichte klacht aldus afwees.

8. Vergelijking met redelijk handelend verzekeraar bij schending mededelingsplicht

Deze problematiek doet denken aan het antwoord op de vraag of een redelijk handelend verzekeraar bij schending van de mededelingsplicht volgens art. 7:928-930 BW bij kennis van de ware stand van zaken een arbeidsongeschiktheidsverzekering met verzekerde zou zijn aangaan. Ook in die situaties zal de verzekeraar de juistheid van zijn standpunt moeten bewijzen. Net zoals in de zaak die leidde tot het oordeel van het CRM, maken arbeidsongeschiktheidsverzekeraars daarbij doorgaans gebruik van manuals van herverzekeraars of van de Handleiding Medische Acceptatie Arbeidsongeschiktheid- en Ongevallenverzekeringen, opgesteld door de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in Particuliere Verzekeringzaken (GAV). (Vgl. bijv. hof Den Bosch 28 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2098; Geschillencommissie KiFiD 14 mei 2021, nr. 2021-0452; hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:349; E.J. Wervelman, 'De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer, 6e druk 2023, p. 1067-1068).

Verzekeraars maken in dergelijke situaties ook vaak gebruik van standpuntbepalingen van collega-medisch adviseurs ter onderbouwing van hun standpunt. Een voorbeeld daarvan vormt de casus die leidde tot het arrest van het hof Den Haag van 18 augustus 2020

(ECLI:NL:GHDHA:2020:1404, «JA» 2020/139, m.nt.

EJW). Dit arrest is het arrest na verwijzing door de Hoge Raad bij arrest van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841) en ziet aldus op precies dezelfde vraag. Het hof Den Haag achtte het standpunt van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in die zaak door de toelichting door de vijf collega-medisch adviseurs voldoende gemotiveerd en onderbouwd.

mr. dr. E.J. Wervelman
advocaat bij VWW Advocaten – Mediation
en raadsheer-plaatsvervanger bij het hof 's-Hertogenbosch

Werkgeversaansprakelijkheid

46

Aan wie komt de uitkering uit een collectieve ongevallenverzekering toe?

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
17 januari 2023, nr. 200.297.003_01,
ECLI:NL:GHSHE:2023:84
(mr. Bartelds, mr. Delfos-Roy,
mr. Wervelman)

Collectieve ongevallenverzekering. Uitkering aan begunstigde.

[BW art. 6:248, 7:611, 7:964, 7:965, 7:967 lid 8]

Appellant is een arbeidsongeval overkomen toen hij in tijdelijke loondienst bij geïntimeerde was. Geïntimeerde (de werkgever) had een collectieve ongevallenverzekering afgesloten bij de Amersfoortse en staat als verzekeringnemer en begunstigde op het polisblad vermeld. De Amersfoortse doet een uitkering. Appellant eist dat de uitkering aan hem doorbetaald wordt. De kantonrechter wijst de vordering af.

Het hof stelt dat hier sprake is van een sommenverzekering, omdat het gaat om uitkering van een eenmalig vast bedrag dat niet gerelateerd is aan de omvang van de daadwerkelijk geleden schade.